

LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MEDIANTE GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN RECONOCIDA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

Doctora en Derecho. Universidad de Sevilla

Revista Aranzadi Doctrinal 9

Enero - 2014

Págs. 189 - 215

SUMARIO: 1. ¿CÓMO SE DETERMINA UNA FILIACIÓN MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN?. 2. EL PROBLEMA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. 3. SOLUCIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL Y LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN POR SUSTITUCIÓN. *A. Requisito previa: resolución judicial de filiación. B. El procedimiento de exequatur para reconocer la resolución extranjera de filiación. C. El reconocimiento incidental de la resolución judicial previa a la atribución de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. D. El interés del menor como principio esencial en el reconocimiento de una filiación por sustitución.* 4. LOS EFECTOS ATENUADOS DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. 5. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La circunstancia de que la maternidad por sustitución –el llamado vientre de alquiler– esté prohibida en España, no es motivo para el no reconocimiento de la misma desde el momento en que existe una resolución judicial de la autoridad del país de origen dictada en un proceso de jurisdicción voluntaria. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 autoriza la inscripción de los hijos nacidos en el extranjero por gestación por sustitución siempre que se cumplan determinados requisitos exigidos en el mecanismo del reconocimiento, para que las resoluciones extranjeras produzcan efectos en Es-

ABSTRACT: The fact that motherhood by substitution – called "belly bed" – prohibited in Spain, is not grounds for non –recognition of the same from the moment in which there is a judicial resolution of the authority of the country of origin in a process of voluntary jurisdiction. Instruction of DGRN 5 of october 2010 permitted the registration of children born abroad by gestation by replacement always that will meet certain requirements in the mechanism of recognition, so that foreign decisions produce effects in Spain (a solution of Private International Law). Effects of attenuated international public order.

paña (una solución del Derecho Internacional Privado). Efectos derivados del orden público internacional atenuado.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la prestación por maternidad. Gestación por sustitución autorizada en el extranjero. El reconocimiento en el Derecho Internacional Privado.

KEYWORDS: Right to maternity benefit. Gestación by authorized foreign replacement. Recognition in the Private International Law.

Fecha recepción original: 1 septiembre 2013

Fecha aceptación: 23 noviembre 2013

1. ¿CÓMO SE DETERMINA UNA FILIACIÓN MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN?

La gestación por sustitución o maternidad subrogada o «vientres de alquiler»¹ es un fenómeno social en pleno proceso de expansión, por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar una criatura para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no. Esta situación puede deberse a muchas circunstancias, como la infertilidad de la mujer; ocasionada por causas genéticas, de enfermedad o edad, o el deseo de paternidad de parejas homosexuales de hombres.

Se realiza, pues, a través de un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes o padres intencionales, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar o no sus gametos.

Sobre la naturaleza jurídica de dicho contrato, que, evidentemente, no se encuentra tipificado, procede identificarlo o bien con el arrendamiento de servicios o con el arrendamiento de obra.

A la persona, mujer o varón, o pareja que toma la decisión de que se lleve a cabo la gestación, y encarga tal hecho, se la denomina comitente o padre o madre intencionales, y es posible que puedan aportar sus gametos.

Por tanto, la maternidad de sustitución puede llevarse a cabo por la gestante a partir de sus propios óvulos o de los aportados por la mujer comitente, fecundados con gametos de donante o de su cónyuge.

Igualmente, el varón comitente podrá aportar o no sus gametos para fecundar los óvulos de la mujer gestante.

Esta técnica de maternidad subrogada puede tener diversas modalidades, de modo que:

Uno, la pareja que contrata aporta el material genético en su totalidad, óvulo y espermatozoide, y la madre sustituta recibe el embrión (mediante téc-

1. La denominación «gestación de sustitución» la acuñó la Comisión especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios).

nica de reproducción asistida) en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

Dos, la mujer interesada aporta su óvulo fecundado (mediante técnicas de inseminación artificial o de reproducción asistida) por persona ajena a su pareja.

Tres, la madre gestante además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con el espermatozoide del sujeto o de uno de los miembros de la pareja que contrata o de un tercero (mediante técnicas de inseminación artificial o de reproducción asistida).

Finalmente, el material genético es aportado por individuos ajenos a la persona o pareja contratante y la madre portadora sólo cede su útero.

Este tema de la maternidad subrogada o de «los vientres de alquiler» plantea una gran diversidad de cuestiones tanto éticas, como biológicas, genéticas, jurídicas e, incluso, religiosas, por lo que tiene muchos detractores (gran parte de la doctrina civilista²) y muchos defensores, como los especialistas en fertilidad agrupados en la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE).

Son muy variadas las cuestiones que surgen en esta materia: ¿Es el derecho a la paternidad, biológica o no, como expresión del libre desarrollo de la personalidad, un derecho fundamental en virtud del artículo 10.1.º de la Constitución española (CE)? ¿Se atentaría contra la dignidad de las personas, también concebida como derecho fundamental en el artículo 10.1.º CE, en particular, contra la de la madre gestante y la del hijo así nacido (contra su interés)? ¿Puede ser objeto lícito de un contrato la gestación de un ser humano? ¿El fin justifica siempre los medios? ¿Hay que encontrar una solución jurídica a una realidad social?

2. EL PROBLEMA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

En general, los ordenamientos jurídicos rechazan la licitud de esta técnica y la prohíben o no otorgan ningún tipo de efecto en materia de filiación, considerando madre jurídica a la madre gestante. Entre otros países Alemania, Austria, Francia, e Italia³. Otros países no lo regulan, como Suecia y Noruega, y

2. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «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*, núm. 7501, 3 Nov. 2010, p. 2; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Hijos made in California», *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2009, pp. 11 a 13.

3. Así, en Alemania, la Ley Federal sobre la protección del embrión de 13 de diciembre de 1990, establece en el artículo 1, que el contrato de maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público. En Austria, prohíbe este tipo de contratos la Ley de 1 de julio de 1992 sobre reproducción asistida. En Italia, la Ley de 19 de octubre de 2004 sobre procreación médica asistida, no dice nada sobre este extremo, pero existen decisiones de los tribunales en su contra sobre la base de los artículos del Código Civil que se refieren a la dignidad de la persona, a la no patrimonialidad del cuerpo humano y a las cosas fuera de comercio. En Suiza lo prohíbe el artículo 119. 2

otros lo toleran, como Bélgica y Holanda⁴. Pero, existen algunos países que autorizan los «vientres de alquiler» o reconocen efectos respecto de la determinación de la filiación, imponiendo más o menos requisitos. Es el caso de India, Canadá, Israel, Reino Unido, Grecia, Rusia, Ucrania y algunos Estados Unidos⁵.

