

La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución

IVÁN HEREDIA CERVANTES

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El acceso al Registro Civil español de los nacimientos de niños nacidos en el extranjero a través del recurso a la gestación por sustitución es una cuestión especialmente controvertida. Entre los argumentos que suelen esgrimirse en contra de tal posibilidad destacan sin duda el tenor literal del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que declara la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, y la supuesta contrariedad de la gestación por sustitución con nuestro orden público.

Pese a ello, la DGRN, revocando la decisión previa del Encargado del Registro Consular, ordenó en su Resolución de 18 de febrero de 2009 la inscripción de la doble paternidad de unos gemelos nacidos mediante gestación por sustitución en California. La inscripción practicada a resultas de dicha Resolución fue anulada en sede judicial y poco tiempo después, el 5 de octubre de 2010, la DGRN dictó una Instrucción con la finalidad de establecer las pautas a seguir por los Encargados del Registro Civil ante supuestos de esta naturaleza. La Instrucción confirma la posición favorable de la DGRN hacia la inscripción de estos nacimientos pero introduce una serie de requisitos adicionales con la finalidad de salvaguardar los intereses del menor y de la madre gestante. La finalidad esencial del presente trabajo consiste en identificar las diferencias entre la Resolución y la Instrucción y analizar la evolución de la posición de la DGRN sobre esta materia.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución internacional; reconocimiento; orden público; interés superior del menor.

ABSTRACT

Access to the Spanish Civil Registry of children born abroad through the technique of assisted reproduction is a controversial topic. Violation of Spanish public policy and the wording of Article 10.1 of the Spanish Act 14/2006 on Assisted Reproduction Techniques, which states the nullity of surrogacy agreements, are some of the key arguments usually invoked against this possibility.

However, the General Directorate of Registries and Notaries (DGRN), an administrative body of the Ministry of Justice, issued a decision dated February 18, 2009, reversing the previous decision of the Consular Register and ordering registration of the double paternity of twins born by means of surrogate motherhood in California. The registration, carried out in implementation of that resolution was challenged in court and soon after the DGRN issued an administrative instruction dated October, 5, 2010, setting out the guidelines for the Civil Registrar in relation to applications for registration of birth made by Spanish citizens of children born abroad as a result of pregnancy using substitution techniques. The Instruction confirms the favorable position of the DGRN towards foreign surrogacy but introduces additional requirements in order to safeguard the interests of the child and gestational mother. The aim of this paper is to identify the differences between the resolution and the instruction and to analyze the evolution of the DGRN's position on this topic.

KEYWORDS

Foreign surrogacy; recognition; public policy; best interest of the child.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Tutela declarativa y tutela por reconocimiento.–III. La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. IV. La Instrucción de 5 de octubre de 2010.–V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. Posiblemente pocas figuras susciten hoy en día mayor polémica que la gestación por sustitución, es decir, la renuncia de una mujer (la madre gestante), antes o después del parto, a la maternidad del niño o niños que dé a luz a favor de otra u otras personas (los comitentes)¹. La controversia que rodea a esta figura

¹ Aunque el término «gestación por sustitución» en realidad se refiere únicamente a una modalidad específica de maternidad de sustitución en la que a la madre gestante le son implantados óvulos de la madre comitente, generalmente fecundados por la pareja de ésta [vid. OREJUDO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de la gestación por sustitución», en NAVAS NAVARRO, S. (Dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, 2012, pp. 469-471], he preferido utilizarlo

se aprecia también en la división existente en el Derecho comparado a la hora de afrontar su regulación. En un gran número de Estados, o bien se encuentra prohibida o bien se declara la nulidad de los contratos en los que se estipula la renuncia a la filiación de la madre gestante (y en su caso del cónyuge) a favor del padre o los padres comitentes. Es más, en algunos sistemas legales se establecen sanciones penales para los sujetos que participen o puedan mediar en su celebración. Por el contrario, en otros ordenamientos la gestación por sustitución está admitida, generalmente bajo la condición de que no tenga fines comerciales y simplemente se compense a la madre gestante por los perjuicios o molestias que pudiera suponerle el embarazo^{2,3}.

Por lo que se refiere al Derecho español, aunque la doctrina mayoritaria entiende que existe una prohibición radical de esta figura, lo cierto es que nuestro legislador se limitó a recurrir a una norma de naturaleza meramente obligacional, de contenido similar al artículo 16-7 del Código Civil francés, cuyo tenor literal simplemente declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución (el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Asistida)⁴, acompañada de una regla de atribución de la maternidad a la madre gestante (art. 10.2) y un tercer precepto que disocia los aspectos contractuales de los relativos a la filiación y deja a salvo la posibilidad de

en el trabajo al ser también el término empleado por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

² Con relación al tratamiento de la gestación por sustitución en el Derecho comparado pueden consultarse los trabajos de: LAMM, E., «Gestación por sustitución», *InDret*, 3/2012, pp. 11-17; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, pp. 9-12. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, pp. 471-472, y la bibliografía allí citada, STRUYCKEN, A.V.M., «Surrogacy, a new way to be a mother? A new Pil Issue?» *Convergence and divergence in Private International Law*, Liber Amicorum Kurt Siehr, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357-372. En cuanto a la regulación contemplada en los diferentes Estados de EE.UU. y, en especial, en California, puede consultarse FARNÓS AMORÓS, E., «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. Junto a los trabajos señalados, resulta esencial la consulta del Informe Preliminar de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre las cuestiones derivadas de los acuerdos de gestación por sustitución, de 10 de marzo de 2012.

³ Entre los países en los que únicamente se admite la gestación por sustitución sin fines comerciales se encuentran: Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda. En cambio, en Estados como Georgia, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos, esta figura está admitida incluso aunque posea una naturaleza lucrativa. Sobre la posibilidad de retribuir a las madres gestantes puede consultarse el trabajo de WATSON, J., «Growing a baby for sale or merely renting a womb: should surrogate mothers be compensated for their services?», *Whittier J.Child & Fam.Advoc.*, 2006-2007, pp. 529 y ss.

⁴ Sobre este precepto se volverá con más detalle en páginas posteriores (*vid. infra* núms. 18 y ss).

ejercer la acción de paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales⁵. En principio el ordenamiento español no sanciona penalmente la participación o la intermediación en un supuesto de gestación por sustitución⁶.

2. Las grandes diferencias existentes a la hora de regular la gestación por sustitución han animado a nacionales de los países en los que esta figura se encuentra prohibida o sometida a grandes restricciones a acudir a Estados que la toleran y a contratar los servicios de mujeres nacionales o residentes en estos Estados con el objetivo de que, una vez nacido el niño y declarada la relación de filiación por las autoridades extranjeras, ésta pueda ser reconocida en el Estado de la nacionalidad o la residencia de los padres comitentes. Aunque el coste difiera de país a país, no creo necesario señalar que la gestación por sustitución no es barata y exige de los comitentes unos recursos económicos cuando menos holgados para poder afrontarla. Entre los destinos preferidos en el mundo se encuentra California. Los motivos que subyacen tras el «éxito» de este Estado norteamericano como polo de atracción de sujetos que desean recurrir a la gestación por sustitución posiblemente no sólo residan en el marco de seguridad jurídica de que goza esta figura y a la existencia de una desarrollada «industria» dedicada a la promoción de esta práctica, sino también en el hecho de que, a diferencia de otros Estados como el Reino Unido, Israel o Grecia, que también admiten la gestación por sustitución y que exigen la residencia habitual o el domicilio del padre o los padres comitentes en su territorio⁷, únicamente se requiere que sea la madre gestante quien resida en California.

⁵ Artículo 10 de la Ley 14/2006. «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

⁶ No obstante, se ha defendido la posibilidad de que la comitente y la madre gestante incurran en una conducta delictiva, en el caso de que ambas mujeres oculten la verdadera identidad de ésta. Se defiende, en concreto, que la comitente incurriría en el delito de suposición de parto del artículo 220 CP, mientras que la gestante cometería un delito de entrega de hijos a terceros para alterar o modificar la filiación (*vid.*, con más detalle, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, pp. 471-472). Ahora bien, en el caso de que la gestación por sustitución se realizara en un Estado en el que tal práctica no fuera delictiva, esta autora considera que nuestros tribunales penales carecerían de competencia sobre el supuesto al exigir el artículo 22.3 LOPJ doble incriminación, esto es, que el supuesto sea delictivo tanto en el lugar en el que se llevó a cabo como en España.

