

NOTAS CRÍTICAS EN TORNO A LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 5 OCTUBRE 2010 SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 16.01.2011 / Aceptado: 28.01.2011

Resumen: La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm 243 de 7 octubre 2010) ha intentado proporcionar seguridad jurídica al régimen jurídico de la filiación en España de los nacidos mediante dichas técnicas reproductivas cuando dicha filiación ha quedado acreditada por autoridades de otros países. Se trata de una Instrucción con numerosos límites operativos. La Instrucción exige que la filiación de estos sujetos conste en sentencia judicial extranjera y contiene un elenco poco acertado de requisitos que debe reunir tal sentencia para poder acceder al Registro civil español. Estas exigencias ignoran la realidad de las normas vigentes de Derecho internacional privado español y burocratizan de modo artificial e innecesario el acceso al Registro Civil español de la filiación acreditada en país extranjero.

Palabras clave: gestación por sustitución, Ley aplicable, norma de conflicto, exequatur, Derecho registral internacional, filiación, interés superior del menor.

Abstract: The «Instrucción DGRN» of October 5, 2010 on filiation by surrogacy (Spanish Official Journal BOE October 7, 2010) tried to provide legal certainty with regard to children born abroad. This «Instrucción» presents numerous operative limits. In particular, the requirement of a foreign judicial decision on filiation in these cases ignores the Spanish legal rules of Private International Law and reates a wall of bureaucracy which is not consistent with the superior welfare of the child.

Key words: Surrogate mothers, applicable Law, conflict rule, exequatur, filiation, superior welfare of the minor.

Sumario: I. Introducción. II. Puntos clave de la Instrucción de la DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. III. Perfiles críticos en torno a la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. IV. Litigación judicial en España en torno a la filiación del nacido en virtud de gestación por sustitución. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución ha visto la luz en el BOE núm 243 de 7 octubre 2010. Se trata de una Instrucción largamente esperada. En efecto, la deficiente práctica seguida por los funcionarios aplicadores de las normas españolas sobre gestación por sustitución ha generado, por una parte, un descontento generalizado en los afectados personalmente por dichas actuaciones funcionariales, y por otra parte, una polémica de dimensiones muy notables en el ámbito de los especialistas de Derecho internacional privado¹. Debe subrayarse que la Instrucción citada no ha calmado la tormenta. Todo lo contrario. La Instrucción ha dado más alas a la tempestad científica sobre la cuestión. Ha dejado, además, en una situación de desesperanza, descontento y abandono a los ciudadanos personalmente afectados por la misma, y especialmente, a los menores implicados. Aunque algún *blog* facundo y diletante de los que proliferan por Internet haya colmado de bendiciones, halagos, plácemes y parabienes el contenido de esta Instrucción, lo cierto es que, como se podrá comprobar a continuación, ésta no satisface las necesidades sociales existentes y muestra unas carencias jurídicas alarmantes en el campo del Derecho internacional privado y del Derecho Civil.

II. Puntos clave de la Instrucción de la DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

2. Con extrema frecuencia, y a pesar de la existencia de un acta registral extranjera en la que consta la filiación de los nacidos en el extranjero a través de estas técnicas, las autoridades españolas aplican directamente la Ley material española a la determinación de la filiación de tales sujetos. Este ejercicio de legefórmismo extremo (= que ignora la presencia de elementos internacionales en el caso), constituye un error jurídico monumental. Este error (= legefórmismo exacerbado) resulta especialmente grave en los casos en los que se dispone de un documento expedido por el Registro Civil extranjero (= acta registral extranjera) y también en los casos en los que el nacido pudiera no ser español. Esta actitud equivocada, contraria al tenor y al espíritu de las normas vigentes del Derecho internacional privado español, comporta arduos problemas para documentar al nacido como sujeto de «nacionalidad española». La práctica seguida por numerosas autoridades registrales españolas, que rechazan que los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución sean «españoles», comporta para tales menores la imposibilidad de obtener la documentación oficial que le acredita como «nacional español» (= y especialmente el pasaporte español). Ello complicará su salida del país extranjero con destino a España, en particular, si las autoridades del país extranjero de su nacimiento consideran que tal sujeto es nacido de español y no le potorgan su nacionalidad por hecho de haber nacido en tal país (= como sí ocurre, por ejemplo en los Estados Unidos de América, cuya legislación sigue, en este punto, el criterio *jus soli*), pues entonces el menor resultará apátrida. En dicho supuesto, obtener una documentación para cruzar de manera eficaz y válida las fronteras estatales resulta complicado.

¹ En torno a la cuestión de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *CDT*, 2009-II, pp. 294-319; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Filiación», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 193-212, esp. pp. 208-212; M. ATIENZA, «De nuevo sobre las madres de alquiler», *El notario del siglo XXI*, sept oct 2009 n. 27, versión *on line*; S. BOLLÉE, «Nota a Sent. Cass. Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]», *JDI Clunet*, 2009, pp. 577-586; C. CAMPGLIO, «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *RDIPP*, XLV, n° 3, 2009, pp. 589-604; G. CUNIBERTI, «Nota a la Sent. Cour d'appel de Paris 1^{re} ch. sect. Civile 25 octubre 2007 [gestación por sustitución en California]», *JDI Clunet*, 2008, pp. 144-153; E. FARNÓS AMORÓS, «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *Indret.com*, enero 2010; P. LAGARDE, «Nota a Sent. Cass Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]», *RCDIP*, 2009, pp. 320-331; L.-F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «El Registro Civil admite el alquiler de vientres», *El notario del siglo XXI*, sept oct 2009 n. 27, versión *on line*; A. QUINONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», *Indret*, julio 2009, versión *on line*; J.R. 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*, 3 noviembre 2010, pp. 13-15.

3. Indica la DGRN que con esta Instrucción de 5 octubre 2010, se persigue «*dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor*» y también proteger «*otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución*», especialmente, se persigue «*la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres*» y también «*controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato*» de gestación por sustitución. Para asegurar la protección de dichos intereses, la Instrucción citada establece los siguientes puntos clave.

1º) *Exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación.* La DGRN exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución en relación con el padre biológico. Los interesados deberán presentar, junto a la solicitud de inscripción de nacimiento, dicha resolución judicial dictada por Tribunal competente extranjero en la que se determine la filiación del nacido. En consecuencia, y como indica la misma Instrucción, en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

2º) *Exigencia de exequatur en España de la resolución judicial extranjera.* Precisa la DGRN que dicha resolución judicial extranjera debe haber obtenido el *exequatur* en España según los Convenios internacionales vigentes para España o en su defecto, a través del procedimiento contemplado en el art. 954 LEC 1881. Deberá adjuntarse a la solicitud de la inscripción, el auto judicial definitivo, expedido por autoridad judicial española, que ponga fin al *exequatur*.

3º) *Exigencia de reconocimiento incidental.* Si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un «procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria», no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral. En tal caso, el mismo Encargado del Registro Civil controlará, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

4º) *Extremos a controlar en el reconocimiento incidental.* Cuando el Encargado del Registro Civil español debe controlar, incidentalmente, el reconocimiento de la resolución judicial en España, deberá acreditar varios extremos: (I) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; (II) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (III) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; (IV) 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; (V) 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. Estas exigencias persiguen constatar: (a) 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; (b) Que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores; (c) Una correcta protección del interés del menor y la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

5º) *Decisión del Encargado en torno a la necesidad de exequatur por homologación judicial previa o de reconocimiento incidental registral.* Si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución en el Registro civil español, pues tal resolución extranjera requerirá un previo *exequatur* de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si el encargado del Registro estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción, tal y como se ha visto anteriormente.