En España, es el recurso que ante la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) interponen dos hombres casados, ambos ciudadanos españoles y residentes en España, contra el auto del Encargado del Registro Civil Consular español en los Ángeles (Estados Unidos) en el que se deniega la inscripción de sus dos hijos nacidos de una madre subrogada en dicho Estado⁶, el que plantea la cuestión.

El artículo 10 de la Ley 14/2006, indica que: «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de

de la Constitución Federal. En Francia, el artículo 16. 7 de su Código Civil (introducido por la Ley de bioética nº 94-653 de 29 de julio de 1994) prohíbe, también, los contratos de maternidad subrogada.

4. En estos países los tribunales encuentran en el interés del menor cierto cauce, a través del reconocimiento de la filiación biológica paterna y la adopción (Holanda) o el reconocimiento del menor tras confirmarse la «posesión de estado» (Bélgica).
5. En el Reino Unido desde la entrada en vigor de la *Surrogacy arrangements act (1985)*, y hasta la actual ley de reproducción asistida de que entró en vigor el 1 de abril de 2009 (*Human fertilisation and embryology act, 2008*), 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. Además, si uno de los padres intencionales tiene su domicilio en el Reino Unido puede solicitar, bajo ciertas condiciones, una *parental order* que establecerá a su favor una transferencia de la filiación de los menores nacidos por medio de la maternidad subrogada en el extranjero. La ley de 2008 extiende la posibilidad que se establezca la filiación del menor respecto a las personas unidas con una unión civil registrada del mismo sexo. El ordenamiento griego establece efectos legales a la maternidad subrogada, previa acreditación de los requisitos del artículo 1 de las leyes 3089/2002 y 3305/2005 sobre Reproducción Humana Medicamente Asistida. Esta legislación exige una decisión judicial para que se establezca la filiación y prohíbe que se remunere a la subrogada. Requiere que la madre gestante no sea la madre biológica sino la portadora de un embrión de los padres comitentes o intencionales. En este caso son los genes y no el parto el que determina la maternidad. Además, es importante destacar que se exigen vínculos con Grecia para poder establecer la maternidad legal: la madre intencional y la madre subrogada deben tener su domicilio en Grecia
6. QUINONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», *InDret*, núm. 3, 2009, p. 6, hay que hacer referencia a las normas a las que atiende la decisión judicial californiana que confirma los derechos de los padres: son el *California Family Code, sections 7630.3 f y 7650 (a)*. El primero de los artículos se refiere a los padres. Así, dice que una parte en un acuerdo de reproducción asistida puede interponer una acción en cualquier momento para establecer la relación de filiación entre padres e hijos en consonancia con la intención expresada en el acuerdo de reproducción asistida. El segundo trata de la posible acción por la que se determina la existencia o no existencia de la filiación materna. La decisión extingue los derechos de la madre gestante y los del cónyuge de ésta, para evitar el juego de la presunción de paternidad matrimonial contenida en el artículo 7611. Por esta vía judicial se homologa un contrato de maternidad subrogada, preparado, generalmente por una agencia privada que ofrece los servicios médicos y jurídicos necesarios.

una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

No se permite la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que la madre gestante será siempre la madre biológica. En base al antiguo axioma romano *mater semper certa est*, el hijo se inscribirá en el Registro Civil como suyo, sin que pueda manifestar la identidad del otro progenitor [artículo 122 Código Civil (CC)]. Dado que es nulo, de realizarse el contrato de gestación por sustitución en España, la mujer gestante no asumiría ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar a la otra parte en caso de incumplimiento, aunque se le hubieran entregado determinadas cantidades por razón de la gestación (artículos 1305 ó 1306 del CC).

Sin embargo, hay que considerar lo dispuesto en el punto tercero del artículo 10 de la Ley 14/2006. 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, 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 siguiente 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). Con la posibilidad, de conseguir la determinación de la filiación utilizando la técnica de la gestación por sustitución, como mencionan algunos autores⁷, consistente en que un varón casado preste su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su cónyuge con sus gametos y consiga que la madre gestante preste su asentimiento para la adopción, una vez transcurridos treinta días desde el parto, tal y como permiten los artículos 176.2.2.º y 177 CC (y que la pareja del padre biológico adopte al hijo de éste).

La única sanción, jurídico-penal, que se puede imponer a quienes participan de esta práctica reproductiva se encuentra en los artículos 220 y 221 Código Penal (CP), que regulan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor⁸. Así, solo cuando los sujetos intervinientes en el contrato de gestación por sustitución realizan las conductas prohibidas por estos artículos se aplica la sanción jurídico-penal⁹.

7. LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, 1988, p. 148; PÉREZ MONGE, M., «La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida». *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 2002, pp. 346 a 350; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Tomo VI, Derecho de familia*, Madrid, 2010, pp. 322 a 325.
8. DÍAZ ROMERO, M^a del R., La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, *Diario La Ley*, Nº 7527, Sección Doctrina, 14 Dic. 2010, p. 3.
9. VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1998, pp. 166 a 190.

Como se ha indicado, la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del nacido, pero ante la Dirección General de Registros y Notariado 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.

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, como mencionamos anteriormente, 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 dos 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 febrero 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 1ª Instancia de Valencia de 17 de septiembre de 2010. Confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (AC 2011, 1561).

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, cuando uno de los progenitores es español, 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 (que son los que celebran un contrato de gestación por sustitución con la madre gestante). Es decir, un problema que ha de resolver el Derecho Internacional Privado.

En virtud de la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (RDGRN)¹⁰ se permitió la inscripción en el Registro Civil de la filiación de dos menores mediante la presentación de unos certificados de nacimiento expedidos por el Estado de California en los Estados

10. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado estima el recurso interpuesto por dos hombres españoles contra el auto del Encargado del Registro Consular español en Los Ángeles, que denegó la inscripción en el Registro Civil español de los certificados de nacimiento que declaraban hijos suyos los mellizos gestados por una madre subrogada en San Diego. Los posibles efectos de la Resolución, en especial por lo que respecta al «turismo reproductivo», planteaban ya si es oportuno legalizar la maternidad subrogada en España y, si es así, en qué condiciones. Las soluciones que ofrecen algunos de los ordenamientos que han optado por otorgarle efectos jurídicos pueden servir de pauta al legislador español.