⁷ En Grecia la Ley 3089/2002 exige que la madre comitente y la madre subrogada residan en el país (art. 8). En términos similares, el ordenamiento israelí (Ley 5746-1996) exige que tanto la pareja comitente como la madre subrogada residan legalmente en Israel. Y por lo que se refiere al ordenamiento inglés, la Sec. 54(4)(b) de la HFEA de 2008 requie-

3. Hasta la fecha las autoridades españolas no han tenido que enfrentarse a supuestos en los que los comitentes ejercitasen ante ellas una acción de filiación o en los que alguna de las partes exigiera el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el acuerdo de gestación por sustitución, sino únicamente ante situaciones en las que se pretendía el reconocimiento en España de las relaciones de filiación derivadas del empleo de técnicas de gestación por sustitución establecidas previamente ante una autoridad extranjera⁸. En el caso concreto de la DGRN su intervención se ha debido al deseo de los padres comitentes de inscribir estas relaciones de filiación en el Registro Civil español y su posición sobre esta materia se aprecia inicialmente a través de la Resolución de 19 de febrero de 2009⁹ y, posteriormente, en la Instrucción de 5 de octubre de 2011¹⁰, en la que modificó alguno de los postulados sobre las que se basaba la resolución de 2009. La inscripción en el Registro Civil español persigue generalmente la obtención de algún documento para el menor (p. ej., un pasaporte español para salir del país en el que se ha producido el nacimiento), y dado que el hecho inscribible se ha producido fuera de España sólo podría procederse a la inscripción si el nacimiento afectase a un español ya que, de no ser así, nuestras autoridades registrales carecerían de competencia¹¹. Pues bien, para que el hijo nacido fuera de España sea español es necesario que haya nacido de padre o madre españoles¹², y por ello el Encargado del Registro deberá proceder con carácter previo a determinar si reconoce la filiación del menor

re que uno o ambos miembros de la pareja comitente y solicitantes de la orden parental residan en el Reino Unido o en alguno de sus territorios.

⁸ En cambio, sí se ha acudido a nuestros tribunales para demandar un permiso de maternidad para la madre comitente y éstos lo han reconocido (*vid.* STSJ de Asturias, de 20 de septiembre de 2012, *Diario La Ley*, n.º 7963, Sección La Sentencia del día, 13 de noviembre de 2012, que confirma a su vez la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012). Del mismo modo, en su sentencia de 18 de octubre de 2012, el TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Secc. 4.ª), concedió una prestación por maternidad a uno de los cónyuges de un matrimonio homosexual que previamente habían inscrito a su favor en nuestro Registro Civil la filiación de una menor tras recurrir a una madre subrogada en California. A la hora de conceder la prestación el TSJ entendió que el supuesto era paragonable a uno de acogimiento familiar o de adopción. Similar criterio ha acogido el TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), en su sentencia de 23 de noviembre de 2012. Por otro lado, a través de un auto cuyos fundamentos se limitan a reproducir la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sin desarrollo alguno, el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón (Auto de 25 de junio de 2012) ha concedido el exequátur a una sentencia californiana por la que se declaraba la maternidad de una mujer española que recurrió a la gestación por sustitución en California.

⁹ RJ 2009/1735.

¹⁰ BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

¹¹ *Vid.* artículo 15 LRC. También la nueva Ley del Registro Civil establece unos requisitos similares (art. 9).

¹² *Vid.* artículo 17 CC.

como requisito previo para la determinación de su nacionalidad y, por tanto, para justificar su propia competencia.

4. El propósito perseguido con el presente trabajo es muy modesto. No se pretende hacer una valoración moral de la gestación por sustitución, algo para lo que por otro lado, me siento absolutamente incapacitado¹³. Ni siquiera se tiene intención de realizar un estudio general de la problemática que para nuestro ordenamiento plantean los supuestos de gestación por sustitución vinculados con más de un Estado, una tarea que, por cierto, ha sido ya ampliamente acometida por nuestra doctrina¹⁴. Mi objetivo simplemente consiste en analizar de forma somera el papel que hasta la fecha ha desempeñado la Dirección General de los Registros y del Notariado a la hora de enfrentarse a esta figura. Como se tendrá ocasión de comprobar, la deficiente regulación actual de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento ha complicado sobremanera la tarea del Centro Directivo y posiblemente le ha otorgado un protagonismo mucho mayor que el que necesariamente debería corresponder a un órgano administrativo.

¹³ A tal efecto, y sin ánimo de exhaustividad, pueden consultarse: BAUGHMAN, M. H., «In Search of Common Ground: One Pragmatist Perspective on the Debate Over Contract Surrogacy», *Columbia Journal of Gender and Law*, 2001, pp. 263 y ss; BROWNE-BARBOUR, V. S., «Bartering for babies: are preconception agreements in the best interests of children?», *Whittier Law Review*, 2004, pp. 429-486; DRABIAK, K., WEGNER, C. FREDLAND, V. HELFT, P. R., «Ethics, Law and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity», *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2007, pp. 300-309; LANDAU, R., «Israel: Every Person has the Right to Have Children», en BLYTH, E., LANDAU, R. (Ed.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures. Social, Legal and Ethical Perspectives*, Londres, Nueva York, 2004, pp. 129-147; RADIN, M., «Market-Inalienability», *Harvard Law Review*, 1987, pp. 1849 y ss.; *vid.* también, de la misma autora, «Reflections on objectification (Symposium on biomedical technology and health care: social and conceptual transformations)», *Southern California Law Review*, 1991, p. 341; SHALEV, C., GOOLDIN, S., «The uses and misuses of in vitro fertilization in Israel: some sociological and ethical considerations», *Nashim: A Journal of Jewish Women's Studies and Gender Issues*, 2006, pp. 151-176: <http://muse.jhu.edu/journals/nashim/v012/12.1shalev.html>

¹⁴ Al margen de los ya señalados, pueden consultarse, entre otros: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 339-377; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «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»; GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero. Hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010)»; de la misma autora, «Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2011: «El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, pp. 51-55. Asimismo, fuera de la doctrina española, un exhaustivo estudio sobre los principales problemas que plantean las nuevas técnicas de reproducción asistida a las soluciones «clásicas» del Derecho internacional privado puede encontrarse en GREEN, S. B., «Interstate Intercourse: How modern assisted reproductive Technologies challenge the traditional realm of conflict of laws» (disponible en http://works.bepress.com/sonia_green/1) y TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., «International surrogacy agreements: and urgent need for legal regulation at the international level», *Journal of Private International Law*, 7. 2011, pp. 627-647.

II. TUTELA DECLARATIVA Y TUTELA POR RECONOCIMIENTO

5. Antes de avanzar en el estudio de la posición de la DGRN sobre la gestación por sustitución es necesario señalar que los supuestos ante los que se ha visto hasta ahora obligado a pronunciarse el Centro Directivo se refieren únicamente a situaciones en las que la relación de filiación ya había sido establecida en el extranjero por las autoridades locales y con posterioridad se pretendía su inscripción en el Registro Civil español mediante la presentación de un título acreditativo de dicha filiación. Por el contrario, la DGRN no ha tenido que dar respuesta todavía a supuestos en los que los comitentes acuden ante nuestras autoridades registrales para solicitar la inscripción del nacimiento del menor por declaración. Esta precisión resulta especialmente importante para contestar a algunas de las objeciones que se han hecho a la posición de la DGRN, en las que se acusa al Centro Directivo de no haber tenido en cuenta ni en la Resolución de 18 de febrero de 2009 ni en la posterior Instrucción de 5 de octubre de 2011 la regla contenida en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 que niega cualquier tipo de efectos a los contratos de gestación por sustitución y cuya aplicación debería haber conducido a la denegación de la inscripción en España de las relaciones de filiación establecidas en el extranjero¹⁵. Según las críticas señaladas, la aplicación del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sería obligada como consecuencia de la remisión que la norma de conflicto aplicable en materia de filiación, el artículo 9.4 CC¹⁶, hace a la ley española como ley de la nacionalidad del menor.

6. Las objeciones expuestas, no obstante, no pueden ser compartidas. Sin querer detenerme ahora en glosar las diferencias entre el método conflictual y el método del reconocimiento a la hora de dar efecto en un Estado a las situaciones establecidas previamente en otro¹⁷, es necesario tener presente que en todos aquellos casos

¹⁵ Vid. v. gr.: CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., «Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución», *Diario La Ley*, n.º 7910, Sección Tribuna; LASARTE ÁLVAREZ, C., «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *Diario La Ley* núm. 7777, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012; SALVADOR GUTIÉRREZ, S., «Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución», *El Derecho*, *Boletín de Derecho de Familia*, 1 de septiembre de 2012.

¹⁶ El artículo 9.4 somete el carácter y contenido de la filiación a la ley personal del hijo y si dicha ley no pudiera determinarse, a la ley de la residencia habitual del hijo.

¹⁷ Para tal cometido puede consultarse: MAYER, P., «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 547-573; PAMBOUKIS, Ch.,

en los que se pretenda la inscripción en España de relaciones de filiación derivadas del empleo de técnicas de gestación por sustitución establecidas ya ante una autoridad extranjera, es decir, justamente los supuestos sobre los que se ha pronunciado hasta la fecha el Centro Directivo, las normas que deben aplicar nuestras autoridades son, única y exclusivamente, las que regulan la inscripción en España de títulos extranjeros y no la norma de conflicto contenida en el artículo 9.4 CC. Lo que se invoca ante nuestras autoridades registrales es una relación jurídica establecida al amparo de un ordenamiento extranjero o, por ser más exactos, el título extranjero que acredita la filiación. Se trata por tanto de supuestos en los que una autoridad nacional habrá aplicado previamente un determinado ordenamiento jurídico para constatar si realmente se verificaron en su momento todas las condiciones necesarias para atribuir la paternidad a los comitentes y en los que lo único que deberán hacer nuestras autoridades registrales es determinar si se permite que ésta despliegue o no efectos en España, es decir, reconocerla u oponerse a su reconocimiento mediante la aplicación de las normas relativas a la eficacia registral de dichos títulos en nuestro país¹⁸.