III. Perfiles críticos en torno a la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

4. Como ya se ha señalado, la citada Instrucción no ha resuelto los problemas jurídicos derivados de la errónea aplicación práctica de la normativa vigente por los Encargados del Registro Civil español. Por el contrario, ha introducido nuevas exigencias contrarias a la Ley, lo que es consecuencia de que esta Instrucción no maneja con solvencia jurídica ni los métodos propios del Derecho internacional privado ni las normas vigentes del Derecho internacional privado español. Pueden realizarse diversas críticas generales al contenido de esta Instrucción DGRN de 5 octubre 2010.

5. a) *Primera crítica.* El art. 10 Ley 14/2006 no es aplicable a la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución ya declarada por autoridades públicas extranjeras. La DGRN trata de justificar la exigencia de una previa resolución judicial extranjera en la que conste la filiación del nacido tras técnicas de gestación por sustitución para poder inscribir en el Registro Civil español el nacimiento de dicho nacido, en el art. 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana². El art. 10 Ley 14/2006 indica: «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. | 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. | 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales». El precepto viene a decir que, en los supuestos de gestación por sustitución, la madre es la mujer que da a luz y el padre es el sujeto al que las reglas generales sobre filiación propias del Derecho español, atribuyen dicha cualidad. Así, por ejemplo, el marido de la mujer que da a luz será el padre del nacido. Sin embargo, añade el número 3 del citado artículo, el padre biológico puede reclamar su paternidad mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales.

No obstante, para que el citado art. 10 Ley 14/2006 sea aplicable, debe serlo también, lógicamente, con carácter previo, toda la Ley 14/2006, esto es, la cuestión de la filiación de estos menores debe quedar sujeta al Derecho sustantivo español. Debido a un deficiente manejo de los métodos del Derecho internacional privado, la DGRN no percibe que, en los supuestos internacionales, la determinación, en Derecho español, de la filiación de un sujeto nacido como consecuencia de una gestación por sustitución puede llevarse a cabo a través de dos mecanismos legales diferentes: mediante una «tutela por declaración» o mediante una «tutela por reconocimiento»³. Ambos mecanismos deben ser clara y cuidadosamente diferenciados.

Primero: *Tutela por declaración o proceso de cognición directo.* Si la filiación de un sujeto nacido tras gestación por sustitución no ha quedado determinada por autoridades extranjeras en una «decisión extranjera», se instará por vez primera la determinación de la filiación ante autoridades españolas, registrales o judiciales (= se solicitará una «tutela por declaración» a las autoridades españolas para que éstas «declaren» cuál es la filiación del nacido). Al tratarse de un supuesto «internacional», las autoridades españolas aplicarán, en primer término, una norma de Derecho internacional con el objetivo de precisar el Derecho estatal regulador de la filiación. En concreto, deben aplicar el art. 9.4 CC, precepto que ordena dar aplicación a la Ley personal del hijo (= que es la Ley nacional del hijo: art. 9.1 CC). En segundo término, las autoridades españolas aplicarán las disposiciones materiales de la Ley nacional del hijo y, en consecuencia, los criterios sustanciales que hayan sido acogidos por tal ordenamiento jurídico para atribuir la filiación al nacido tras una gestación por sustitución (= criterio del parto, criterio del contratante, criterio del material genético aportado, etc.). Sólo si el nacido es español, se aplicará el Derecho español, y, en consecuencia, la Ley 14/2006 y el art. 10 de la misma.

Segundo: *Tutela por reconocimiento.* En estos casos, se ha acudido ya a autoridades públicas extranjeras, que ya han declarado, mediante una «decisión», cuál es la filiación del nacido tras una gestación por sustitución. Se trata, ahora, de concretar qué efectos jurídicos puede surtir en España esa deci-

² BOE núm. 126 de 27 mayo 2006.

³ M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 38-40.

sión pública extranjera (= sentencia extranjera, acta registral extranjero, etc.). En esta perspectiva, debe subrayarse que el acceso de estas actas registrales extranjeras al Registro Civil español no suscita una cuestión de «Ley aplicable» a la filiación, sino una cuestión de «reconocimiento», en España, de actas registrales extranjeras. Por ello, el art. 9.4 CC es inaplicable en estos casos. También es inaplicable, en los supuestos de «tutela por reconocimiento», el art. 10 Ley 14/2006. Este precepto sólo debe aplicarse si se trata de fijar por vez primera en España la filiación de estos nacidos. Y no es aplicable si de lo que se trata es de determinar si una filiación «ya determinada» en virtud de una decisión pública extranjera (= sentencia extranjera, acta registral extranjera, etc.) puede producir efectos jurídicos en España. En tal supuesto, debe insistirse en que el art. 10 Ley 14/2006 resulta inaplicable. Nótese que el mismo párrafo segundo del art. 10 Ley 14/2006 precisa que «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución *será determinada* por el parto» (cursiva añadida). El precepto arranca de una situación jurídica muy concreta: la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución no ha sido todavía «determinada». Precisamente por ello, es preciso «determinar» dicha filiación, que es lo que, efectivamente, hace el párrafo 2 del art. 10 Ley 14/2006. Ello significa que el precepto sólo es aplicable a los casos en los que los nacidos no tienen determinada su filiación y la cuestión jurídica radica en concretar, en primer lugar, qué Ley estatal rige la determinación de la filiación (= «cuestión conflictual» o «cuestión de Derecho internacional privado», resuelta por el art. 9.4 CC), y, en segundo lugar, consiste en precisar qué reglas materiales se deben seguir para determinar la filiación de estos nacidos (= cuestión material o de segundo escalón: deben concretarse si se fija la filiación a partir del dato del parto, o a partir del dato de la aportación del material genético, o cualquier otro criterio). El art. 10 Ley 14/2006 sólo es aplicable cuando la cuestión jurídica suscitada constituye una cuestión de «tutela por declaración», es decir, cuando se trata de una controversia relativa al Derecho aplicable a la filiación que debe decidirse por las autoridades españolas en el marco de un «proceso de cognición directo» y la Ley aplicable a la filiación es, por mandato de las normas de conflicto españolas, la Ley sustantiva española.

En consecuencia, resulta obvio que el art. 10. Ley 14/2006 no es aplicable cuando la filiación ya ha sido determinada por autoridades extranjeras en una «decisión pública». En tal supuesto, la cuestión suscitada no estriba en «establecer la filiación del nacido», sino en decidir si una «filiación ya establecida» en virtud de una decisión pública extranjera puede ser introducida en el orden jurídico español y surtir en España sus efectos legales (= si puede ser «importada» con destino a España). En estos casos de «tutela por reconocimiento», la Ley 14/2006 no resulta aplicable y su art. 10, tampoco. La DGRN de 5 octubre 2010 no cita ni una sola vez el art. 9.4 CC, precepto cuya aplicación precede, necesariamente, en los casos «internacionales» (= casos con elementos extranjeros), la de la Ley 14/2006 y la del art. 10 de la misma. Debe recordarse que dicha Ley 14/2006 no se elaboró con la intención de ser aplicada de modo espacialmente imperialista. El legislador no pretende que «todos» los casos internacionales de filiación en supuestos de gestación por sustitución tengan que ajustarse y solventarse con arreglo a la Ley sustantiva española. Sólo los casos que el legislador entiende vinculados con España (= que son aquéllos en los que el hijo ostenta la nacionalidad española: art. 9.4 CC), deben regirse por la Ley material española.