Unidos de América, en los que ambos demandados figuraban como padres de los nacidos; obviamente, al tratarse de un matrimonio de dos varones homosexuales, los menores nacieron como consecuencia de la llamada gestación por sustitución, en particular, mediante convenio oneroso de maternidad subrogada. En efecto, la RDGRN permitió la inscripción en el Registro Civil español de una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución, existiendo certificación registral extranjera que determinaba dicha filiación respecto de un padre español —en este supuesto, de dos padres—.

Para la Dirección General el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras debe abarcar la comprobación de que se trata de un documento público autorizado por una autoridad extranjera competente que desempeñe funciones equivalentes a sus respectivas españolas, conforme a lo establecido en los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil (RRC). Por consiguiente, defiende que el control de legalidad, exigido por el artículo 23 de la Ley del Registro Civil (LRC), no abarca el examen de si la solución jurídica dada es idéntica a la que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de nuestra normativa, esto es, el encargado del Registro Civil español no determina la filiación jurídica conforme a nuestro Derecho, aplicando el artículo 10 LTRHA, sino que se limita a registrar una ya determinada legalmente conforme a una legislación extranjera vigente.

Además, la RDGRN mantiene que la inscripción de esta filiación, derivada de un convenio de gestación por sustitución realizado por dos varones españoles legalmente casados, no vulnera el orden público internacional español, pues si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones naturales —ex artículo 44.2 CC, tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en Materia de Derecho a Contraer Matrimonio—, y la Ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales (ex artículo 108.2 CC), los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales.

Impugnada esta Resolución de la DGRN, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, rechazó la solución dada por la DGRN, basándose en la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico del contrato de gestación por sustitución que da lugar a la filiación jurídica que se pretende inscribir (artículo 10 LTRHA). Se declara por el juez que no es definitivo el criterio deducido de los artículos 81 y 85 RRC, sino el que deriva del artículo 23 LRC, de mayor valor normativo, de manera que la inscripción de la filiación en el Registro Civil español exige «que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». Por ello, la filiación jurídica de los hijos de españoles nacidos por contrato de maternidad subrogada siempre «será determinada por el parto», es decir, que la filiación del menor así engendrado se otorga por disposición de la Ley a la madre que lo ha dado a luz, lo que supone que la Ley española prohíbe expresamente que la filiación en casos de gestación por sustitución se inscriba a favor de persona que no lo ha parido.

En conclusión, sostiene la Sentencia del Juzgado de instancia que la legisla-

ción española prohíbe la gestación por sustitución y puesto que el encargado del Registro Civil Consular debe, conforme al artículo 23 LRC, examinar la legalidad conforme a la Ley española, del certificado extendido en registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada.

En cuanto a la vulneración o no del orden público internacional español, declara que cuando el Encargado del registro debe examinar «si la inscripción que se pretende es conforme con la Ley española, el legislador no utiliza aquí expresiones genéricas como el orden público, ni siquiera un término un poco más concreto como legislación u ordenamiento jurídico español, expresamente se refiere a que el deber del Encargado del registro es examinar si la certificación que se presenta es legal conforme a la Ley española, es decir que caso de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal, es en este contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la Ley 14/2006».

Así las cosas, casi inmediatamente, se dicta la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010 (BOE 7 de julio de 2010), «sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», que permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada en los países cuya normativa la permita y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. La Instrucción se funda en la existencia de una resolución judicial extranjera que determine la filiación jurídica respecto de un progenitor español, lo que estaría de acuerdo –como manifiesta en su exposición de motivos– con lo dispuesto en el artículo 10.3 LTRHA, pues este precepto «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, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC». Además, como sigue indicando la exposición de motivos de la Instrucción comentada, la «exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad 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».

Esta Instrucción de la DGRN es la que fija los requisitos y condiciones para que una resolución judicial extranjera que establece una filiación determinada mediante gestación por sustitución pueda surtir efectos en España y ser inscrita en un Registro civil español. Para ello utiliza un método de Derecho Internacional Privado: el método del reconocimiento de resoluciones extranjeras (que ya utilizaba la RDGRN de 2009), y que pasaremos a analizar. Este método va a permitir efectos a una filiación que ha sido determinada legalmente en otro país, aunque no lo permitan las leyes españolas.

Sin embargo, antes de pasar al estudio de la Instrucción de la DGRN (para

que una filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución tenga efectos jurídicos), hay que hacer mención, pos ser posterior en tiempo, a la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (AC 2011, 1561), que coincide con la citada Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 al indicar que ni el artículo 81 RRC ni el artículo 85 RRC «pueden ser invocados para contrariar lo dispuesto con claridad por el precepto legal transcrito (artículo 23 LRC), en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9.3 CE. Por tanto, previamente a acordar su inscripción en el Registro Civil español, la certificación extranjera tiene que superar un control de legalidad, como ha afirmado la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 18 de diciembre de 2000, 28 de abril de 2008 (JUR 2009, 389140), 9 de febrero de 2009, 19 de febrero de 2009 (JUR 2010, 110905) y 27 de febrero de 2009 (JUR 2010, 111287) y otras muchas), que deriva del artículo 23 de la Ley del Registro Civil y del artículo 85 de su Reglamento».

En la misma línea, y acudiendo a la figura del orden público internacional español, la SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, mantiene que existen «importantes obstáculos a la inscripción en Registro Civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos el artículo 954.3 LEC de 1881, el 23 de la Ley de Adopción Internacional y el 34.1 del Reglamento 44/2001)».

Pero, esta SAP de Valencia, esgrime argumentos desde el punto de vista del Derecho Civil interno, sin atender a las normas de Derecho Internacional privado (como recoge también la actual Ley del Registro Civil: en el título X, «normas de Derecho Internacional Privado», se regula cómo se deben realizar los asientos en el Registro Civil a que den lugar las relaciones de Derecho Internacional Privado¹¹), que utilizadas adecuadamente en el caso concreto y requiriendo alguna modificación, para conseguir que Derecho Civil y Derecho Internacional Privado vayan en el mismo sentido, pueden permitir el reconocimiento y la inscripción en España de la filiación determinada legalmente en el extranjero¹².