Por el contrario, el recurso a la normativa conflictual sólo debe ser posible cuando lo que se persiga de nuestras autoridades registrales no sea la obtención de una «tutela por reconocimiento» sino una «tutela declarativa» y se pretenda la inscripción del nacimiento mediante declaración (o cuando se pretenda dicha tutela declarativa de nuestras autoridades judiciales a través del ejercicio de la acción de filiación¹⁹). En tales casos, al contrario que en los anteriores, no se trata de decidir si se permite la continuidad en España de una relación jurídica establecida en el extranjero sino de deter-

«La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance», *Rev.crit.dr.int.priv.*, 2008, pp. 513-560.

¹⁸ Vid. en este sentido: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, pp. 366-367, aunque este autor no cierre la puerta por completo al uso del método conflictual ante supuestos específicos en otro de sus trabajos sobre el tema («Reconocimiento de la filiación derivado de gestación por sustitución», en Forner Delaygua, González Beilfuss, C., Viñas Farré, R., Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicourn Alegría Borrás, Madrid, 2013, pp. 77-90; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación ...», *op. cit.*, esp. pp. 299-307; CUNIBERTI, G., «Nota a la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 25 de octubre de 2007, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153; GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación ...», *op. cit.*, pp. 734-735; MORENO SÁNCHEZ MORALEDA, A., «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», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 731, 2012, pp. 1363-1391, p. 1369; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, pp. 476-480.

¹⁹ Algún autor, no obstante, considera el artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida como una norma de policía contractual, lo que significaría que se limitaría a desplazar el juego de las normas de conflicto e impondría las soluciones en ella contemplada únicamente en el ámbito contractual (*vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación ...», pp. 17-19).

minar si realmente existe una relación de filiación, por lo que el Encargado del Registro Civil sí deberá acudir a un determinado ordenamiento nacional, previo paso por la norma de conflicto, para constatar tal circunstancia^{20, 21}.

III. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

7. Hecha la precisión anterior, centrémonos ya en la labor que hasta la fecha ha realizado la DGRN sobre la inscripción de relaciones de filiación establecidas en el extranjero y derivadas del recurso a la gestación por sustitución. Como ya se ha avanzado, la posición del Centro Directivo sobre esta cuestión ha sufrido importantes cambios en un corto espacio de tiempo. La primera vez que la Dirección General tuvo que pronunciarse sobre esta materia fue en la Resolución de 18 de febrero de 2009, cuyo origen se encuentra en el recurso planteado por una pareja de dos hombres de nacionalidad española ante el Registro Consular de Los Ángeles. El encargado del Registro denegó la inscripción de los certificados de nacimiento estadounidenses en los que constaba la paternidad a favor de los recurrentes de dos niños mellizos nacidos de una madre subrogada en California a partir de material genético de uno de los recurrentes y de óvulos de donante anónima. El principal argumento en el que se fundamentó la denegación fue el ya mencionado artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Asistida y, más en concreto, en el apartado 1.º que declara la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

La DGRN, sin embargo estimó el recurso interpuesto frente a la resolución del Encargado del Registro consular y procedió a la inscripción del certificado de nacimiento. La argumentación del Centro Directivo partía de un presupuesto al que se acaba de hacer referencia: la inscripción de un título extranjero que acredite una relación de filiación derivada de una gestación por sustitución no plantea un problema de determinación del Derecho aplicable a la

²⁰ Es cierto, no obstante, que no resulta muy coherente que la solución a la que lleguen nuestras autoridades ante un supuesto de gestación por sustitución sea radicalmente diferente cuando se solicita ante ellas una «tutela por reconocimiento» o una «tutela por declaración», circunstancia esta que constituye un nuevo argumento a favor de una reforma legal de la materia (vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Gestación por sustitución ...», *op. cit.*, p. 373).

²¹ Cuestión distinta es que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 pueda ser invocado de forma indirecta al aplicar las reglas sobre reconocimiento e inscripción de documentos extranjeros por considerar que es una norma que integra el contenido del orden público en este ámbito (sobre esta cuestión, *vid.*, *infra*, núm. 18).

filiación (por lo que, al menos de forma directa, la aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006 por remisión del art. 10.4 CC debería ser descartada), sino un problema de «validez extraterritorial de decisiones». Asumida esta idea, la DGRN identificó el título extranjero cuya inscripción se pretendía –una certificación registral californiana– y tras considerar que constituía título suficiente para el acceso al Registro español admitió su inscripción.

8. Aunque partía de un presupuesto acertado, lo cierto es que la Resolución de 18 de febrero de 2009 ha suscitado el rechazo prácticamente unánime de la doctrina²², a salvo de una única y apasionada excepción²³. La Resolución fue además anulada a instancias del Ministerio Fiscal por la Sentencia de la A.P. de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que confirmó la del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010.

9. Una de las críticas que se han hecho contra el contenido de la Resolución, y que este autor comparte, se centra en ignorar que lo que se pretendía realmente era dar eficacia en España a una certificación registral extranjera que tenía su origen y fundamento en una previa resolución judicial dictada también fuera de España, que, al margen de convalidar y atribuir efectos a un contrato de gestación por sustitución, establecía una relación de filiación a favor de un nacional español y excluía la de la madre gestante y biológica. Ello implica *de facto* que es tal decisión judicial la que está llamada a desplegar efectos en España y convierte en título inscribible, no ya a la mera certificación registral sino a la resolución judicial de la que trae causa.

Lo señalado se entiende con mayor facilidad si se analiza la regulación de la gestación por sustitución en el Estado de California, una regulación que se encuentra diseminada a lo largo de diversas disposiciones del Código de Familia de este Estado («California Family Code») y que ha sido impulsada de forma decisiva a través de varias decisiones jurisprudenciales²⁴. El procedimiento

²² Vid., entre otros muchos: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, pp. 347-354; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Hijos made in California», *AC*, núm. 3, 2009 (*Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411); ESPINAR VICENTE, J. M.ª, «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley», en *Nuevas fronteras al Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pp. 589-604, esp., pp. 589-599; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento...», *op. cit.*, *passim*. e id., «Nota a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *REDI*, vol. LXI, 2009, pp. 215-217.

²³ CALVO/CARRASCOSA, «Gestación por sustitución...», *op. cit.*, *passim*. Entre otros muchos halagos, estos autores consideran que se trataría de una resolución «vanguardista y audaz», que aportaría «una solución legal de tecnología punta» y que acabaría «con los prejuicios propios del pensamiento vertical».

²⁴ La eficacia vinculante de los contratos de gestación por sustitución está reconocida desde el año 1993 por la Corte Suprema californiana (*As. Johnson c. Calvert*). De espe-

para obtener la paternidad de un niño a través de un contrato de gestación por sustitución encuentra su fundamento en el artículo 7630 f) del Código de Familia de California y pasa necesariamente por la obtención de una decisión judicial, previa al nacimiento, en la que se homologa el contrato de maternidad subrogada previamente preparado por un tercero, tercero que generalmente será una agencia privada que pondrá a disposición de los padres solicitantes los medios jurídicos y médicos que resulten necesarios para ejecutar el acuerdo de gestación por sustitución. Al margen de la homologación del contrato, el procedimiento judicial tiene como finalidad la obtención de una decisión por medio de la cual se declaran extintos los derechos de la madre gestante y de su eventual pareja y se atribuye la paternidad al padre o a los padres intencionales («*pre-birth judgment*²⁵), es decir, se determina la filiación de los niños nacidos por el procedimiento de gestación por sustitución. Asimismo, es esta decisión judicial la que ordena la expedición del certificado de nacimiento, donde ya no consta referencia alguna a la madre gestante, y la que impone que en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a ésta y sí al padre o padres intencionales.

Los recurrentes pretendían la inscripción de una certificación registral californiana y *prima facie* podría entenderse que el modo de hacer efectiva tal inscripción en España era el regulado por el juego conjunto de los artículos 23 de la Ley del Registro Civil y 81 y 85 de su Reglamento para la práctica de inscripciones sin expediente en virtud de certificación de registro extranjero. Ello supondría que se podría practicar la inscripción del hecho o circunstancia de estado civil a través de una fórmula simplificada, consistente en la atribución de la condición de título inscribible a la certificación registral extranjera²⁶. Sin embargo, la solución expuesta resulta

cial importancia fue la Sentencia *In re Marriage of Buzzanca*, dictada por la Corte de Apelación de California en 1998, al tener su origen en un supuesto en el que ninguno de los padres comitentes aportó material genético propio. *Vid.* asimismo las sentencias de la Corte Suprema de California: *Elisa B. v. Superior Court*, *Kristine H. v. Lisa R.* y *K.M. v. E.G.*, dictadas el 22 de agosto de 2005.