6. b) Segunda crítica. *La exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos tras gestación por sustitución es una exigencia contraria a la Ley.* Según la DGRN, del art. 10 Ley 14/2006 se deriva la necesidad de una resolución judicial para acreditar la filiación de los nacidos por gestación por sustitución. Conviene subrayar que esta exigencia de una «resolución judicial» en la que conste la filiación del nacido a través de estas técnicas, es contraria la Ley. Por diversos motivos.

1º) Como antes se ha indicado, esta exigencia es totalmente improcedente por la sencilla razón de que el art. 10 Ley 14/2006 sólo puede resultar aplicable, lógicamente, cuando la entera Ley 14/2006 sea, a su vez, aplicable. Y dicha Ley 14/2006 no debe aplicarse cuando se solicita ante un encargado del Registro Civil español la inscripción de nacimiento de una persona mediante la presentación, como título inscribible, de un «acta registral extranjera» (= casos de «tutela por reconocimiento»).

2º) Los arts. 81 y 85 RRC permiten la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento acaecido en país extranjero mediante la presentación de un acta registral extranjera, que opera como

«título válido» para la inscripción en España⁴. Tales preceptos no exigen, a los efectos de la inscripción del hecho en el Registro Civil español, que los funcionarios del Registro Civil extranjero hayan aplicado el Derecho sustantivo español ni tampoco que se haya dictado una resolución judicial relativa a la gestación por sustitución. Una Instrucción de la DGRN no puede vulnerar un Reglamento contenido en un Decreto aprobado por el Consejo de Ministros (Decreto de 14 noviembre 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil)⁵. Ni tampoco puede vulnerar el art. 9.4 CC, disposición contenida en una norma con rango de Ley ordinaria. En efecto, el art. 1.2 CC indica que «[c]arecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior». Por lo tanto, esta Instrucción de la DGRN, que exige condiciones no requeridas por el art. 81 y 85 RRC para la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento que ya consta en un acta registral extranjera, carece de validez.

3º) Esta exigencia de previa resolución judicial persigue eximir de sus responsabilidades legales a los encargados del Registro. Éstos quedan exonerados de tener que calificar e inscribir actas registrales extranjeras de nacimiento en estos casos de gestación por sustitución. Sólo inscribirán tales nacimientos si, previamente, los jueces españoles han otorgado un «reconocimiento» a la resolución judicial extranjera. Sin embargo, esta «judicialización artificial» de los hechos con relieve registral resulta contraria, precisamente, a la función primordial del Registro Civil: proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria cada vez que haya que probar un hecho relativo al estado civil de aquéllas (arts. 2 y 92 LRC)⁶. Con esta Instrucción de 5 octubre 2010, la DGRN ha judicializado el Registro Civil en estos casos de gestación por sustitución, lo que perjudica gravemente el cumplimiento de la función primordial de tal Registro.

4º) La exigencia de resolución judicial extranjera podría incluso resultar discriminatoria por razón de filiación. En efecto, pueden ser inscritas directamente las actas registrales extranjeras de nacimiento si se refieren a sujetos nacidos en el extranjero sin haber recurrido a estas técnicas de gestación por sustitución, pero no en estos casos, lo que perjudica a estos menores y los «discrimina» o hace de peor condición jurídica. Ello no sintoniza correctamente ni con el art. 14 CE 1978 ni con los instrumentos legales internacionales que protegen el «interés superior del menor» y, por tanto, de todos los menores sin distinción alguna por razón de filiación.

5º) Esta exigencia obliga a los promotores de la inscripción a «judicializar», ante tribunales de un país extranjero, el nacimiento de los menores. En efecto, tales sujetos se ven obligados a acudir a un tribunal extranjero aun cuando no haya necesidad de ello por no haber litigio alguno o por no requerir el Derecho extranjero, para acreditar la filiación del nacido, un pronunciamiento judicial (= pues basta que quede acreditado por las autoridades registrales extranjeras).

6º) Esta exigencia resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. Puede suceder, en efecto, que en el país extranjero del que se trate, la filiación se acredite,

⁴ Art. 81 RRC: «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales». Art. 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». Este art. 85 RRC no regula las condiciones de acceso al Registro Civil español de las actas registrales, pues dicho extremo ya se encuentra contemplado por el citado art. 81 RRC. El art. 85 RRC sólo recuerda al operador jurídico que no toda acta registral puede ser título válido para una inscripción registral en España, sino exclusivamente aquéllas actas registrales extranjeras que procedan de Registros civiles extranjeros que cumplan con exigencias de autenticidad y rigurosidad similares a las que presenta el Registro Civil español.

⁵ Publicación original en BOE núm.296 de 11 diciembre 1958 y corr. errores en BOE núm.18 de 21 enero 1959.

⁶ Artículo 2 LRC: «El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento». Art. 92 LRC: «Las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme en juicio ordinario. | La demanda se dirigirá contra el Ministerio Fiscal y aquellos a quienes se refiere el asiento que no fueren demandantes. | En este juicio no tiene lugar la restricción de pruebas que establece el artículo 2».

exclusivamente, por actas del Registro Civil extranjero del lugar del nacimiento que se extienden a la vista del certificado médico de nacimiento, en el que, con frecuencia, no constan los datos de la mujer que da a luz para salvaguardar su privacidad.

7. c) *Tercera crítica. Incorrecta distinción de la DGRN entre «reconocimiento» y «exequatur».* Por otro lado, la DGRN confunde «reconocimiento» y el «exequatur». Conceptos muy distintos que sirven a finalidades diferentes⁷. La DGRN exige un *exequatur* de la resolución judicial extranjera, a llevar a cabo ante juez de primera instancia español, en el caso de que la resolución judicial extranjera se haya dictado a consecuencia de un procedimiento contencioso (Regla Primera, número 2, Instrucción 5 octubre 2010)⁸. Por el contrario, la DGRN exige un «reconocimiento», a llevar a cabo ante el encargado del Registro civil español, en el caso de que la resolución judicial extranjera «*tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria*» (Regla Primera, número 3 Instrucción DGRN 5 octubre 2010). Aunque la DGRN lo ignore, es sabido que el *exequatur* sólo se requiere en el caso de que la resolución extranjera contenga «pronunciamientos de ejecución» que exijan, en efecto, «actos materiales de ejecución». En los supuestos de acciones declarativas (= como las acciones declarativas de filiación que se ejercitan en este tipo de casos), el *exequatur* es innecesario. Lo que los interesados persiguen es que la resolución extranjera despliegue en España su «efecto constitutivo» y, en su caso, de «cosa juzgada». Para ello, es preciso, exclusivamente, un «reconocimiento», que puede solicitarse, efectivamente, ante el juez de primera instancia competente (= caso en el que se tratará de un reconocimiento con efectos *erga omnes*), o ante el mismo encargado del Registro civil (= caso en el que el reconocimiento surtirá efectos incidentales, limitados al procedimiento del que se trate). El art. 85.5 LOPJ, cuya redacción actual es obra de la Ley 19/2003 de 23 de diciembre, y también la letra del actual art. 955 LEC 1881, cuya redacción obedece a la Ley 62/2003 de 20 de diciembre 2003, incorporan una importante distinción. Ambos preceptos hacen referencia, por separado, a las solicitudes de «reconocimiento» por un lado, y de «ejecución», por otro lado, de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras. Por tanto, hoy día es perfectamente posible solicitar bien el «reconocimiento», o bien el *exequatur* de una resolución judicial extranjera, por separado. De ahí que resulte inadmisibles esa confusión.