11. La Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio de 2011 (que no ha entrado en vigor), en el art.98, permite la posibilidad de que el Encargado del Registro Civil realice la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental. Así, la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras de filiación se podrá instar ante el Encargado del Registro quien procederá 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; e incluye además, en el punto d), que la inscripción de la resolución no resulte «manifiestamente incompatible» con el orden público español.
12. Como explican CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la

3. SOLUCIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL Y LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El reconocimiento de la resolución extranjera para que la filiación mediante gestación por sustitución tenga acceso al Registro Civil español, cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, requiere una serie de instrumentos jurídicos.

La Resolución de la DGRN de 2009 no establece ninguna condición previa para el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, si lo hace la Instrucción: concreta 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 extranjera. Posteriormente dispone de dos mecanismos de reconocimiento para poder inscribir a los nacidos mediante esa técnica, en función de si esa resolución tiene su origen en un proceso contencioso o de jurisdicción voluntaria.

A. REQUISITO PREVIO: RESOLUCIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN

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 y establece la filiación de los menores, incluso antes del nacimiento. Se supera así lo dispuesto en la RDGRN de 2009 que estable como base para practicar el asiento correspondiente al nacimiento, el certificado administrativo expedido por las autoridades administrativas extranjeras encargadas del Registro Civil¹³.

DGRN de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre de 2009, pp. 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 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 artículo 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: artículo 9.4 CC). Toda la RDGRN 18 febrero 2009 (RJ 2009, 1735) gira en torno a esta fundamental perspectiva metodológica.

13. 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

Es decir, 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 extranjera que establece la filiación y ordena su expedición. Así, el reconocimiento de su eficacia registral estaría sujeto al reconocimiento de las decisiones extranjeras.

La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad 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 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.

Además, 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, 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 (artículos 764 y ss. LEC).

B. EL PROCEDIMIENTO DE EXEQUATUR PARA RECONOCER LA RESOLUCIÓN EXTRANJERA DE FILIACIÓN

En el Derecho Internacional Privado español existen dos grandes mecanismos que se emplean para que una decisión extranjera¹⁴ surta efectos jurídicos

control incidental de la sentencia extranjera, que va más 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 exequatur de la sentencia californiana: se centra sólo 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.

14. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y otros autores, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Sevilla, 2003, p.176, la decisión es la solución proporcionada por una autoridad extranjera que se requiere reconocer en el foro. Se entiende por tal, el acto de voluntad de una autoridad pública extranjera que resuelve una cuestión de Derecho Internacio-

en otro país¹⁵: el reconocimiento y el exequátur. Esta distinción se acoge hoy en la mayoría de los países. La utilización del reconocimiento o del exequátur depende de varios factores: del efecto jurídico que se pretende que la decisión despliegue en España y del tipo de decisión extranjera de que se trate.

Así, el reconocimiento es un mecanismo que dota a la decisión extranjera de los efectos procesales derivados de la misma: efecto de cosa juzgada, efecto constitutivo y efecto registral¹⁶. Y que va a permitir que puedan derivarse efectos en cuanto las prestaciones derivadas de cualquier forma de filiación, como establece la sentencia que comentamos.

El exequátur es un mecanismo que convierte la decisión extranjera en un título ejecutivo en el Estado requerido. Por ello, pueden optar al exequátur, exclusivamente, las decisiones extranjeras que contengan pronunciamientos de ejecución y que sean ejecutivas en el Estado de origen: sólo las resoluciones de condena obtendrán el exequátur, no las declarativas ni las constitutivas que no son objeto de ejecución.

En la Instrucción de la DGRN se exige, sin embargo, el exequátur a la resolución extranjera, ante el Juez de Primera Instancia español¹⁷, en el caso de que esa resolución se haya dictado a consecuencia de un procedimiento

nal Privado. La decisión extranjera reviste distintas formas jurídicas: resolución judicial, documento público, laudo arbitral y actos públicos.

15. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, ed.2010-2011, Madrid, 2010, p. 391.

16. GARAU SOBRINO, F. F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, 1992, pp.27 y ss. señala que, el sistema previsto para el reconocimiento de sentencias o documentos extranjeros con en España es diferente en función de los efectos que pretenden del mismo. En los casos en los que se pretende es el efecto de cosa juzgada, o el efecto declarativo o 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 sólo que en lo que ellas se recogen pueda utilizarse a efectos probatorios, éste 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. Pero, para que ciertas decisiones produzcan plenos efectos constitutivos en España, la legislación registral española exige que accedan previamente a los Registros. Sin inscripción registral no hay efectos. Y para el acceso de las sentencias a los Registros Civil (artículos 83 y 84 RRC) y de Propiedad (artículo 36.1RH) se exige la previa obtención del reconocimiento de la sentencia extranjera.

17. 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. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur (procedimiento de homologación) 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, 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 exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

contencioso. En el supuesto de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria: sólo reconocimiento a llevar a cabo ante el Encargado del Registro Civil español

En el primer caso, cuando la Instrucción exige el exequátur, se esté refiriendo al procedimiento único de homologación que recoge el artículo 954 LEC 1881 y que se aplica tanto para el reconocimiento de una resolución extranjera como para su ejecución. Sin embargo, es necesario diferenciar que cuando la sentencia extranjera contiene pronunciamientos declarativos o constitutivos y susceptibles de inscripción, el procedimiento de exequátur acordará sólo el reconocimiento de la resolución extranjera. Así, la letra del actual del artículo 955 LEC, cuya redacción obedece a la Ley 62/2003 de 20 de diciembre de 2003, parece distinguir entre las solicitudes de reconocimiento por un lado y de ejecución por otro, de las resoluciones judiciales extranjeras, aunque el procedimiento sigue siendo único y el mismo.

En el supuesto, pues, de la resolución extranjera de filiación dictada a consecuencia de un procedimiento contencioso, el exequátur solo acordará el reconocimiento de la resolución extranjera y una vez reconocida se podrá inscribir en el Registro civil español.

