

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

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia

Recibido: 04.07.2009 / Aceptado: 20.07.2009

Resumen: La Resolución de la DGRN de 18 febrero 2009 se enfrenta con la cuestión del acceso al Registro Civil español de una certificación registral californiana en la que consta la filiación de dos menores nacidos en California a través de procedimientos de filiación por sustitución. La DGRN examina todo el arsenal metodológico del DIPr. y realiza una cuidada delimitación entre las normas de DIPr. que siguen el método conflictual y las normas de DIPr. que siguen el método del reconocimiento. La DGRN concede el carácter de “decisión” a la certificación californiana de nacimiento y filiación de los menores y, en consecuencia, resuelve la cuestión mediante la aplicación de las normas que en DIPr. español regulan esta cuestión (art. 81 RRC). Una vez en dicha plataforma legal, la DGRN rechaza la existencia de fraude de Ley y de *Bad Forum Shopping*, y argumenta que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana no vulnera el orden público internacional español. La DGRN indica que el principio-valor del interés superior del menor aconseja que los menores tengan la misma filiación en California y en España y que su identidad sea una sola, de modo que tales menores no cambien de padres cada vez que cruzan las fronteras.

Palabras clave: gestación por sustitución, maternidad subrogada, conflicto de Leyes, reconocimiento de decisiones, certificaciones registrales extranjeras, *Lex Fori*, filiación, Derecho internacional privado, *Forum Shopping*, fraude de Ley.

Abstract: The “Resolución” of the Dirección General de los Registros y del Notariado of February 18, 2009 faces the question of the access to the Civil Spanish Civil Registry of a birth certificate issued by the Californian authorities admitting two minors born in California as sons of two Spanish males. The woman who gave birth was a surrogate mother. The Spanish DGRN examines the whole methodological resources of Private International Law and places the problem in the field of extraterritorial effects of foreign decisions and not in the field of the Conflict-Of-Laws. Therefore, those effects have to be decided in accordance with Article 81 of the Spanish “Reglamento del Registro Civil”. In addition to that, the Dirección General de los Registros y del Notariado refuses any evasion of the Law and any *Bad Forum Shopping* in the case. Eventually, the Californian birth certificate is registered in the Spanish civil Registry because it is the best way to improve the welfare of the particular children and there is no damage to the Spanish *ordre public* (public policy of the Forum). Hence these minors will have the same filiation in California and in Spain and also their identity will be the same in these two countries.

Key words: surrogacy, surrogate mothers, Conflict-Of-Laws, Recognition and Enforcement of foreign Decisions, Foreign Birth Certificates, *Lex Fori*, Filiation, Private international Law, *Forum Shopping*, Evasion of the Law.

Sumario: I. Introducción. II. El art. 15 LRC, la inscripción del nacimiento en el Registro civil español y la cuestión del “doble espejo”. III. La gran cuestión: “normas de conflicto de Leyes” *versus* “normas de reconocimiento de decisiones”. 1. Perspectiva metodológica. 2. Hay que poner en su sitio a la norma de conflicto. IV. El art. 81 RRC. Círculo hermenéutico y posibilidades. V. Los requisitos concretos exigidos a la certificación registral californiana para su acceso al Registro Civil español. 1. Aspectos generales. 2. Ajuste de la solución californiana con el orden público internacional español. 3. La cuestión del fraude de Ley y del *Forum Shopping*. VI. Conclusión.