8. d) *Cuarta crítica. La DGRN olvida el «orden público internacional» como motivo de rechazo del «reconocimiento incidental» en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución.* La lista de extremos, que según la DGRN, debe controlar el encargado del Registro Civil español, de modo incidental, cuando se le presenta una resolución judicial extranjera dictada como consecuencia de un proceso de jurisdicción voluntaria o similar, muestra diversos defectos. Por un lado, la lista es incompleta, y por otro lado, la lista contiene requisitos erróneos y desfados. Ambos aspectos deben analizarse de modo separado. Así pues, en primer lugar, debe subrayarse que la lista de requisitos a controlar, no se ha incluido el «orden público internacional». ¿Se ha evaporado? ¿Desaparecido en combate quizás? ¿Ya no existe un orden público internacional español? ¿O sí que existe pero no es preciso asegurar que la resolución extranjera no produce efectos contrarios a los principios fundamentales y básicos del Derecho español que permiten la adecuada cohesión jurídica de

⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 391-398.

⁸ No obstante, en el párrafo 10 de la Instrucción de 5 octubre 2010, la DGRN alude al «reconocimiento» de la resolución judicial extranjera en el caso de que ésta fuese el resultado de un procedimiento contencioso llevado a cabo en el extranjero, si bien en la Regla citada (Regla primera, número 2) de la misma Instrucción, hace referencia, con ose ha indicado, al *exequatur* de tal resolución. Precisa *expressis verbis* el párrafo 10 de la Instrucción de 5 octubre 2010: «*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 Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur 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 Tribunal 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*».

la sociedad española? Podría pensarse, por ser benévolo con la Instrucción, que la DGRN ha preferido «diseccionar» el orden público internacional y concretarlo en distintos motivos concretos (= recogidos en la Regla primera, número 3 de la Instrucción). Podría imaginarse, en efecto, que la DGRN ha querido escapar, así, del famoso «magma indiferenciado» característico del orden público internacional (= su excesiva amplitud y carácter general, propio de un concepto jurídico indeterminado lo hacen difícil de aplicar y contrario a la seguridad jurídica). Ahora bien, si ello fuera así, el remedio sería peor que la enfermedad. En efecto, dicho proceder (= especificación del orden público internacional en una serie de motivos concretos) constituye un error jurídico de portentosa envergadura. Todo experto en Derecho internacional privado es consciente de que este debate no es nuevo. En efecto, durante siglos se han enfrentado dos «corrientes de pensamiento» en torno al problema de «cómo concretar» los casos en los que la aplicación de un Derecho extranjero vulnera el orden público internacional (A.N. MAKAROV, C. FOCARELLI)⁹. Para ciertos especialistas, debería elaborarse una «lista cerrada» de supuestos específicos en los que se considera que la aplicación de un Derecho extranjero o los efectos de una resolución judicial extranjera vulnera el orden público internacional del Estado del foro (= «método enumerativo») (L. RENAULT, B. V. BLOKLAND)¹⁰. Ello reforzaría la seguridad jurídica. Sin embargo, este objetivo resulta inalcanzable: la realidad internacional no se puede encapsular en «listas cerradas», pues la vida siempre produce más casos de los que puede prever el legislador. La lista «cerrada» sería una lista incompleta y lagunosa y, en definitiva, una lista inútil. Por ello, otros expertos en Derecho Internacional privado consideraron que era preferible que el sistema legal contase con una cláusula general de orden público internacional (= sistema de la «lista abierta»). Así, en 1893 el gran jurista T.M.C. ASSER sostuvo que el orden público internacional sólo puede expresarse mediante «cláusulas generales»¹¹. Esta idea, mucho más práctica que la anterior, cristalizó en casi todos los sistemas nacionales y en los Convenios internacionales de Derecho internacional privado (J. WESTLAKE). En el ámbito de los conflictos de Leyes, el art. 12.3 CC acepta esta perspectiva, y en el contexto del reconocimiento de resoluciones extranjeras, el art. 954 LEC 1881 también la sigue. En consecuencia, resulta más operativo y práctico contar con este tipo de cláusulas generales de orden público internacional. El orden público internacional, como ya se ha indicado, es un «concepto jurídico indeterminado» (ATS 24 octubre 1979, SAP Guadalajara 23 marzo 2006, SAP Gipúzcoa 29 febrero 2008 [divorcio entre cónyuges marroquíes y custodia de menores]), que se debe concretarse «caso por caso» (P. LAGARDE)¹². Y visto que la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse «caso por caso», son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España vulneran, en el caso concreto, el orden público internacional español. Esta perspectiva del orden público como concepto jurídico indeterminado, universalmente admitida, ha sido ignorada por la DGRN en su Instrucción de 5 octubre 2010. De ese modo, y mediante *reductio ab absurdo*, podría afirmarse que, si en el futuro un país permitiese que un nacido tras una gestación por sustitución tuviese tres progenitores legales, la resolución judicial de jurisdicción voluntaria en la que constase tal «filiación múltiple» del menor, debería ser reconocida en España, pues la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 no ha incluido esta circunstancia como motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones extranjeras.

9. e) *Quinta crítica. El sistema bilateralista de control de la competencia judicial internacional de los tribunales extranjeros es inadecuado.* Debe subrayarse que exigir, para el reconocimiento inci-

⁹ A.N. MAKAROV, «Die Haager internationalprivatrechtlichen Abkommen und die Vorbehaltsklausel», en *Ius et lex, Festgabe Max Gutzwiller*, Basel, 1959, pp. 303-324, esp. pp. 304-307; C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Perugia, Morlacchi Ed., 2006, p. 70. Más referencias sobre la historia de esta cuestión polémica y sobre la posición de L. RENAULT, BEECKMAN, y BELARTS VON BLOKLAND durante la primera sesión de la Conferencia de La Haya (1893), pueden seguirse en G. PARRA ARANGUREN, «General Course of Private International Law, Selected Problems», *RCADI*, 1988, vol.210, pp. 9-224, esp. p. 92 y nota [175].

¹⁰ *Vid.* nota anterior.

¹¹ *Vid.* referencias de estos autores en G. PARRA ARANGUREN, «General Course of Private International Law, Selected Problems», *RCADI*, 1988, vol.210, pp. 9-224, esp. p. 92 y nota [175].

¹² P. LAGARDE, «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation», *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 263-282; *Id.*, «Private International Law: Public Policy», *IECL*, 1994, pp. 23-25.

dental de la resolución extranjera que ha establecido una filiación en casos de gestación por sustitución, que «*el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española*» es exigir lo que no puede ni debe exigirse. En este mundo llamado «realidad», los tribunales de un Estado se declaran competentes cuando concurren los foros de competencia internacional establecidos en *su propio Derecho*. Las normas de competencia judicial internacional de producción interna de un Estado presentan, desde esta perspectiva, una «carácter atributivo» y «unilateral» (= determinan la competencia de los tribunales del Estado al que pertenece el tribunal en cuestión). En consecuencia, las normas de competencia judicial internacional españolas no pueden precisar los casos en que los órganos jurisdiccionales de otro Estados pueden conocer o dejar de conocer de litigios internacionales. Dos razones lo explican¹³.