Estamos, por tanto, ante un supuesto de reconocimiento de la resolución extranjera de filiación, que permite desplegar efectos de cosa juzgada, constitutivo y registral¹⁸, pero que necesita un procedimiento de homologación por tener su origen la resolución extranjera en un proceso contencioso. Porque el mecanismo del reconocimiento puede adoptar varias modalidades¹⁹:

Si la resolución extranjera de filiación, cuyo reconocimiento se pretende, está sometido al procedimiento de nuestro Derecho Internacional Privado autónomo, el artículo 954 LEC 1881 dispone que se comprueben la existencia de una serie de requisitos o condiciones. Pero previamente, para poder acceder a

18. GARAU SOBRINO, F. F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, cit., pp. 27 y ss., 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 (artículos 951 y ss. LEC 1881), bien en las de origen convencional o en instrumentos comunitario. 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.

19. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit. pp.392 a 394.

este sistema de condiciones, es preciso que la resolución cumpla tres presupuestos: 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, 177 y 323 LEC, que exigen traducción y apostilla (o legalización) 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 (no se hayan lesionado los derechos de defensa del demandado).
- 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 no exista inconciabilidad de resoluciones).
- Que la resolución extranjera no contradiga el orden público español²⁰.
- 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.

En definitiva, si el Encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera, que fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, no reúne los requisitos y condiciones fijados anteriormente, denegará la inscripción de la resolución judicial extranjera.

Por el contrario, si estima que la resolución tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el Encargado del Registro civil, controlará si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción²¹. De tal manera que se produce un reconocimiento en el que se comprobará si la autoridad judicial o tribunal del país de origen ha cumplido ciertas exigencias, sin entrar en el fondo del asunto. En

20. Analizaremos más adelante este punto, porque ha sido el más conflictivo y el principal argumento esgrimido por los tribunales valencianos (tanto el de 1º Instancia como la Audiencia Provincial) para negar la inscripción de la filiación establecida en el extranjero mediante gestación por sustitución.

21. La Ley del Registro Civil 20/2011, en el artículo 96, párrafo segundo, 2º, permite también la posibilidad de que el Encargado del Registro Civil realice la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental de la resolución judicial extranjera (procederá a realizarla siempre que verifique ciertos requisitos).

dicho control, que la Instrucción denomina «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 un procedimiento de homologación, 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 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y artículos 764 y siguientes de la LEC. En ningún caso, dice la Instrucción de 2010 (en la directriz segunda), 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 gestante²².

C. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL PREVIA A LA ATRIBUCIÓN DE FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En lo que se refiere al régimen de reconocimiento de esas resoluciones judiciales adoptadas en procesos que sean análogos a los españoles de jurisdicción voluntaria (lo que puede implicar dificultades de interpretación), la Instrucción de octubre de 2010 proyecta sobre el ámbito del reconocimiento de la atribución de la filiación en el extranjero, ciertos criterios aceptados en el marco europeo de las medidas de cooperación judicial internacional en materia civil²³.

Así, para conceder eficacia a la resolución extranjera en el territorio español la DGRN ha decidido un modelo de reconocimiento «automático» de las resoluciones judiciales extranjeras, no siendo necesario que se desarrolle en el Estado requerido ningún procedimiento *ad hoc*, ni ninguna decisión de sus

22. La exigencia de una resolución judicial y la aplicación del régimen de reconocimiento, permiten en principio superar ciertas carencias de la Resolución DGRN de 18 febrero 2009 (RJ 2009, 1735), 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 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, resultaba llamativo que pese a esas afirmaciones la Resolución de 2009 no aplicara en absoluto el régimen propio del reconocimiento.

23. El artículo 81. 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de 13 de Diciembre de 2007 establece una serie de medidas de cooperación judicial en materia civil que pueden adoptar las autoridades de la UE, entre ellas el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales y la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción.

autoridades para que la resolución despliegue efectos. La resolución extranjera, siempre que cumpla una serie de condiciones, puede ser invocada directamente por el interesado desplegando efectos de pleno derecho en el Estado requerido²⁴. Este reconocimiento es incidental si se solventa en el curso del proceso principal en que surge la cuestión, en que se hace valer la decisión extranjera²⁵.

Algunos autores distinguen entre el reconocimiento incidental «puro», en el que la autoridad del país requerido controlará si la decisión extranjera cumple ciertos requisitos de regularidad y sólo producirá efectos en el proceso en que se hace valer. Y en el reconocimiento incidental «de plano», la autoridad del Estado requerido otorga de «plano» el reconocimiento (sólo tendría que satisfacer unos requisitos formales mínimos). Estos dos últimos tipos de reconocimiento son admitidos en algunos sistemas (como en el Derecho europeo²⁶) y comporta el reconocimiento «automático» de las decisiones extranjeras²⁷.

Este reconocimiento implica, en primer lugar, una exclusión del control de la ley aplicable: considera que una situación extranjera, que ha sido válidamente constituida en el Estado de origen, debe ser reconocida en el resto de los Estados. El método comporta 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, el control conflictual (determinar la ley aplicable a la situación privada internacional) se realiza en el Estado de origen y no en el Estado de reconocimiento. Por tanto, no habría que aplicar la ley que determina la norma de conflicto española, que remitiría a la ley española de reproducción asistida (al ser los hijos españoles).

El término de reconocimiento «automático» supone, además, 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, sino que se encuen-

24. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y otros autores, ob. cit., p. 175.

25. Señala el artículo 33.3, del *Reglamento CE 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo al régimen de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, que si el reconocimiento se invocara como cuestión incidental, ante un tribunal de un Estado miembro, dicho tribunal será competente para entender del mismo.

26. Tal reconocimiento es posible dentro del derecho comunitario donde los criterios de competencia son uniformes, y donde se tiende a suprimir el procedimiento *ad hoc* al considerar las decisiones de los otros Estados miembros como nacionales dentro de un espacio común europeo. Así, el *Reglamento CE 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo al régimen de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, en el artículo 33. 1 establece que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno. Asimismo, el artículo 21. 1 y 2 del *Reglamento CE2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo al régimen de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*.

27. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GÓZALEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit. pp.392 a 394.

tra sometido al cumplimiento de los requisitos contenidos en el texto que se está aplicando para que la resolución surta efectos.

Así, si la resolución es adoptada en el procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, se considera por la Instrucción DGRN que cabe su reconocimiento por parte del Encargado del Registro Civil, sin que resulte necesario un procedimiento de homologación²⁸. Para ello se requiere un control 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 (control de regularidad y ciertos requisitos mínimos), y son los siguientes:

Primero: la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. Simple control formal.