²⁵ *Vid.* artículo 7633 del «California Family Code».

²⁶ Evidentemente, el hecho de que se trate de una fórmula simplificada no significa en absoluto que el sistema establecido por los mencionados preceptos introduzca un principio general e incondicionado de reconocimiento de certificaciones registrales extranjeras. Por el contrario, el juego conjunto de los artículos 23 LRC y 85 RRC somete la inscripción en España de estos títulos a un triple requisito: *a)* que exista total certeza sobre la realidad del hecho inscrito; *b)* que no exista duda de su legalidad conforme a la ley sustantiva española; y *c)* que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por el ordenamiento español. Como ya puso de relieve la propia DGRN en su Resolución de 23 de abril de 1993, «el hecho de que los artículos 23 de la Ley del Registro Civil y 85 de su Reglamento permitan practicar sin expediente inscripciones por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, no implica que el Encargado haya de asumir una actitud pasiva ante

inconciliable con la naturaleza y funciones que nuestro ordenamiento atribuye al Registro Civil. La inscripción practicada en California no hace sino reflejar una previa decisión judicial que es la que, en realidad, determina el régimen de filiación de los nacidos. Y esta circunstancia tiene una consecuencia evidente sobre el procedimiento a seguir para que la inscripción californiana goce de efectos en España. No nos encontramos ante un supuesto que atañe al mero control de la eficacia probatoria de los certificados californianos de nacimiento y, por ende, de su acceso al Registro civil español. Tampoco se trata simplemente de inscribir una mera realidad jurídica registral extranjera. Por el contrario, lo que se pretende es dar eficacia en España a una inscripción extranjera que tiene su origen y fundamento en una previa decisión judicial que, al margen de convalidar y atribuir efectos a un contrato de gestación por sustitución, establece una relación de filiación y excluye la de la madre gestante, lo que supone *de facto* que es tal decisión judicial la que está llamada a desplegar efectos en España. De hecho, la certificación registral constituye en realidad un mero reflejo distorsionado de la decisión judicial ya que, tal y como se ha señalado, el Derecho de California impide que en ella se recoja referencia alguna ni a la previa celebración de un contrato de gestación por sustitución ni a la identidad de la madre gestante o biológica²⁷.

Todo lo anterior lleva a una consecuencia evidente: en la medida en que la inscripción registral basa su existencia en la resolución judicial o, por decirlo de otro modo, en la medida en que la inscripción se limita a plasmar una determinada realidad jurídica —en concreto, una relación de filiación establecida previamente ante una autoridad judicial extranjera—, el reconocimiento de la decisión judicial se convierte en un trámite previo e imprescindible para lograr el acceso al registro español de tales relaciones de filiación²⁸. O, por expresarlo de otro modo: la existencia de una decisión judicial y, sobre todo, su contenido, es el elemento esencial que nuestras

la presentación de tales certificaciones, limitándose a la transcripción automática de los datos en ellas consignados. Por el contrario, ha de cerciorarse de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española».

²⁷ Las certificaciones registrales californianas se limitan a señalar que el menor es hijo del comitente sin hacer referencia alguna a la existencia previa ni de la resolución judicial ni al hecho de que se trate de una gestación por sustitución. Tampoco se puede colegir de la certificación cualquier indicio de que se ha garantizado la libre prestación del consentimiento por parte de la madre gestante.

²⁸ Así lo entendió la Sentencia de la *Corte di Appello* de Bari, en su sentencia de 13 de febrero de 2009 (citada en CAMPIGLIO, C., «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 589-604, p. 594). En similares términos OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Reconocimiento ...», p. 485-486; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación ...», *op. cit.*, pp. 14-15. Esta solución se recoge también de forma expresa en el artículo 98.2 de la nueva Ley del Registro Civil (*vid. infra* nota núm. 38). Una opinión contraria sostiene, no obstante, G. CUNIBERTI, «Nota ...», *op. cit.*, p. 150.

autoridades registrales debían tener presente al decidir si permiten o no el acceso al registro de una relación de filiación establecida en California. Así lo estipula el artículo 83 RRC, un precepto cuya finalidad es garantizar que siempre que el acto tenga su origen en la resolución de una autoridad que interviene con carácter constitutivo²⁹, la inscripción de dicho acto quede sometida al previo reconocimiento de la resolución judicial de la que trae causa.

En apoyo de esta solución es necesario recordar además que admitir la inscripción directa de una certificación registral extranjera que refleje la filiación declarada por los Tribunales del país de procedencia de aquella sin exigir la homologación o reconocimiento judicial de la correspondiente decisión judicial en España, abocaría al inadmisibles resultado de ofrecer un tratamiento diferente a la misma decisión judicial en atención a que el recurrente optara por solicitar el reconocimiento en España de la propia decisión o se decantara por solicitar la inscripción directa de la certificación registral de la que trae causa. A ello hay que añadir, tal y como ya se ha señalado desde nuestra doctrina³⁰, que la interpretación realizada por la Resolución suponía dejar sin contenido al artículo 83 RRC desde el momento en que siempre sería posible obtener una certificación registral que acreditase una previa resolución judicial. El ejemplo más evidente de lo apuntado sería el de los divorcios y separaciones extranjeras, que siempre podrían gozar del recurso al artículo 81 RRC en la medida en que se presentase ante nuestras autoridades registrales la correspondiente certificación registral extranjera.

10. Pero las críticas a la Resolución de 18 de febrero de 2009 no se limitan a las señaladas. Pese a ignorar la existencia de una resolución judicial previa a la certificación registral, lo cierto es que la Resolución sometía la inscripción de la propia certificación a requisitos similares a los de la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras. De este modo, al margen de ignorar el artículo 23 LRC, un precepto al que siempre había recurrido la DGRN en su práctica anterior a la hora de reconocer certificaciones registrales extranjeras, la Resolución realiza una interpretación desproporcionadamente extensiva del artículo 81 RRC, que va mucho más allá del tenor literal de la norma. En realidad el artículo 81 RRC se limita a señalar que «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativa o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento autén-

²⁹ Artículo 83 RRC: «No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla, requiere exequatur, deberá ser previamente obtenido».

³⁰ Vid. con más detalle, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P «Reconocimiento ...», *op. cit.*, núm. 13.

tico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales». Sin embargo, la DGRN le otorgó un contenido mucho más amplio y *de facto* estableció unos requisitos similares a los que se exige para la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras³¹, todo ello con la finalidad de imponer un control de legalidad a la certificación extranjera³². Es decir, intenta llegar prácticamente al mismo resultado que si recurriera al artículo 83 RRC pero aplicando una normativa errónea³³.

11. Una cuestión que podía plantear ciertas dudas es la posible incompetencia del Registro Consular de Los Ángeles para proceder a la inscripción de los mellizos a la luz de lo señalado en el artículo 68.2 RRC, precepto según el cual, «Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor estuviere domiciliado en España, deberá practicar antes la inscripción en el Registro Civil Central y después, por traslado, en el Consular correspondiente»³⁴. En el supuesto que dio origen a la Resolución de 18 de febrero de 2009, los padres comitentes estaban domiciliados en España, motivo por el cual podría sostenerse la necesidad de realizar la inscripción inicialmente en el Registro Civil Central³⁵. Sin embargo, tal y como ha señalado la propia DGRN con relación a la inscripción de adopciones internacionales constituidas ante autoridad extranjera –un supuesto que presenta evidentes analogías con el problema que estamos analizando–, a la hora de interpretar la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil es necesario partir de un *concepto amplio de la figura del promotor de la inscripción* que va más allá del padre o de la madre comitente.

Es cierto que en los casos de adopciones internacionales constituidas por adoptante/s español/es a favor de menores extranjeros y ante autoridades extranjeras se había entendido tradicionalmente que el promotor de la inscripción no es el adoptando sino los padres

³¹ Vid. F.D. 4.º, *in fine*.

³² Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento...», *op. cit.*, núm. 13.

³³ En concreto, según la resolución de 18 de febrero de 2009, la certificación registral extranjera debería cumplir los requisitos exigibles a cualquier documento público para que tenga fuerza probatoria (arts. 323 y 144 LEC 2000, y para el ámbito registral, arts. 88 y 86 RRC); tendría que haber sido expedido por una autoridad con funciones equivalentes a las autoridades registrales españolas (art. 85 RRC), es decir, por una autoridad encargada de un registro regular y auténtico que no se limite a dar fe del acto, sino que verifique el cumplimiento de las condiciones exigidas para su validez. Además, dicha certificación debería contener un acto legal y es precisamente en este control de legalidad donde se fuerza el contenido del artículo 81 RRC y se asimila su contenido al del artículo 83 RRC ya que la DGRN incluye dentro de él: *a*) el control de la competencia de la autoridad extranjera; *b*) el control del respeto a los derechos de defensa de los interesados; y *c*) el control del orden público español.