En primer lugar, ello constituiría un atentado a la Soberanía de los demás Estados extranjeros (= pues cada Estado es exclusivamente competente para fijar los casos en los que los órganos de «su Poder Judicial» deben conocer, como ha indicado el TC en su STC 61/2000 de 13 marzo 2000).

En segundo lugar, ello sería totalmente inútil, pues sean cuales fueren los foros de competencia internacional recogidos en las normas españolas, cuando el litigio se suscita ante tribunales extranjeros, éstos aplicarán «sus» normas de competencia judicial internacional para decidir sobre la cuestión y nunca las normas españolas. Por consiguiente, exigir, como hace la DGRN en su Instrucción de 5 octubre 2010, que los tribunales extranjeros se hayan declarado competentes mediante de la aplicación de foros «equivalentes» a los recogidos en la legislación española (= el llamado «sistema bilateralista»), no tiene el más mínimo sentido.

Resulta oportuno recordar que durante decenios, y en el marco del art. 954 LEC, el TS aplicó, con algunas inflexiones, este llamado «sistema bilateralista». En efecto, el TS estimaba que un tribunal extranjero resultaba «internacionalmente competente» cuando un tribunal español lo hubiera sido en un caso semejante. Es decir, el juez extranjero debía haber empleado, para declararse internacionalmente competente, los foros de competencia judicial previstos en la legislación española (*vid.* entre otros: ATS 21 octubre 1982, ATS 3 febrero 1986, ATS 15 diciembre 1987, ATS 23 junio 1989). Sin embargo, este sistema es xenófobo, imperialista, rígido y simplista (A. BONOMI)¹⁴. No tiene en cuenta que cada Estado tiene «sus» propios foros de competencia judicial internacional, que no tienen por qué ser inadecuados (= ya que pueden, perfectamente, reflejar una «proximidad razonable» del asunto con el Estado cuyos tribunales dictan la resolución), ni tampoco tienen por qué ser los mismos que los que rigen en España (D. HOLLEAUX, P. MAYER)¹⁵. El sistema bilateralista, ahora semi-resucitado por la DGRN en esta Instrucción de 5 octubre 2010, persigue «imponer» al resto del mundo los criterios de competencia internacional de los tribunales españoles. Este sistema 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 (= los foros españoles de competencia judicial internacional o foros «equivalentes» a los mismos). Un sistema antiguo, provinciano y corto de miras. Precisamente por todas estas razones, en 1998 el TS cambió de criterio y adoptó el «nuevo modelo francés» de control de la competencia judicial internacional del juez que dicta la resolución que ahora pretende ser reconocida en España (Sent. Cour Cass.Civ.I, 6 febrero 1985, *Simitich*: «*existence d'un lien caractérisé entre le pays dont le juge a été saisi et le litige*»). Se trata del «sistema de los contactos razonables». Este nuevo sistema consiste en lo siguiente: el tribunal extranjero que dictó la sentencia debe considerarse como «internacionalmente competente» si el

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 477-482.

¹⁴ A. BONOMI, «Le droit international privé entre régionalisme et universalisme quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les Etats tiers», *RSDIDE*, 2006, pp. 295-309; A. BONOMI, «Sull'opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile *erga omnes*», *RDIPP*, 2007, pp. 314-328; A. BONOMI, «Globalización y Derecho internacional privado», *Globalización y comercio internacional, XX Jornadas AEPDIRI*, Madrid, 2005, pp. 223-237.

¹⁵ D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, París, Dalloz, 1970, pp. 33-38; P. MAYER, «Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence», *RCDIP*, 1979, vol. XLVIII, pp.1-29, 349-388 y 537-583.

litigio en cuestión presenta «contactos razonables» con el país donde se desarrolló el proceso (ATS 24 diciembre 1996, ATS 10 febrero 1998, ATS 20 enero 1998, ATS 7 abril 1998, ATS 21 abril 1998, ATS 28 abril 1998, ATS 10 septiembre 1996, ATS 15 octubre 1996, ATS 5 mayo 1998, ATS 23 junio 1998, ATS 12 enero 1999, ATS 2 febrero 1999, ATS 25 mayo 1999, ATS 27 abril 1999, ATS 27 abril 1999, ATS 13 abril 1999, ATS 23 marzo 1999, ATS 30 marzo 1999, ATS 18 mayo 1999, ATS 8 junio 1999, ATS 8 junio 1999, ATS 15 junio 1999, ATS 25 mayo 1999, ATS 7 septiembre 1999, ATS 26 octubre 1999, ATS 14 marzo 2000, ATS 15 febrero 2000, ATS 8 febrero 2000, ATS 28 mayo 2002, ATS 2 julio 2002, ATS 11 junio 2002, ATS 31 julio 2002, ATS 3 diciembre 2002, ATS 24 julio 2003, ATS 31 julio 2003, ATS 15 julio 2003, ATS 8 julio 2003, ATS 1 julio 2003, ATS 1 abril 2003, ATS 25 marzo 2003, ATS 17 febrero 2004, ATS 20 enero 2004, ATS 1 marzo 2005, ATS 17 octubre 2006, ATS 21 marzo 2006, etc.). Las Audiencias Provinciales españolas, que ahora deciden en apelación en torno al reconocimiento / *exequatur* de sentencias extranjeras con arreglo a los arts. 954 y 955 LEC 1881, siguen este nuevo enfoque (= «sistema de los contactos razonables») (= *vid. ad. ex.*: SAP Madrid 12 febrero 2008 [sentencia dictada en Pensilvania]). La Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional, con buen criterio, y en la línea trazada por el TS, eliminó este sistema bilateralista y obsoleto, y lo sustituyó por el sistema de los contactos razonables a la hora de controlar los requisitos que debe satisfacer una resolución extranjera de adopción para lograr su reconocimiento en España (art. 26.1.1º de la Ley de adopción internacional)¹⁶.

Por último, debe subrayarse que la Instrucción de 5 octubre 2010 no exige que los foros empleados por las autoridades judiciales extranjeras sean «iguales» a los recogidos en la legislación española, sino que sean «equivalentes» a los mismos. Este matiz terminológico reviste una evidente importancia. En efecto, si los foros de competencia recogidos en la legislación española se inspiran en el «principio de proximidad razonable» (= porque así lo requiere la tutela judicial efectiva: art. 24 CE 1978 y art. 6 CEDH 1950), ello significa que se exigirá que los foros empleados por la autoridad extranjera reflejen, también, una vinculación razonable del supuesto con la jurisdicción extranjera. Si esta exigencia se interpreta de este modo, se salva el carácter imperialista de la misma y se sorteja igualmente la absurda pretensión de requerir que las autoridades de todos los países del mundo observen los foros de competencia internacional españoles. Ahora bien, la cuestión no resulta tan diáfana como podría pensarse en un primer momento. Así es, porque los foros empleados por la legislación española en materia de filiación presentan un carácter «casi exorbitante». En efecto, con arreglo a los arts. 21 y 22 LOPJ, los tribunales españoles son competentes para conocer de los supuestos internacionales relativos a la filiación natural y a las relaciones paterno-filiales cuando concurra uno de estos foros: (a) Residencia habitual del hijo en España al tiempo de la demanda (AAP Soria 16 julio 2010 [menor con residencia habitual en Brasil]); (b) Nacionalidad española del demandante; (c) Residencia habitual del demandante en España; (d) Domicilio del demandado en España. Como es fácil apreciar, la mera nacionalidad española del demandante otorga competencia internacional a los jueces españoles. Por la misma razón, *ad ex.*, si un foro de competencia recogido la legislación india otorga competencia a un juez indio por la mera nacionalidad india del demandante, la decisión dictada por el tribunal indio debería ser reconocida en España, a pesar de que el caso muestra una vinculación débil con la India. Es decir, que exigir una «equivalencia» entre los foros de competencia extranjeros y los foros de competencia españoles, precisamente en materia de filiación (= sector en el que el Derecho español contiene foros «casi exorbitantes»), no es una buena solución. Con ello, habría que dar eficacia en España a resoluciones judiciales dictadas por tribunales extranjeros sobre la base de foros casi exorbitantes, lo que no garantiza una vinculación razonable y previsible entre el supuesto concreto y el Estado cuyos tribunales deciden la cuestión de filiación en casos de gestación por sustitución. Hubiera sido mucho más sencillo y efectivo exigir, simplemente, que el Estado al que pertenece el tribunal extranjero que dicta la sentencia presentara vínculos razonables con el supuesto objeto de la resolución judicial extranjera y que el tribunal hubiera aplicado correctamente sus foros de competencia internacional (= para evitar dar efectos en España a decisiones nulas o ilegales en el país de origen).

¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Adopción internacional», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 237-241.

10. f) Sexta crítica. *El art. 10 Ley 14/2006 rompe la continuidad transfronteriza de la filiación declarada en el extranjero si en dicho país la madre del menor no es la mujer que ha dado a luz.* Al arrancar de la aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006 a un supuesto en el que la filiación del nacido mediante gestación por sustitución ya ha quedado acreditada por autoridades extranjeras, se verifica un preocupante «estrechamiento funcional» del razonamiento jurídico. En efecto, encapsulada en el art. 10.3 de la Ley 14/2006, la Instrucción citada sólo podrá permitir la inscripción en el Registro civil español de la filiación paterna del menor nacido mediante estas técnicas y respecto del varón que fuera, en su caso, padre biológico. Ello significa, clara, simple y llanamente, que la filiación de un menor, determinada por sentencia extranjera en favor de dos varones, nunca podrá ser inscrita en el Registro civil español. El art. 10.3 Ley 14/2006 no permite otra cosa. De ese modo, la Instrucción, que dice defender el «interés superior del menor», se vuelve autoatentoria. Así es, pues el menor tendrá «padres distintos». Los padres legales del menor en el país de su nacimiento serán los determinados en la sentencia extranjera o en el Registro Civil extranjero, y los padres legales en España, serán los fijados a través del art. 10.3 Ley 14/2006, de los que, necesariamente, la madre deberá ser la mujer que ha dado a luz al menor. Este resultado antijurídico (= recuérdese el texto del vigente art. 3 CDN) desemboca en la negativa del derecho del menor a una «identidad única» (= derecho a ser considerado el mismo sujeto, con iguales datos de identidad) (E. JAYME, A. GATTINI)¹⁷. La Instrucción DGRN 5 octubre 2010 quiebra, por lo tanto, «*le respect du droit étranger et la cohérence de la situation individuelle des enfants concernés*» (A. GOUTTENOIRE)¹⁸.

11. g) Séptima crítica. *Los nacidos en el extranjero en virtud de técnicas de gestación por sustitución son españoles si concurren indicios racionales de su generación física por progenitor español sin necesidad de ninguna sentencia judicial que así lo establezca.* Resulta muy frecuente que la nacionalidad española dependa, en cierta medida, de la filiación del sujeto. El art. 17.1 CC acoge el criterio de la atribución de la nacionalidad española mediante *jus sanguinis* y precisa, en efecto, que son españoles los «nacidos de padre o madre españoles». No los «hijos de españoles», que es algo muy diferente. El art. 17.1.a) CC no exige que haya quedado «determinada legalmente» la filiación (= no exige ninguna sentencia judicial que acredite la filiación del nacido). Es suficiente que quede acreditado el «hecho físico de la generación». Por ello, para considerar «nacido» de español a un individuo, basta que consten «indicios racionales de su generación física por progenitor español». Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil, español o extranjero o por el hecho, acreditado, de que el nacido ha sido generado a partir de material genético de un ciudadano español (= normalmente, aunque no necesariamente, un varón), como suele suceder con extrema frecuencia en la realidad práctica¹⁹. La distinción clave entre sujetos «hijos de españoles» y sujetos «nacidos de españoles», magistralmente expuesta hace más de veinticinco años por el maestro J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, y que fue recibida expresamente por el legislador en la Ley 18/1990, de 17 diciembre 1990 sobre reforma del Código civil en materia de

¹⁷ E. JAYME, «Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca», *Rivista di Diritto civile*, 1995, núm.1. pp. 71-80, esp. p. 72; A. GATTINI, «Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza», *RDI*, 1996, pp. 93-109, esp. p. 95. Texto del art. 3 CDN: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada». Vid. igualmente, el art. 8 CDN: «1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad».

¹⁸ Vid. el comentario de A. GOUTTENOIRE en <http://blog.dalloz.fr>, 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. cour d'Appel de Paris de 25 octubre 2007.

¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Filiación», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª edición, Granada, Comares, 2010, pp. 193-212, esp. pp. 194-199.

nacionalidad (BOE núm. 302 de 18 diciembre 1990), ha sido completamente ignorada por la DGRN en su Instrucción de 5 octubre 2010. Ello se ha producido quizás más por desconocimiento de esta doctrina por parte de la DGRN que por un cambio de orientación legal (= que sería, en todo caso, imposible, pues el criterio se halla expresamente recogido por el art. 17.1.a) CC y la misma DGRN lo había seguido en innumerables resoluciones)²⁰.

Esta tesis comporta consecuencias muy relevantes. Si existen tales «indicios racionales de la generación del menor por parte de un ciudadano español», el menor nacido en el extranjero a través de técnicas de gestación por sustitución debe ser considerado «español» (art. 17.1.a CC). Debe ser inscrito en el Registro Civil español como sujeto de nacionalidad española. Debe ser documentado como ciudadano español. Debe obtener su DNI y su pasaporte, como todo ciudadano español. Si posteriormente se impugna su filiación tal y como aparece inscrita en el Registro Civil español, se impugna entonces la filiación de un «sujeto español», de forma, modo y manera que la cuestión de la determinación / impugnación de dicha filiación se regirá por el Derecho español, en sintonía con el art. 9.4 CC.

La DGRN ignora paladinamente la distinción entre sujetos «hijos de españoles» y sujetos «nacidos de españoles», y olvida también el papel que desarrolla el art. 9.4 CC en la cuestión. Nada bueno puede surgir de errores tan palmarios.

IV. Litigación judicial en España en torno a la filiación del nacido en virtud de gestación por sustitución

12. Si se litiga en España (= «tutela por declaración» / «proceso de cognición directo») en torno a la filiación de un sujeto nacido mediante técnicas de gestación por sustitución, dicha filiación se determinará con arreglo a la Ley nacional del hijo (art. 9.4 CC). Si el nacido ostenta nacionalidad española, se aplicará el Derecho español y, en consecuencia, la Ley 4/2006 y el art. 10 de la misma. En la aplicación de este art. 10 Ley 14/2006 deben tenerse presentes los siguientes datos.