Segundo: que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. Con ello se trata de evitar que el tribunal haya basado su competencia, a la hora de conocer el asunto, en un foro exorbitante (que sólo tiene en cuenta para fijar la competencia el domicilio del demandante, aunque la situación jurídico privada internacional no esté vinculada con el tribunal).

Tercero: que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. Es decir, que no se hayan vulnerado los derechos de defensa del demandado.

Cuarto: 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.

Quinto: que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado²⁹.

28. 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 *exequatur*: DE MIGUEL ASENCIO, P. A., «Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria», *Eurolex*, 1997, pp. 95 a 110. No se manifiesta a favor del *exequatur*, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2001, pp. 289 a 291. Este criterio nos parece razonable en la medida en que se limite a establecer que el *exequatur* no es necesario pero sin excluir que quien tenga interés legítimo en ello pueda acudir a la vía del *exequatur*.

29. La solución aportada por la Resolución de 2009, planteaba una duda, 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 establecerían de modo definitivo la filiación de los nacidos. Porque, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de «cosa juzgada». Por tanto, con la exigencia de una resolución judicial firma queda resuelta la cuestión de la impugnación de la filiación por la madre gestante. Los Tribunales no

Para estos casos en los que cabe el reconocimiento sin procedimiento de homologación, la 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 LEC 1881, puede ser relevante. Ese podría ser el caso, en particular, del control del orden público, cuya vertiente sustantiva no aparece expresamente previsto, aunque la referencia al control de que no se ha vulnerado el interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante podría desempeñar ese lugar³⁰.

D. EL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO ESENCIAL EN EL RECONOCIMIENTO DE UNA FILIACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En el reconocimiento de resolución extranjera de filiación mediante gestación por sustitución, varios datos son importantes:

1º. 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. En el método de reconocimiento de resoluciones extranjeras no hay control de ley aplicable.

2º. 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 artículo 17 del CC), no vulnera ningún foro exclusivo de nuestras normas de competencia judicial internacional autónomas³¹.

3º. Sólo se podría denegar 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 de las situaciones creadas en el extranjero al amparo de otra autoridad o de su ordenamiento jurídico, tiene como límite el orden público internacional. Sin embargo, el interés superior del menor conduce a la DGRN, en su Resolución de 2009,

podrían ordenar la cancelación de la inscripción de filiación en el Registro Civil español.

30. DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre gestación por sustitución», en su blog publicado el 8 de octubre de 2010.

31. Sin embargo, las normas de competencia judicial internacional españolas no puedan precisar los casos en que los órganos jurisdiccionales de otro Estado pueden conocer o dejar de conocer los litigios internacionales. En este sentido, CALVO CARAVACA, A. y 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», cit., pp.255 y 256.

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, como defienden las sentencias del Juzgado de 1º Instancia y la Audiencia Provincial de Valencia. Pues se trataría de evitar que el menor pueda ser «objeto» de contrato y la solución médica a algunos casos de infertilidad³².

La Instrucción de la DGRN de 2010 introduce como uno de los requisitos sustantivos, específicos para las resoluciones contempladas, que la resolución extranjera tendrá que haber sido respetuosa con el interés superior del menor³³, interés que en principio se sitúa en el establecimiento o determinación de una filiación. La exigencia de la resolución judicial por la que se establece la filiación por gestación subrogada permite afianzar el carácter incontrovertido de la misma. La referencia al carácter superior de ese interés no es retórica: en materia de filiación presupone que, en caso de conflicto de intereses (respecto de la madre gestante) debe prevalecer el interés del niño³⁴.

Si llegados a este punto, hemos defendido que el reconocimiento de la

32. Como sostiene QUINONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», *InDret*, núm. 3, 2009, p. 41.

33. 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 (artículos 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 sólo sería posible si el Estado de origen es competente para establecer la identidad de los menores, pues de lo contrario no se lograría la uniformidad de soluciones en los Estados de reconocimiento.

34. En este sentido GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestión por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacía un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de Octubre 2010)», *AEDIPr*, t. X, 2010, p. 738. Para BONILLO GARRIDO, L. «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución», *Diario La Ley*, Nº 8070, Sección Tribuna, 25 Abr. 2013, Año XXXIV, *Editorial LA LEY*, «en la actualidad los Juzgados y Tribunales españoles están comenzando a homologar en España las sentencias extranjeras relativas a la filiación de menores que han sido concebidos utilizando las técnicas de maternidad por subrogación, en atención a que, según los tribunales, lo que realmente debe primar en estos supuestos es el *favor filii*, o interés superior del menor. Por ello, desde estas líneas celebramos que la superioridad del principio *favor filii*, como principio informador de la Legislación en Derecho de Familia se haya elevado a principio universal del Derecho, consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos, y sobre todo en La Convención sobre los Derechos del Niño en las Naciones Unidas, recogiendo el art. 3 que "todas las medidas que se adopten por todo tipo de instituciones y organismos públicos y privados concernientes a menores deberán atender al interés superior de éstos"».

filiación determinada en el extranjero parte ya de los límites impuestos en la legislación en el Estado de origen y de la existencia de vínculos exigida por nuestras autoridades, la única objeción que se le podría hacer a este reconocimiento es que esa filiación establecida por un tribunal o autoridad extranjera pudiera ser contraria la orden público internacional español. Condición que omite intencionadamente la Resolución de la DGRN de 2009, y que la Instrucción de 2010, en su exposición de motivos y cuando dispone las directrices para el control incidental por parte del Encargado del Registro Civil, parece relegar en interés superior del menor³⁵.

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 público³⁶. Pues, el contenido del orden público es necesario enmarcarlo en unas características definidas entre los que se ha de circunscribir su aplicación³⁷.

La Instrucción de la DGRN de 2010 se asienta en 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 biológico³⁸.

35. 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: «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».

36. Así, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GÓZALEZ, J., CASTELLANOS RUIZ, E., *Derecho de Familia Internacional*, 4ª edición, Madrid, 2008, pp. 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».