³⁴ En este sentido, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento...», *op. cit.*, núm. 8 y nota núm. 43.

³⁵ Recuérdese que el Derecho californiano no exige que los comitentes tengan su domicilio en California a la hora de constituir la relación de filiación a favor de éstos.

adoptantes, que generalmente estarán domiciliados en España, lo que en aplicación del párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil podría dar a entender que la competencia corresponde al Registro Civil Central, y no al Consular. Sin embargo, el Centro Directivo, a partir del concepto amplio y flexible de «promotor» por el que apuesta el artículo 24 de la Ley del Registro Civil y que incluye en el mismo no sólo a las personas especialmente designadas por la Ley en cada caso como obligados a promover la inscripción (en el caso del nacimiento todos los mencionados en el art. 43 LRC), sino también a «aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible» (n.º 2), esto es, en el caso del nacimiento y de la adopción, el nacido y el adoptando— ha afirmado en la respuesta a la Consulta de 29 de abril de 1999 que el promotor, al solicitar las inscripciones de nacimiento y de adopción actúa no tanto en su nombre propio, sino como representante legal del adoptado. Ello supone que, en realidad, el adoptando no deja de ser promotor de las inscripciones, aunque por su menor edad no pueda actuar por sí mismo. A la luz de esta argumentación la DGRN consideró que no se infringe el párrafo 2.º del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil cuando estando el adoptando domiciliado en el extranjero se practican las inscripciones de nacimiento y de adopción en el Registro Consular correspondiente. Este criterio hermenéutico fue confirmado por la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales), y no debe existir problema alguno para extenderlo a la gestación por sustitución.

IV. LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

12. Pocos días después de la anulación de la Resolución de 18 de febrero de 2009 por la SJPI n.º 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la DGRN modificó su posición inicial a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución³⁶. La Instrucción limita su ámbito de aplicación únicamente a aquellos supuestos en los que se pretenda la inscripción en España de una relación de filiación derivada de gestación por sustitución previamente establecida por una autoridad extranjera y se vertebra en torno a dos objetivos esenciales. El primero es lograr la plena protección jurídica del interés superior del menor, para lo cual se recurre a su vez a tres instrumentos. De un lado, se pretenden habilitar

³⁶ BOE de 7 de octubre de 2010.

los medios necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento. En segundo lugar se intenta evitar que con la inscripción registral se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores. Finalmente, se trata de garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico, tal y como contempla el artículo 7, número 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 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999. Junto al respeto al interés superior del menor, el segundo objetivo perseguido con la Instrucción es asegurar la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción y renuncian a sus derechos como madres, garantizando, tal y como se verá a continuación, que otorgaron su consentimiento con total libertad y que tras el supuesto no se encubre ningún caso de explotación de mujeres³⁷.

13. El aspecto más destacado de la Instrucción es la rectificación del criterio seguido con anterioridad en la Resolución de 18 de febrero de 2009, al establecerse ahora 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 competente en la que se determine la filiación del recién nacido. Ello supone que en todos aquellos casos en los que la relación de filiación hubiera sido determinada en el extranjero a través de una resolución judicial, el título inscribible, y el que por tanto debería superar los requisitos establecidos por nuestra regulación registral, sería este último y no una eventual certificación registral que trajera causa de aquélla³⁸. Tampoco sería posible la inscripción mediante declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del deudor. En cuanto a aquellos casos en los que la relación de filiación no hubiera sido establecida mediante una previa resolución judicial, la filiación no resultaría inscribible ni mediante certificación registral ni mediante declaración.

³⁷ Vid. Exposición de Motivos.

³⁸ Se ha señalado que la nueva Ley del Registro Civil no sigue la senda trazada por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (vid. ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, n.º 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, núm. V). Discrepo respetuosamente de tal afirmación. La nueva Ley recoge fielmente en su artículo 98.2 los postulados contemplados en la Instrucción al señalar que «En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley».

14. La imposibilidad de inscribir la relación de filiación a menos que se presente ante el Encargado del Registro una resolución judicial ha suscitado críticas doctrinales al entender que la Instrucción vulneraría normas de rango superior como los artículos 23 LRC y 81 y 85 RRC³⁹. Se señala en concreto que, dado que estos preceptos permiten la inscripción de los nacimientos acaecidos en el extranjero a través de la presentación de una certificación registral extranjera, si la DGRN mediante una instrucción impidiese tal posibilidad estaría aboliendo *de facto* dichos preceptos sin, lógicamente, tener competencia para ello. Es más, se ha señalado que la posición adoptada por la DGRN supondría una discriminación entre los padres comitentes que acuden a un Estado que, como sucede en California, contempla la constitución de la filiación a través de un procedimiento judicial de aquellos otros en los que no existe tal posibilidad.

15. En respuesta a estas críticas es necesario recordar que *lo que establece en realidad el juego combinado de los artículos 23 LRC y 81 y 85 RRC es que las certificaciones registrales extranjeras son un título válido para acceder al Registro civil español, no que todas las certificaciones registrales extranjeras deban acceder al Registro civil español*. La prueba irrefutable de lo señalado es que ambos preceptos, y en especial el artículo 85, someten la inscripción de la certificación extranjera a un amplio elenco de requisitos⁴⁰, requisitos que la DGRN, dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta en virtud del artículo 9 LRC y 41 RRC, está perfectamente legitimada para interpretar a través de una instrucción, con vistas a establecer las pautas de actuación de los Encargados del Registro Civil en esta materia⁴¹.

Y realmente existen motivos de peso para que la DGRN considere que en los supuestos en los que no exista una previa resolución judicial, la filiación establecida ante autoridades extranjeras

³⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, p. 358-359; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2011, pp. 247-262, esp. pp. 251-252.

⁴⁰ Artículo 85 RRC: «Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste 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.

Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no pueden obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellas autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad.

La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente».

⁴¹ En términos favorables hacia esta solución: GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación ...», *op. cit.*, pp. 740-741.

y que derive del recurso a la gestación por sustitución no debería tener acceso a nuestro Registro. Por lo pronto no debe olvidarse que una de las condiciones a las que tanto el artículo 23 LRC como el artículo 85 RRC someten la inscripción de una certificación registral extranjera es que no existan dudas sobre la realidad de los datos y circunstancias recogidos en ella. Sin embargo, lo cierto es que en las certificaciones registrales extranjeras presentadas hasta la fecha ante la DGRN y emitidas tanto en Estados en los que existe una previa resolución judicial —el caso ya mencionado de California es el mejor ejemplo de ello—, como en los que tal resolución no existe, p. ej. Rusia, India, Ucrania, ni siquiera dan cuenta del hecho de que la relación de filiación tenga su origen en un supuesto de gestación por sustitución, algo que, además, constituye un serio menoscabo del derecho de los hijos a conocer su origen biológico (art. 39.2 CE)⁴² y que impide constatar si realmente se respetaron los derechos de la madre gestante (p. ej., si su maternidad realmente respondió a una decisión libremente aceptada) o, incluso, si los consentimientos prestados son revocables. Parece evidente que a la luz de este panorama cualquier atisbo de realidad de los datos recogidos en la certificación registral extranjera resulta una mera entelequia⁴³.

Por supuesto, la realidad es muy variada y siempre se podrá decir que en el futuro podría encontrarse un supuesto de certificación registral adoptado en uno de los países que hoy en día admiten la gestación por sustitución que cumpla todos los requisitos antes

⁴² Vid. QUESADA GONZÁLEZ, M.C., «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico», *Anuario de Derecho Civil*, 1994, vol. II, pp. 237-304; GARRIGA GORINA, M., «El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero», *Derecho privado y Constitución*, 2007, núm. 21, pp. 167-228.

⁴³ Además, de la inexistencia de dudas sobre la *realidad* del hecho inscrito, el artículo 23 LRC exige que tampoco haya dudas sobre su *legalidad* conforme al Derecho español. Nuestros tribunales han concebido este precepto como una remisión al ordenamiento material español y ello les ha llevado a negar la posibilidad de inscribir una certificación registral extranjera que acredite una relación de filiación derivada de gestación por sustitución al entender que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 prohíbe esta práctica en España (*vid.* las ya citadas sentencias del JPI núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 y de la AP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, que confirma la anterior). En principio esta interpretación constituiría un nuevo argumento a favor de la postura seguida por la DGRN en la Instrucción, es decir a favor de excluir la certificación registral como título inscribible. Sin embargo, y para ser sincero, el razonamiento seguido tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial me parecen muy discutibles. Al margen de que la remisión del artículo 23 LRC debe entenderse, no como una remisión al ordenamiento sustantivo español sino a *todo* nuestro ordenamiento, incluyendo la normativa conflictual, el mencionado precepto no es en realidad una norma prohibitiva sino una regla de contenido meramente obligatorio que se limita a señalar la nulidad de los contratos de gestación por sustitución (*vid.* con más detalle *infra* núm. 18). En realidad, la única consecuencia que se atribuye a la gestación por sustitución en el artículo 10 (apartado 2.º) es que la filiación de los hijos nacidos será determinada por el parto (en similares términos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, p. 356).

apuntados⁴⁴. Ahora bien, no creo que ello sirviera para deslegitimar la solución seguida por la DGRN, en especial si se tiene en cuenta la peculiar naturaleza jurídica de una instrucción interna como la que estamos analizando. Al margen de que se trata de una mera regla de servicio de contenido general que el superior jerárquico dicta dentro del marco de su potestad organizativa con efectos *ad intra* y que, por tanto, ni posee eficacia constitutiva directa sobre los terceros (no obligan ni son oponibles a terceros), ni es habilitante (no crea potestades que incidan sobre la esfera jurídica de los terceros), el único objetivo de una instrucción consiste en condicionar la actividad de los dependientes jerárquicos aportando criterios generales claros y precisos de acuerdo a los cuales interpretar una determinada norma o afrontar una determinada cuestión a la luz de los problemática existente en el momento de dictar la Instrucción.