1º) El art. 10 Ley 14/2006 no contiene un criterio delimitador de su aplicación espacial. No indica, por ejemplo, que se aplicará «a los extranjeros y/o españoles, «a los nacidos fuera de España», «en los casos en los que la mujer que da a luz se encuentre fuera de España», etc. Tampoco la Ley 14/2006 contiene ningún indicador de su «aplicación en el espacio» o en relación con los supuestos «internacionales». El silencio del precepto y de la Ley 14/2006 al respecto significa que debe recurrirse a las reglas generales del Derecho internacional privado que determinan la «Ley aplicable» a la cuestión de la filiación de los hijos nacidos tras una gestación por sustitución. En concreto, deberán aplicarse las normas de conflicto españolas que señalan la Ley aplicable a la filiación. El art. 9.4 CC (= «*el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo [...]»*) es aplicable, de modo que la filiación del nacido mediante técnicas de gestación por sustitución, deberá establecerse con arreglo a la Ley nacional de dicho nacido. Como ya se ha indicado, el art. 10 Ley 14/2006 no puede aplicarse a supuestos «internacionales» de «gestación por sustitución» de un «modo directo». Dicho precepto no es una norma de Derecho Internacional privado. Sólo puede aplicarse a los supuestos internacionales cuando, previamente, el art. 9.4 CC (= que sí es una norma de Derecho internacional privado) así lo indique, es decir, cuando el hijo ostente nacionalidad española. En consecuencia, si el nacido no es español, la Ley 14/2006 no es aplicable y su filiación se determina, naturalmente, con arreglo a la Ley nacional del sujeto (= una Ley extranjera).

2º) En el caso de que el nacido como consecuencia de una gestación por sustitución fuera español, la Ley 14/2006 es aplicable. En tal caso, el art. 10 Ley 14/2006 es también aplicable. El precepto determina una filiación que no ha sido todavía determinada (= es una «regla material de precisión de la

²⁰ La distinción clave entre sujetos «hijos de españoles» y sujetos «nacidos de españoles», magistralmente expuesta hace más de veinticinco años por J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Art. 17 CC», en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, (dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 17-53. Han seguido esta distinción, entre otras, la RDGRN 7 mayo 1965, RDGRN 4 febrero 1966, RDGRN 29 diciembre 1971, RDGRN 19 diciembre 1973, RDGRN 11 agosto 1975, RDGRN 19 enero 1976, RDGRN 11 abril 1978, RDGRN 7 mayo 1980, RDGRN 5 marzo 1986, RDGRN 28 octubre 1986 y la Circular DGRN 6 junio 1981.

filiación»). El art. 10 Ley 14/2006 contiene reglas sustanciales que sirven para concretar quiénes son los progenitores legales del nacido por gestación de sustitución cuando se insta la inscripción registral del nacido o se suscita un pleito declarativo relativo a la filiación de dicho nacido. Es un precepto que resuelve la cuestión material de la filiación de tal nacido, es decir, que solventa las cuestiones de «segundo escalón» en los litigios o controversias jurídicas relativas a la filiación de los nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Este art.10 Ley 14/2006 sólo resulta aplicable cuando la cuestión jurídica de la filiación se plantea ante autoridades españolas a través de la «tutela por declaración» y no cuando la cuestión surge en el contexto de una «tutela por reconocimiento».

3º) La DGRN estima que el art. 10.3 Ley 14/2006 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». Esta afirmación constituye un error jurídico de dimensiones preocupantes. Se trata, en efecto, de una afirmación errónea. El precepto legal citado sólo exige una resolución judicial para determinar la paternidad «respecto del padre biológico» (= y no para determinar la «filiación paterna»). Si el nacido ostenta nacionalidad española y la mujer que da a luz al mismo está casada, el padre (legal) de la criatura es el marido de ésta y no hace ninguna falta, diga lo que diga la DGRN, acudir a ningún tribunal ni obtener ninguna sentencia judicial que acredite la «filiación paterna», ya que para eso existen las reglas de presunción de paternidad en el Código Civil²¹. Sólo es preciso acudir a la vía judicial en el caso de que el varón que haya aportado material genético en un supuesto de gestación por sustitución impugne la paternidad atribuida *ope legis* al marido de la mujer que dio a luz. El empeño contumaz y tozudo de la DGRN por judicializarlo todo, le lleva a exigir lo que no debe exigir. Complicar lo simple parece haberse convertido en el lema de la DGRN en esta Instrucción de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación de sustitución.

4º) A pesar del tenor literal del art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que indica que, desde un punto de vista legal, la «madre» debe ser la mujer que da a luz al hijo, debe tenerse presente el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (CDN), en vigor para España²². Dicho precepto «monitoriza» todo el Derecho español, y puede impedir dicho resultado. En efecto, los tribunales españoles pueden acreditar que la constatación como «madre legal» a favor de la mujer que ha dado a luz perjudica el «interés superior del menor». En tal caso, los tribunales están obligados a rechazar dicho resultado debido a la primacía del Convenio sobre los derechos del niño sobre las normas españolas de producción interna y a la primacía valorativa del principio del interés superior del menor. En otras palabras: con independencia de lo que indique la letra del citado art. 10 Ley 14/2006, si dicho precepto conduce a una solución que, en el caso específico, vulnera el interés superior del niño, los tribunales españoles deben rechazar tal solución y optar, mediante un desarrollo judicial del art. 3 CDN, por una respuesta jurídica que sintonice correctamente con el interés del menor en el caso concreto.

V. Consideraciones finales

13. La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución presenta una extensa batería de puntos débiles e incorrecciones jurídicas. Ambos defectos harán que, con un alto grado de probabilidad, dicha Instrucción no resulte útil para resolver los problemas relativos a la filiación, en España, de los nacidos en países extranjeros como consecuencia de técnicas gestación por sustitución. Pero no sólo resultará inútil, sino que es de temer que será altamente nociva para regular un fenómeno que requiere soluciones jurídicas edificadas sobre pilares metodológicos sólidos de Derecho internacional privado. Pilares de los que la Instrucción citada carece.

²¹ Art. 116 CC: «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges».

²² BOE núm. 313 de 31 diciembre 1990.

14. Esta Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 está plagada de errores mayúsculos. Por resumir algunos de los ya citados, baste recordar que la Instrucción citada confunde el Derecho aplicable a la filiación, con el reconocimiento de una filiación ya legalmente determinada por autoridades públicas extranjeras. La Instrucción no distingue entre «tutela por declaración» y «tutela por reconocimiento», lo que constituye un desacierto de singular envergadura. La Instrucción no aplica ni tampoco se refiere al art. 9.4 CC, precepto cuya aplicación previa es necesaria para poder activar el art. 10 de la Ley 14/2006. La Instrucción ignora que los nacidos de padre o madres españoles son españoles y afirma, por el contrario, con profundo error antijurídico, que son españoles los hijos de españoles. Esta distinción entre «hijos de españoles» y «nacidos de españoles», resulta clave en la hermenéutica de los arts. 17.1.a) CC y 9.4 CC. El desconocimiento de la misma conduce a ulteriores equivocaciones, pues se deja de atribuir la nacionalidad española a los «nacidos de españoles», como manda de modo meridianamente claro el art. 17.1.a) CC. Pero hay más. La Instrucción se escuda en la exigencia de una resolución judicial extranjera para acreditar la filiación de los nacidos por gestación por sustitución. Y dicha exigencia es ilegal, porque no se deriva ni de la Ley del Registro Civil ni de su Reglamento ni de ninguna otra disposición legal. Por tanto, la Instrucción carece de validez por infracción del principio de jerarquía normativa (art. 2 CC). Tampoco hila fino la Instrucción al confundir repetidamente los conceptos y efectos del «reconocimiento» y del «*exequatur*». No puede dejar de subrayarse que la Instrucción DGRN desconoce los requisitos que debe cumplir una resolución judicial extranjera para ganar en España un «reconocimiento incidental», ya que imagina unos y olvida otros, como el elemental requisito del ajuste de la resolución extranjera al «orden público internacional» español. La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 se mueve con extrema dificultad a la hora de precisar el método para acreditar la competencia del tribunal extranjero que ha dictado la resolución judicial relativa a la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Hasta el extremo de que atribuye al TS, en esta cuestión, una doctrina que el Alto Tribunal no sigue desde hace más de diez años.