37. En este sentido ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr*, t. X, 2010, p. 362, «la gestación por sustitución, en si misma considerada, no vulnera el orden público español: lo vulneraría, por ejemplo, la situación en la que se ha ejercido algún tipo de violencia contra la madre gestante para obligarla a acceder a esta técnica...». Aunque en la p. 352, había criticado que el tratamiento que hace la Resolución del orden público es «extenso, muy extenso, pero terriblemente formalista en algunos supuestos y evidentemente naïf en otros. El mismo tipo de acercamiento al problema ya es indicativo de un cierto punto de partida débil. Los siete argumentos esgrimidos muestran un conglomerado heterogéneo de razones para negar la existencia de contrariedad con el orden público». ATIENZA, M. «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º. 14, 2008, p. 6, para este autor la autonomía de las personas participantes en la gestación por sustitución no causa necesariamente un daño a nadie, ni su ejercicio afecta o menoscaba la dignidad de nadie.

38. 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.

Por ello, al reconocimiento de la resolución extranjera que ha establecido la filiación no se le pueden poner objeciones si la autoridad española ha respetado los requisitos y condiciones establecidos. Se presume, pues, que los interesados no han incurrido en fraude de ley, ni han vulnerado los principios fundamentales a juicio de la Dirección General. La resolución judicial, con sus condicionantes, 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.

De acuerdo con la Instrucción DGRN los menores tendrán garantizada la seguridad jurídica, pero este hecho no abrirá camino a la aprobación de la gestación subrogada en España (para ello será necesario una reforma legislativa). Son dos temas completamente diferentes, se han instrumentado 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 y cierto control de regularidad.

4. LOS EFECTOS ATENUADOS DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Si el Derecho interno español declara nulo el contrato de gestación de sustitución mediante el cual se determina la filiación, hemos analizado como a través del mecanismo del reconocimiento previsto en el Derecho Internacional Privado español es posible la inscripción de esta filiación, así determinada en el extranjero, siempre que se cumplan determinados requisitos para el reconocimiento en España.

Del mismo modo, esta filiación que es válida en el extranjero, sería totalmente injusto que no produjera determinados efectos jurídicos en España, tanto para el hijo como para el padre o padres españoles. Por dos motivos principales: primero, por seguridad jurídica internacional y, segundo, porque, como hemos sostenido anteriormente, prima el interés del menor, sobre el orden económico y moral de la sociedad española. En el fondo admitir en España ciertos efectos de la filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución no daña el orden público internacional español.

Así, la solución la han dado los Tribunales de lo social, permitiendo ciertos efectos derivados de la filiación determinada mediante gestación de sustitución, aceptando, por tanto, un orden público «atenuado». Es decir, se permite hacer valer en España ciertos efectos de esta filiación, los menos dañinos para los intereses de las partes implicadas y para la sociedad española³⁹.

La Sentencia Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 20 sep. 2012 (AS 2012, 2485), rec. 1604/2012, respecto al permiso de maternidad, ha sido positiva, sin tener en cuenta si esa maternidad, de la

39. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GÓZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, ed. 2012-2013, Madrid, 2012, pp. 100 y 101, en este sentido, y respecto a los efectos jurídicos atenuados de los matrimonios poligámicos en España.

que deriva la prestación por parte de la Seguridad Social española, es fruto de un mecanismo prohibido por la legislación civil española. Ha atendido a los intereses fundamentales a los que hay que atender, como ya lo hacía la Resolución de la DGRN y la Instrucción. Así, el TSA desestima el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, sobre derechos fundamentales, y en consecuencia confirma el derecho de la solicitante al descanso por maternidad y el percibo de la subsiguiente prestación. La sentencia de instancia acogió favorablemente la pretensión deducida por la actora en su demanda, reconociendo a la demandante el derecho a disfrutar del permiso de maternidad durante un período de 16 semanas, con las consecuencias derivadas de dicha declaración. La cuestión objeto de debate se centra fundamentalmente en determinar si la gestación por sustitución, cuya filiación ha quedado perfectamente acreditada, da derecho a la madre legal a disfrutar del permiso de maternidad. La sentencia del TSA, establece este derecho en base a una serie de argumentos jurídicos, contradiciendo lo razonado por INSS. Dispone que no se trata aquí de determinar la filiación del nacido por gestación por sustitución ni siquiera de decidir si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español, porque la maternidad de la accionante no solo está determinada en una resolución del Tribunal extranjero, sino que el nacimiento y filiación del nacido se han inscrito en el Registro Civil Consular. Es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas, pero, por otra parte, sostiene que es de plena aplicación, en el supuesto examinado, la argumentación utilizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado para rechazar el fraude de ley, en la Resolución de 2009 dictada a propósito de la inscripción de nacimiento acaecido fuera de España mediante certificación registral extranjera. En base a lo anterior, permite el reconocimiento de los efectos jurídicos que de tal situación se derivan en nuestro país en el contexto de las prestaciones de Seguridad Social, de que aquí se trata, sin que sea exigible el procedimiento de exequatur, porque se considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea su denominación. Lo que lleva a concluir, que los supuestos de filiación determinada por un contrato de gestación por sustitución están también amparados en la norma. Así se recoge en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que desarrolla en su artículo 2.2 las situaciones protegidas.

En el mismo sentido, la *Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, Sala de lo social nº 4, sentencia núm. 668/2012, de 18 de octubre de 2012 (AS 2012, 2563)*, concede el derecho a la prestación por maternidad en una gestación por sustitución de una niña de una pareja homosexual, inscrita la menor, gestada por otra persona en Estados Unidos, en el Registro consular como hija del interesado y su esposo (que ya tenía reconocida la prestación por paternidad). Como argumento jurídico equipara la situación del solicitante con el resto de

situaciones protegidas, como la adopción o el acogimiento, aunque el mismo no ostente la condición de beneficiario de la prestación por maternidad por parto. Constituyendo el RD 295/09, una norma reglamentaria de desarrollo que, en tal condición, ni puede contravenir el tenor legal ni lo hace, en cuanto que, como ya apunta su preámbulo al aludir en primer lugar a la Ley Orgánica (L.O.) 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, lo que pretende es dicho desarrollo en este ámbito igualatorio, habiendo sido precisamente esa L.O. la reformadora de la LGSS en este punto, con reiteración en la norma reglamentaria tanto de las situaciones protegidas (art 2) como el concepto de beneficiarios (art 3) sin distinción de sexo, significando, en fin, el RD 259/09 en su intención expositiva que la ampliación de la protección social que supone, tiene el objetivo de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral así como también «favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral», lo que es aplicable a las familias de la naturaleza o clase que sea⁴⁰. Así, en el RD 259/09 se sustenta el reconocimiento de la prestación de maternidad en la asimilación a la adopción en la que son sujetos directos de la prestación cualquiera de los progenitores, cualesquiera que sea su sexo. Se extiende así la prestación por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento, pero idóneo por haber conseguido ser inscrito en el Registro Civil⁴¹. Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de Octubre de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman.