Es cierto que esa vocación de generalidad y esa «actualidad» que subyace bajo una instrucción de alguna manera la «petrifica», de suerte que podría darse en el caso de que en el futuro llegaran a suscitarse situaciones específicas a las que la Instrucción no otorgase una respuesta adecuada. Ahora bien, en el improbable caso de que se presentara ante nuestras autoridades registrales una certificación registral extranjera dictada en un determinado Estado en la que la información en ella recogida reflejara la existencia previa de un supuesto de gestación por sustitución, la identidad de la madre biológica, la ausencia de coacción en el consentimiento, la irrevocabilidad de los consentimientos, etc., el sistema es lo suficientemente flexible como para posibilitar finalmente la inscripción (p. ej., a través de las consultas que el Encargado del Registro pudiera dirigir a la DGRN sobre el supuesto particular, mediante una modificación de la Instrucción que permitiera inscribir las certificaciones provenientes de ese Estado concreto o, en último extremo, mediante el recurso ante la propia DGRN).

16. La DGRN diferencia además a la luz de la naturaleza del procedimiento que hubiera dado lugar a la resolución judicial extranjera. En el caso de que ésta tuviera su origen en un procedimiento de naturaleza contenciosa, entrarían en juego los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantienen su vigencia tras la aprobación de la LEC 2000 hasta que se dicte una Ley de cooperación jurídica internacional⁴⁵, y en virtud de los cuales, será necesario instar el reconocimiento a título principal de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala

⁴⁴ Vid. un posible ejemplo en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, pp. 358-359.

⁴⁵ Vid. disposición adicional vigésima.

el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social, como requisito previo a su inscripción. Por el contrario, cuando la resolución judicial derivase de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, tal y como ha proclamado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, la inscripción no quedaría sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

17. La Instrucción, no obstante, se separa de la posición seguida por el Tribunal Supremo ⁴⁶, de tal modo que en lugar de exigir que el Encargado del Registro realice un reconocimiento conflictual de la resolución extranjera ⁴⁷, tal y como ha venido exigiendo el Alto Tribunal ⁴⁸, apuesta por un reconocimiento de naturaleza procesal, independiente de las normas de conflicto, tal y como sucede con el resto de resoluciones judiciales. Ciertamente, está por ver si los tribunales admiten en el futuro este criterio o, por el contrario, exigen el mantenimiento del reconocimiento incidental de naturaleza conflictual, ahora bien, dadas las fuertes y razonables críticas que ha cosechado hasta la fecha esta segunda alternativa, la opción por la que se decantó la DGRN una vez más parece la más lógica ⁴⁹, al margen de ser también la que contempla la nueva Ley del Registro Civil, cuyo artículo 96 apuesta por el reconocimiento incidental de las resoluciones judiciales extranjeras, tanto provenientes un proceso contencioso como de jurisdicción voluntaria.

A la hora de realizar este reconocimiento incidental, y ante la inexistencia de norma expresa al respecto, la solución más razonable pasa por identificar las condiciones a las que debe someterse éste por analogía del régimen general contemplado en la LEC 1881 ⁵⁰, ajustando tales condiciones a la naturaleza de este tipo de resoluciones. Ello supone en la práctica el control de cuatro

⁴⁶ *Vid.*, entre otras, AATS (Sala de lo Civil) de 30 de noviembre de 1999 (*RJ* 9912), 18 de julio de 2000 (*RJ* 7140), 4 de septiembre de 2002 (*RJ* 238646) y 31 de julio de 2003 (*RJ* 6266).

⁴⁷ La apuesta por un reconocimiento conflictual significa que sólo se van a reconocer las resoluciones extranjeras que hubieran sido dictadas por el Estado cuya ley fuese aplicable por nuestras normas de conflicto (siempre que, además, se verifiquen los requisitos contemplados en el art. 323 LEC). Con más detalle, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2007, p. 542-544.

⁴⁸ *Vid.*, entre otros, ATS de 29 de septiembre de 1998 (*RJ*, 9004) y de 1 de diciembre de 1998 (*RJ* 10540):

⁴⁹ Parecen mostrarse favorable a esta opción, DE MIGUEL ASENSIO, P., «La Instrucción de la DGRN de 10 de octubre de 2011» (<http://pedrodemiguelsensio.blogspot.com.es>) y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, pp. 360-361.

⁵⁰ *Vid. in extenso*, VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 713.

circunstancias: autenticidad de la resolución, eficacia y carácter definitivo de ésta, competencia judicial internacional de la autoridad de origen y, finalmente, no contrariedad con el orden público español. La DGRN hace suyos estos imperativos, si bien los adapta a las particularidades de la gestación por sustitución buscando una especialización de la solución dispensada a estos supuestos⁵¹. De este modo señala que sólo cabrá el reconocimiento incidental de la resolución extranjera como exigencia previa a la inscripción cuando el Encargado del Registro constate: *a)* La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; *b)* 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 éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado; *c)* que el Tribunal de origen basó su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española^{52, 53}.

⁵¹ Sobre la necesidad de buscar soluciones especializadas para el reconocimiento de situaciones constituidas en el extranjero y, en concreto, para el reconocimiento de relaciones de filiación derivadas de gestación por sustitución constituidas en el extranjero, *vid.*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, p. 367.

⁵² Para algún autor debería negarse el reconocimiento de la relación de filiación cuando se hubiera producido un fraude a la aplicación de la ley española. Se trataría por tanto de controlar la competencia de las autoridades extranjeras cuando el o los comitentes acudieron al extranjero con la única intención de lograr la aplicación de una solución no tolerada por el ordenamiento español (*vid.*, *v. gr.*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Gestación por sustitución ...», *op. cit.*, pp. 362-364). No obstante, incluso este mismo autor reconoce las dificultades para llevar a la práctica este criterio a la luz de la peculiaridad de los intereses y de las circunstancias que rodean un supuesto de gestación por sustitución» (*ibid.*, p. 364). Otras opiniones doctrinales, por el contrario, consideran que la idea de fraude o de *forum shopping* fraudulento debe quedar al margen del control de la competencia (OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*), núms. 16-17).

⁵³ En contra de este requisito se ha señalado que con él «se pretende imponer al resto del mundo los criterios de competencia de los tribunales españoles» y que «arranca del presupuesto falso y equivocado, de que todos los tribunales de todos los Estados del mundo deben comportarse como los tribunales españoles y que deben aplicar, para declararse competentes, en los casos internacionales, la legislación española (CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Notas ...», *op. cit.*, pp. 254-256). La crítica resulta, no obstante, cuando menos desconcertante. La Instrucción únicamente refleja la posición unánimemente seguida por nuestra jurisprudencia (*vid.*, por todos, ATS de 25 de marzo de 2003) y la doctrina más autorizada (FERNÁNDEZ ROZAS, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 4.ª edición, Madrid, 2007, p. 226; VIRGÓS, GARCIMARTÍN, *Derecho... Vid.* pp. 620-621). Evidentemente no se trata de imponer al Estado de origen que base su competencia en foros idénticos a los españoles. Por el contrario, lo que señala la Instrucción es que el tribunal de origen hubiera basado su competencia en reglas *equivalentes* a las nuestras. Lo único que se pretende con este requisito es garantizar que, dado que en nuestro ordenamiento los foros de competencia judicial internacional responden al principio de *proximidad razonable* –único modo de garantizar en sede de reconocimiento el respeto al art. 24 de la CE– la atribución de competencia realizada en el Estado de origen responda al mismo presupuesto, evitando de este modo el reconocimiento de resoluciones extranjeras dictadas bajo la cobertura de foros exorbitantes o, incluso, la vulneración de nuestros foros exclusivos (*vid.* para este ámbito ÁLVAREZ, S., «Gestación ...», *op. cit.*, p. 363; OREJUDO PRIETO DE LOS

18. En cuanto al último requisito que debe controlarse antes de proceder al reconocimiento de la decisión, la contradicción con el orden público español, gran parte de la doctrina⁵⁴ y también la AP de Valencia en la ya citada sentencia de 23 de noviembre de 2009, consideran que se vería vulnerado si se reconociera en España una relación de filiación establecida ante autoridades extranjeras y derivada del recurso a la gestación por sustitución. Los argumentos que se emplean en defensa de esta tesis son variados pero entre los más nombrados destacan, sin duda, la consideración del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 como una norma de orden público internacional, así como el supuesto menoscabo que produciría esta técnica a la dignidad de la madre y del hijo y al libre desarrollo de su personalidad.