15. Se ha dicho también que la DGRN debería elaborar una (= otra) normativa para el desarrollo de esta Instrucción de 5 octubre 2010 (= la «Instrucción de la Instrucción», «Instrucción²» o «Instrucción versión 2.0»). Esta solución de «remisión al futuro» no resuelve nada. En efecto, dicha futura y eventual normativa estaría condicionada por los graves errores que contiene la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010. Es de temer, y mucho, que una posible futura normativa de desarrollo de la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 eleve la burocracia hasta la séptima potencia. Con ello se trataría de enmascarar las carencias de la citada Instrucción tras un muro de requisitos documentales ilegales. Ello impediría, *de facto*, que los nacidos en otros países como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución conserven, en España, la filiación que ya ha sido legalmente acreditada en un Estado extranjero.

Los colectivos afectados por los equívocos introducidos por la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, han puesto de relieve que la aplicación de dicha Instrucción no permite que la filiación de estos menores, legalmente acreditada en un Estado extranjero, conste, en los mismos términos, en el Registro Civil español (<http://sonnuestroshijos.blogspot.com/>). A fecha 13 enero 2011, y con arreglo a las noticias de acceso público sobre la cuestión, la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 no ha permitido a ningún menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución, que conserve en España su «filiación extranjera». Ni, presumiblemente, lo va a permitir.

16. La solución legal a los supuestos de determinación de la filiación de los menores nacidos en otros países a través de las técnicas de gestación por sustitución podía ser alcanzada mediante un uso inteligente y coherente de las normas de Derecho internacional privado ya vigentes en el sistema jurídico español. La resolución de la DGRN de 18 febrero 2009, plenamente incomprensible por algunos, ya solventó la cuestión con éxito en relación con un caso particular²³. Para ello, la DGRN empleó

²³ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *CDT*,

el «método del reconocimiento de decisiones» y puso en su sitio a la norma de conflicto. La DGRN, en la citada Resolución, trató como una auténtica «decisión» a la certificación registral extranjera de nacimiento y filiación de los menores y, recurrió, como no podía ser de otro modo, a las normas que en Derecho internacional privado español regulan esta cuestión, esto es, al art. 81 RRC. Una vez situada en tal precepto, la DGRN rechazó la existencia de fraude de Ley y de *Bad Forum Shopping*, y defendió que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera no vulneraba el orden público internacional español. La DGRN indicó, en efecto, que el principio-valor del interés superior del menor aconseja que los menores tengan la misma filiación en el país de su nacimiento y en España y que su identidad sea una sola identidad, de modo que tales menores no cambien de padres cada vez que cruzan las fronteras. Trató a los menores como españoles por ser «nacidos de españoles», lo que hizo que pudieran obtener documentación oficial española, DNI y pasaporte. La solución jurídica contenida en la citada resolución DGRN de 18 febrero 2009 pudo resolver estas complejas cuestiones gracias a la correcta utilización de las mejores técnicas y métodos de Derecho internacional privado. Dicha resolución, plenamente enmarcada en el escenario legal vigente, solventó estos problemas de manera más sencilla, más eficaz y más acorde con los derechos de los menores afectados, *comme il faut*. En consecuencia, y desde esta perspectiva, la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 era totalmente innecesaria.

Debe también subrayarse que otros países europeos han seguido la línea de solución marcada por la Resolución DGRN 18 febrero 2009, tan desafortunadamente abandonada por la Instrucción DGRN 5 octubre 2010. Así, como indica P. WAUTELET, la jurisprudencia belga (sentencia Cour d'appel Liège 6 septiembre 2010), ha subrayado varios extremos de interés²⁴: 1º Los certificados o actas registrales norteamericanas que acreditan la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución suscitan, en Bélgica, cuestiones de validez extraterritorial de decisiones y no de Derecho aplicable a la filiación. Por ello, no procede aplicar ni la norma de conflicto belga sobre filiación ni el Derecho sustantivo belga; 2º Los nacidos en California presentaban indicios racionales de haber sido generados de material genético de padre belga, luego eran belgas al ser nacidos de padre belga y ello bastaba para reconocer parcialmente el acta registral californiana de nacimiento, de modo que la filiación de los nacidos respecto del varón padre biológico de los nacidos en California fue aceptada en Bélgica en interés de los menores. Ese resultado, esto es, la filiación de los menores respecto de su padre biológico, se habría alcanzado también en Bélgica y ante autoridades públicas belgas. Esta solución (= operatividad parcial del orden público internacional belga frente los efectos en Bélgica del acta registral californiana) podría haber sido seguida también en España por la DGRN sin necesidad de recurrir a inventos artificiosos fundados en un *exequatur* innecesario, sin sentido y burocratizante. Sin embargo, para ello es preciso un dominio transparente, sólido y efectivo de los fundamentos del Derecho internacional privado.

17. La Instrucción DGRN 5 octubre 2010 no emplea instrumentos fiables de navegación jurídica en las procelosas aguas del Derecho internacional privado, escenario movedizo en el que la continuidad en el espacio de las situaciones legalmente creadas en otro país constituye un punto fundamental. Olvidarse del interés superior del menor, expresado en el derecho subjetivo del mismo a una identidad transfronteriza de su filiación, y derivado de los arts. 3 y 8 CDN 1989, no es, precisamente, un reflejo del dominio de las estructuras esenciales del Derecho internacional privado. El «estrechamiento funcional» del razonamiento jurídico de Derecho internacional privado que padece esta Instrucción DGRN de 5 octubre 2010, es la raíz de todos sus errores, confusiones y desaciertos.

18. En conclusión, la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 constituye un ejemplo de burocratización artificial del Derecho internacional privado, una *glissade* administrativa que falsea el correcto

2009-II, pp. 294-319; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Filiación», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª edición, Comares, Granada, 2010, pp. 193-212, esp. pp. 208-212. Crítico con la resolución citada, pero también carente de argumentos de Derecho internacional privado: J.R. 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*, 3 noviembre 2010, pp. 13-15.

²⁴ P. WAUTELET, «Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy», en www.conflictoflaws.net, *post* de 2 noviembre 2010.

funcionamiento del Derecho internacional privado español. Este fenómeno se produce al carecer dicha Instrucción de las bases metodológicas jurídico-internacionales precisas para proporcionar una solución jurídica de calidad a un fenómeno poliédrico complejo como es el relativo a la filiación de los menores nacidos en otros países a través de las técnicas de gestación por sustitución. El futuro nadie lo conoce. Queda sólo esperar que la diosa fortuna salga al encuentro de los menores afectados (= *melius*, damnificados) por esta Instrucción DGRN 5 octubre 2010 y les proporcione, en ese futuro incierto, un mejor tratamiento legal acorde con el principio del «interés superior del menor», tal y como recogen las normas españolas vigentes de Derecho internacional privado y tristemente olvidado por la Instrucción.