40. El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que desarrolla reglamentariamente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha llevado a cabo una notable intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social, recogiendo en su artículo 2.2 dentro de las situaciones protegidas: «Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación».

41. La Dirección General de los Registros y del Notariado dictó resolución en fecha 3 de Mayo de 2011 (JUR 2012, 107637) ordenando, en fecha 13 de Julio del 2011, que por el Registro civil consular de los Ángeles se procede a la inscripción del nacimiento de la menor, haciendo constar el Cónsul General que donde dice «padre» debe decir «progenitor A» y donde dice «madre» debe decir «progenitor B». Señalando previamente dicha resolución, entre otros extremos, que no es aplicable el art 10.1 y 2 de la Ley 14/06 porque lo que se pretende del encargado del Registro Consular es que se inscriba una relación de filiación previamente declarada por una autoridad judicial extranjera, es decir, una tutela por reconocimiento de las autoridades españolas y no otra cosa, lo que ha de estimarse correcto al entender de la Sala.

5. CONCLUSIÓN

La Instrucción DGRN adoptada para la inscripción de los menores es totalmente realista: no podemos ignorar que están aquí, que tienen un padre (o padres) español, pese a su desacuerdo con esta técnica de gestación. No podemos interferir en 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?

Tendremos que aceptar que en un mundo con fronteras cada vez más permeable, al Derecho Internacional Privado le incumbe gestionar la diversidad. El impacto que provoca el reconocimiento de estas decisiones siempre será menor que permitir en España el establecimiento de la filiación por el contrato de gestación por sustitución (aunque sería necesario).

La resolución judicial del país de origen, presentada en el Registro Civil español, tiene que cumplir 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. Los puntos esenciales de dicha resolución judicial deberán confirmar 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. Debe, igualmente, verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores. Con esos controles se garantiza que el orden público internacional español no ha sido vulnerado y que prima el interés del menor.

Visto el panorama jurídico en esta materia de maternidad subrogada autorizada y consolidada en el extranjero, debemos concluir diciendo⁴², que las dos opciones posibles que se pueden presentar en torno a la misma, pueden conducir a resultados insatisfactorios: si rechazamos el reconocimiento, se puede producir una situación claudicante en materia del estado civil de filiación en contra del interés de los niños. Si admitimos el reconocimiento podemos favorecer una

42. Como lo hace ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ob.cit., pp. 376 y 377.

discriminación respecto a las situaciones internas⁴³, fomentando un elitismo en el acceso a la gestación por sustitución porque sólo podrían acceder a la misma lo que tuviesen medios de acudir a los países que la autorizan.

Sin embargo, el método del reconocimiento del Derecho Internacional Privado que va a permitir la posibilidad de que se puedan inscribir los «vientres de alquiler» autorizados en el extranjero en el Registro Civil español, es el más adecuado. Además una vez inscrita esta forma de determinar la filiación, va a producir los mismos efectos que una filiación adoptiva como disponen las sentencias del Tribunal de Justicia para otorgar a los padres las prestaciones de la Seguridad Social. Los supuestos guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del nacido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos. Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título, idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre la menor y el que reclama la prestación, al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que se reclaman.

El problema puede surgir con la determinación de las específicas condiciones del reconocimiento de esa filiación determinada en el extranjero y los de garantía de estabilidad de la situación una vez reconocida.

Sería necesario, pues, tanto modificar nuestro Derecho material, admitiendo y regulando los límites de la gestación por sustitución (ahora declarada nula por nuestro Derecho positivo)⁴⁴, como regular las condiciones del reconocimiento de las situaciones de gestación por sustitución autorizadas en el extranjero (como ha hecho la Instrucción de la DGRN y apunta la Ley del Registro Civil). Derecho sustantivo y Derecho Internacional privado deberían ir en el mismo sentido para que los efectos que reconoce esta sentencia pudieran extenderse sin necesidad de interpretación judicial.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y otros autores, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Sevilla, 2003.

43. VELA SÁNCHEZ, A, «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Diario la Ley*, nº7608, doctrina, 11 de abril de 2011, coincido con él sobre la necesidad de una reforma.
44. FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», *InDret*, Enero 2010, en la nota a pie 22, sostiene que la solución dada por la LTRHA de 1996, no fue por el dilema ético que planteaba la

- ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil» *Diario La Ley*, N° 7863, Sección Doctrina, 22 Mayo, 2012.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr (ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO)*, t. X, 2010.
- ATIENZA, M. «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, n° 14, 2008.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Hijos made in California», *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2009.
- BORRAS RODRÍGUEZ, A., «Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del Menor», Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por jueces españoles, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997.
- CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J.:
- «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre de 2009.
 - *Derecho Internacional Privado*, vol. I, ed.2010-2011, Madrid, 2010.
 - «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*, Marzo de 2011.
 - *Derecho Internacional Privado*, vol. II, ed.2012-2013, Madrid, 2012.
- CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J., CASTELLANOS RUIZ, E., *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, 2008.
- DE MIGUEL ASENCIO, P. A., «Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria», *Eurolex*, 1997.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «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*, núm. 7501, 3 Nov. 2010.
- DÍAZ ROMERO, M^a del R., «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, N° 7527, Sección Doctrina, 14 Dic. 2010.
- FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», *InDret (REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO)*, Enero 2010.

maternidad subrogada, sino por la falta de voluntad de regular los eventuales conflictos que pueden surgir entre la madre subrogada y la pareja comitente.

- FÉRNÁNDEZ 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.
- GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestión por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacía un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de Octubre 2010)», *AEDIPr*, t. X, 2010.
- HERRANZ BALLESTEROS M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 2004.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Tomo VI, Derecho de Familia*, Madrid, 2010.
- LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, 1988.
- PÉREZ MONGE, M., «La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida». *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 2002.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», *InDret*, núm. 3, 2009.
- VELA SÁNCHEZ, A., «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Diario la Ley*, n°7608, doctrina, 11 de abril de 2011.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1998.