Sin embargo, y al margen de la opinión que cada uno pueda tener de esta figura, resulta ciertamente dudoso que el reconocimiento de relaciones de filiación que tengan su origen en una gestación por sustitución resulte contrario a nuestro orden público⁵⁵. O, por ser más preciso, no cualquier supuesto de reconocimiento de una gestación por sustitución establecida ante autoridad extranjera resultará contrario al orden público español⁵⁶. Recuérdese que el control del orden público en sede de reconocimiento no consiste en hacer un juicio en abstracto de la compatibilidad de una determinada figura o institución con nuestro orden público sino en determinar si *en cada caso concreto*, el reconocimiento de una determinada resolución dictada en el extranjero supone un atentado contra los valores y principios esenciales de nuestro ordenamiento.

Mozos, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, núm. 17). De hecho la crítica se entiende todavía menos cuando estos mismos autores en el mismo trabajo reconocen que la DGRN al utilizar la expresión «criterios equivalentes, no estaría exigiendo que los criterios de competencia utilizados por la autoridad extranjera fueran idénticos a los españoles sino simplemente que se basen en el principio de proximidad razonable (p. 256).

⁵⁴ *Vid.*, entre otros: ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación ...», *op. cit.*, núm. V; MUÑOZ DE DIOS, L., «El Registro Civil admite el alquiler de vientres», *Notario del Siglo XXI*, núm. 27, septiembre-octubre de 2009, p. 59; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», pp. 505-510; De VERDA Y BEAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante Gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», *Diario La Ley*, n.º 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010.

⁵⁵ Algún autor que sostiene en principio la contrariedad con nuestro orden público admitiría su atenuación en este ámbito y con ello, la posibilidad de reconocer determinados supuestos de gestación por sustitución (OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, núm. 28). *Vid* asimismo QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación ...», p. 16), para quien sería complicado atenuar el orden público internacional en aquellos casos en los que el o los padres fueran españoles o tuvieran su domicilio en España, dada la estrecha vinculación del supuesto con nuestro país. Recurre también al expediente del orden público atenuando la ya citada Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012.

⁵⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, p. 356.

Por lo pronto, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, tal y como ya se apuntó al comienzo del trabajo, es una norma de naturaleza meramente obligacional que establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución y cuya proyección a las cuestiones relativas a la filiación resulta muy discutible⁵⁷. Es más, el hecho de que nuestro ordenamiento establezca la nulidad de los contratos de gestación por sustitución no equivale necesariamente a que la celebración de tales contratos acarree una sanción. Para que la gestación por sustitución estuviera prohibida en nuestro ordenamiento sería necesario que contáramos (dentro de la Ley 14/2006 o en otro lugar) con una norma que la calificase de forma categórica como una conducta prohibida, ilícita o que al menos estableciera algún tipo de sanción para este tipo de prácticas, algo que, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos⁵⁸, no se contempla en nuestro Derecho positivo actual y que tampoco se puede colegir de la Exposición de Motivos de la propia Ley 14/2006. De hecho, la lectura de las Actas de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (un texto que la propia Exposición de Motivos de la Ley señala como referente directo del texto legal) pone de manifiesto que el hecho de que dicha Comisión se opusiera a la gestación por sustitución no era tanto por motivos morales sino por las dificultades legales que supondría la regulación de los contratos entre los comitentes y la madre gestante y de los eventuales conflictos de intereses que pudieran producirse entre la madre subrogada y la pareja comitente⁵⁹.

⁵⁷ Especialmente ilustrativa sobre esta cuestión resulta la Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Nueva York *T.V. (Anonymous) v New York State Department of Health*, de 9 de agosto de 2011 (citada por E. LAMM, «Gestación, *op. cit.*, p. 20), en la que se afirmó que la validez del contrato de gestación por sustitución es irrelevante para la cuestión de la filiación, ya que al tribunal no se le pide hacer cumplir ese contrato. En términos similares, con relación al artículo 16-7 del Código Civil francés cuya redacción es similar a la del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, *vid.*, LAGARDE, P., «Nota a la Sentencia de la Corte de Casación de 17 de diciembre 2008», *Rev.cr.dr. int.priv.* 2009, pp. 320-331, p. 328.

⁵⁸ Así, por ejemplo, la ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90, en su artículo 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que: «1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento». En cuanto al ordenamiento suizo, la gestación por sustitución está prohibida por el artículo 119.2 letra *d*) de la Constitución Federal («La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas»), así como por el artículo 4 de la Ley Federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito).

⁵⁹ *Vid.* con más detalle, ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», *Notario del Siglo XXI*, núm. 27, sep-oct. 2009, pp. 52-56, pp. 55-56; FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción ...», *op. cit.*, nota núm. 22.

A lo señalado hay que añadir además que la propia Ley 14/2006 en su artículo 10.3 contempla la posibilidad de que se ejerciten por o frente al padre biológico las acciones de reclamación de la paternidad contempladas en nuestro ordenamiento. Dado que existen muchas posibilidades de que el padre biológico sea también el comitente, es decir, quien contrató con la madre gestante, resultaría ciertamente extraño que el partícipe en un comportamiento prohibido pudiera recibir el «premio» de ver reconocida su relación de paternidad. Es más, debe recordarse además que, al contrario de lo señalado por la Audiencia Provincial de Valencia, tanto el TSJ de Asturias como el de Madrid o Cataluña han concedido beneficios sociales derivados del nacimiento de un hijo en sendos supuestos de gestación por sustitución (el primero concedió un permiso de paternidad mientras que el segundo otorgó una prestación de maternidad), sin cuestionarse en ningún momento la contrariedad de esta figura con nuestro orden público⁶⁰.

Pero es que incluso defendiendo la existencia de una hipotética prohibición implícita de la gestación por sustitución en nuestro Derecho, deducir que de tal prohibición podría derivarse la contrariedad de esta figura con nuestro orden público se antoja un salto demasiado grande. Citando a M. Atienza⁶¹, la gestación por sustitución no parece contradecir los grandes principios que inspiran la bioética y que nuestra Constitución recoge (principio de dignidad y de daño, es decir, no causar un daño injustificado, de autonomía y de igualdad). De hecho, no parece contradecir el orden público de ninguno de los ordenamientos pertenecientes al constitucionalismo contemporáneo y prueba de ello es que diversos países de nuestro entorno, con un elenco de valores y principios compartidos con el nuestro, reconocen esta figura⁶². Como señala S. Álvarez, «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 gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño»⁶³. En cuanto a la madre gestante, difícilmente se puede decir que se atente contra su dignidad cuando consciente y voluntariamente acepta someterse a esta práctica.

19. Ahora bien, que la gestación por sustitución no resulte *per se* contraria al orden público español no impide que en determinados casos el reconocimiento de relaciones de filiación establecidas

⁶⁰ *Vid. supra* nota núm. 8.

⁶¹ *Vid.* ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo», *op. cit.*, p. 56.

⁶² *Vid.* ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo ...», *op. cit.*, p. 56.

⁶³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, p. 362. De hecho, la más reciente jurisprudencia inglesa sobre la materia considera un serio atentado contra el interés del menor el reconocimiento de la filiación [*vid. v. gr.* la decisión de la High Court of Justice en el Asunto David L, de 28-9-2012; (2012) EWHC 2631 (Fam)].

en el extranjero al amparo de esta técnica sí pueda vulnerar nuestro orden público. Baste con pensar en supuestos en los que se hubiera empleado violencia contra la mujer o cualquier otro medio para forzar su voluntad. Tal y como se ha señalado desde nuestra doctrina⁶⁴, la clave de la defensa de los intereses en juego en los supuestos de gestación por sustitución está en establecer una regulación que impida su conculcación. El paralelismo con la adopción resulta evidente: al igual que sucede en la gestación por sustitución, la adopción puede generar un tráfico ilegítimo que menoscabe la dignidad de los niños y de sus madres, pero ello no significa que globalmente considerada sea contraria al orden público español sino únicamente, que debe ser estrictamente regulada para evitar que puedan verse vulnerados valores esenciales e irrenunciables de nuestro ordenamiento.

Y esto es precisamente lo que pretende hacer la Instrucción. Identificar los valores más destacados que integran el orden público en este ámbito y que podrían conculcarse en un supuesto de gestación por sustitución (fundamentalmente, respeto a la autonomía de la voluntad y dignidad de la madre gestante y salvaguarda del interés superior del menor), a fin de que los Encargados del Registro los tengan presentes en su tarea y los valore *in casu* ante cada supuesto que pudiera plantearse. La Instrucción concreta en primer lugar el orden público procesal al exigir que se constate el respeto a los derechos procesales de los sujetos involucrados y, en particular, de la madre gestante, y a continuación enumera los elementos esenciales que integran el orden público material en este ámbito, al demandar del Encargado del Registro que constate que no se haya producido una vulneración del interés superior del menor –fundamentalmente mediante la comprobación de que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados no son revocables– y de los derechos de la madre gestante, lo que pasa necesariamente por constatar que tenía capacidad natural suficiente y que su consentimiento se obtuvo de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia.

Por supuesto, la DGRN podría haberse limitado a indicar en términos genéricos que no deberá reconocerse una relación de filiación derivada de gestación por sustitución cuando con tal reconocimiento se vulnerase nuestro orden público. Sin embargo, una vez más hay que recordar la naturaleza jurídica de las instrucciones administrativas y, sobre todo, su objetivo esencial, que no es otro que armonizar y agilizar la actividad de los dependientes jerárquicos, proporcionándoles criterios claros de actuación. Parece evi-

⁶⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Efectos ...», *op. cit.*, pp. 361-362.

dente que dichos objetivos difícilmente se conseguirían si se encomendara a cada encargado del Registro que, a título particular, determinara el modo en el que concibe el orden público en este ámbito y los elementos que lo integran. Por otro lado, la enumeración realizada en la Instrucción no es (no puede serlo) excluyente. De nuevo hay que tener presente que la realidad es muy rica por lo que el hecho de que se hayan identificado los supuestos más relevantes que pueden integrar el orden público en este ámbito no impide, claro está, que en algún momento pudiera llegar a plantearse ante nuestras autoridades registrales determinados supuestos en los que el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución pudiera poner en peligro otros valores esenciales de nuestro ordenamiento. Cuando ello fuera así, y al margen de la posible revisión de la Instrucción, el reconocimiento también debería ser denegado⁶⁵.

V. CONCLUSIONES

La DGRN ha tenido que dar respuesta a las cuestiones que plantea la inscripción en España de relaciones de filiación derivadas de una gestación por sustitución previamente declaradas por una autoridad extranjera. El Centro Directivo ha afrontado este problema asumiendo que en estos casos lo único que deberán hacer nuestras autoridades registrales es determinar si se permite que dicha relación despliegue o no efectos en España, es decir, reconocerla u oponerse a su reconocimiento mediante la aplicación de las normas que regulan la eficacia registral en nuestro país de los títulos extranjeros. Ello supone la inaplicación en estos casos de la normativa conflictual en materia de filiación (artículo 9.4 CC).

La posición de la DGRN ante esta materia ha experimentado, no obstante, una acentuada evolución. En un primer momento, y a través de la Resolución de 18 de febrero de 2009 la Dirección General permitió la inscripción de una certificación registral californiana del nacimiento de dos gemelos nacidos de gestación por sustitución, si bien los argumentos empleados fueron seriamente criticados, tanto por no haber tenido en cuenta el hecho de que la certificación registral traía causa de una previa resolución judicial

⁶⁵ Por otro lado, y aunque se trate de una cuestión que ha gozado de menor atención doctrinal, parece muy probable que denegar el reconocimiento en un Estado miembro de relaciones de filiación derivadas del recurso a la gestación por sustitución y constituidas en otro Estado miembro (Grecia, Reino Unido), supondría una vulneración de las reglas sobre libre circulación de personas (*vid.* ALVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento...», *op. cit.*, pp. 87-88).

que era realmente el título que debía haber sido inscrito, como por someter la inscripción de la certificación a unas condiciones más propias de la inscripción de títulos judiciales extranjeros que de una certificación registral. Sin embargo, poco después de la anulación judicial de la mencionada Resolución, la DGRN promulgó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en la que se observa un endurecimiento de su posición y se somete la inscripción de una relación de filiación derivada de una gestación por sustitución al requisito de que se presente ante el Encargado la resolución judicial extranjera en la que se determine la filiación del recién nacido, excluyendo por tanto la inscripción mediante certificaciones registrales extranjeras tanto si dicha certificación trae causa de una previa resolución judicial como si dicha resolución no existiese. Además, en aquellos casos en los que la resolución judicial tuviera su origen en un procedimiento contradictorio la Instrucción somete la inscripción a la previa obtención de su reconocimiento a título principal ante nuestros tribunales, mientras que si el procedimiento de origen es equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria, el propio Encargado del Registro deberá controlar de forma incidental si es posible el reconocimiento de la resolución como requisito previo a su inscripción.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 también ha sido objeto de diversas críticas. Una de ellas considera que la imposibilidad de inscribir la relación de filiación determinada en el extranjero mediante la presentación ante el Encargado del Registro de una certificación registral extranjera supone una manifiesta contrariedad con dos normas de rango superior como la Ley del Registro Civil y su Reglamento de desarrollo que permiten tal posibilidad. Sin embargo, es necesario tener claro que lo que establecen en realidad ambas normas es que las certificaciones registrales extranjeras son un título válido para acceder al Registro civil español, no que todas las certificaciones registrales extranjeras deban acceder al Registro civil español. La prueba más evidente de ello nos la ofrece el hecho de que el juego combinado de los artículos 23 LRC y 81 y 85 RRC sometan la inscripción de la certificación extranjera a un amplio elenco de requisitos. La DGRN, en el marco de las competencias de ordenación y dirección de los Encargados del Registro Civil que ostenta en virtud del artículo 9 LRC y 41 RRC, está perfectamente legitimada tanto para interpretar tales requisitos a través de una instrucción con vistas a establecer las pautas de actuación de aquéllos, como para determinar en qué supuestos no se cumplen dichos requisitos. Pues bien, a la luz de la naturaleza y contenido de las certificaciones registrales extranjeras presentadas

hasta la fecha ante la DGRN dichos requisitos nunca se verificarían. Pese a que una de las condiciones a las que tanto el artículo 23 LRC como el artículo 85 RRC someten la inscripción de una certificación registral extranjera es que no existan dudas sobre la realidad de los datos y circunstancias recogidos en ella, lo cierto es que, hasta la fecha, en la totalidad de certificaciones examinadas ni siquiera se da cuenta del hecho de que la relación de filiación tenga su origen en un supuesto de gestación por sustitución, algo que supone además un serio menoscabo del derecho de los hijos a conocer su origen biológico (artículo 39.2 CE) y que impide constatar si realmente se respetaron los derechos de la madre gestante (p. ej., si su maternidad realmente respondió a una decisión libremente aceptada) o, incluso, si los consentimientos prestados son revocables.

Por otro lado, se ha criticado también de la Instrucción (y también de la Resolución de 18 de febrero de 2009) que ignora que la inscripción en nuestro Registro Civil de una relación de filiación originada por una gestación por sustitución supone una vulneración de nuestro orden público. Entre otras razones se fundamenta tal afirmación tanto en la supuesta prohibición de la gestación por sustitución en el ordenamiento español a la luz de lo señalado en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, como en el supuesto atentado contra la dignidad del menor y de la madre gestante que implicaría esta figura. No obstante, una vez más esta argumentación no puede ser compartida. De un lado, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 es una mera norma de naturaleza obligacional que se limita a declarar la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución. No existe en nuestro ordenamiento ningún precepto en el que se prohíba expresamente la gestación por sustitución o que atribuya algún tipo de sanción, al margen de la meramente contractual, a quien recurre a esta técnica. Es más, la propia Ley 14/2006 en su artículo 10.3 contempla la posibilidad de que se ejerciten por o frente al padre biológico las acciones de reclamación de la paternidad contempladas en nuestro ordenamiento y, dado que será muy probable que el padre biológico sea también el comitente, resultaría ciertamente extraño que un sujeto que realizara un comportamiento prohibido pudiera recibir el «premio» de ver reconocida su relación de paternidad.

Ahora bien, incluso aceptando que nuestro ordenamiento prohibiera la gestación por sustitución (que no lo hace), no sería posible afirmar con carácter general que dicha figura contradiga nuestro orden público. Es necesario recordar que el test del orden público no debe realizarse en abstracto sobre una determinada

figura sino sobre los efectos que tendría en nuestro país el reconocimiento de una resolución judicial que tuviera su origen en dicha figura y lo cierto es que, en principio, la gestación por sustitución no parece contradecir los grandes principios de la bioética recogidos en nuestra Carta Magna y en el resto de países de nuestro entorno. Cuestión distinta es que, como se acaba de señalar, en ciertos casos el reconocimiento de relaciones de filiación establecidas en el extranjero al amparo de esta técnica sí pueda vulnerar nuestro orden público cuando exista el riesgo de que con el reconocimiento de la relación de filiación se pongan en peligro los intereses en juego en estos supuestos. Por este motivo, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 tiene como uno de sus objetivos esenciales identificar cuáles son dichos intereses (fundamentalmente, respeto a la autonomía de la voluntad y dignidad de la madre gestante y salvaguarda del interés superior del menor), a fin de que los Encargados del Registro los tengan presentes a la hora de reconocer incidentalmente la resolución extranjera.