I. Introducción.

1. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de fecha 18 febrero 2009 aborda un tema complejo y un supuesto muy particular: el acceso al Registro Civil español de una certificación registral californiana en la que consta la filiación de dos menores nacidos en California a través de procedimientos de filiación por sustitución¹. El caso fue el siguiente: dos españoles, varones y casados entre sí en España, viajaron a California. En dicho *State*, los varones españoles contrataron, a través de los procedimientos establecidos en la legislación de California, a una mujer “portadora”, que tras la correspondiente inseminación artificial, gestó a dos gemelos a partir del material genético masculino de los cónyuges españoles. La mujer portadora dio a luz a dos niños. Antes del nacimiento de los mismos, las autoridades judiciales californianas habían declarado que los nacidos debían ser considerados como “hijos” de los varones españoles (= hijos “por naturaleza”, no hijos “adoptados”). Así se hizo constar, igualmente, en el Registro Civil californiano y así constaba en la certificación registral californiana presentada para su inscripción ante el Registro Civil español. Los cónyuges españoles instaron la inscripción del nacimiento de los menores en el Registro Civil Consular español en Los Ángeles. Dicho Consulado rechazó la inscripción al estimar que la gestación por sustitución está prohibida en Derecho español, ya que el art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto². Por tanto, con arreglo a dicha Ley, la mujer que da a luz debe ser considerada como “madre legal” de los nacidos. Y los cónyuges españoles no deben ser considerados “padres” de tales nacidos. Los interesados recurrieron la denegación de la inscripción ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). La DGRN dio la razón a los mismos y ordenó la inscripción registral del nacimiento de los menores con idéntica filiación a la que constaba en los Registros civiles californianos: los nacidos en California son hijos naturales de los cónyuges varones españoles.

2. Esta RDGRN 18 febrero 2009 constituye una decisión pionera en relación con este delicado y complejo tema. Para ello, la RDGRN 18 febrero 2009 utiliza con maestría las mejores técnicas del Derecho internacional privado (DIPr.) y se muestra, sin duda alguna, vanguardista y audaz en la solución del caso. La RDGRN 18 febrero 2009 pone de relieve que los oscuros tiempos del aislacionismo jurídico español han quedado plenamente superados. En efecto, la DGRN ofrece, en esta resolución, una solución legal de tecnología punta, que muestra la alta calidad de la ciencia jurídica internacional-privatista que hoy día se practica en España. Una solución que sintoniza con las tendencias que, en esta materia, comienza a mostrar el Derecho comparado. Desde ese punto de vista, puede también subrayarse que, a la hora de resolver problemas jurídicos de Derecho internacional privado, España ya no es la cenicienta

¹ El texto de la RDGRN 18 febrero 2009 puede encontrarse en www.accursio.com. Los aspectos jurídicos internacionales de los contratos de filiación por sustitución (*surrogacy* - *gestation pour autrui*) comienzan ser explorados con detalle por la doctrina. *Vid.*, *inter alia*, las muy interesantes observaciones de G. CUNIBERTI en www.conflictolaws.net, así como G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. C de 25 octobre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153; S. BYCHKOV GREEN, “Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law”, en http://works.bepress.com/sonia_green/1; CH. BYK, “La déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l’homme: la bioéthique, une utopie civilisatrice à l’ère de la mondialisation?”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 863-882. En España, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10^a ed., Granada, Comares, 2009, pp. 196-215, esp. pp. 212-215; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil*, 2009, pp. 11-13, en relación con esta RDGRN 18 febrero 2009.

² BOE núm. 126 de 27 mayo 2006.

de Europa. Y que el Derecho internacional privado ya no constituye un “*Arte Povera*”, sino el *Battlefield* en el que las distintas propuestas de método debaten entre sí en un diálogo cualificado dirigido a mejorar la vida internacional de los particulares. Para comprender correctamente la riqueza de matices de esta RDGRN 18 febrero 2009 es preciso, igualmente, acabar con prejuicios propios del pensamiento vertical y abrir las ventanas al típico *modus operandi* de la DGRN. Porque para la DGRN, el DIPr. es una “creación coral”, una “*opera aperta*” que crece y adquiere nuevas dimensiones cada vez que un lector aporta su propia perspectiva personal.

II. El art. 15 LRC, la inscripción del nacimiento en el Registro civil español y la cuestión del “doble espejo”.

3. Antes de sumergir al lector en las procelosas aguas de los argumentos jurídicos de fondo empleados por la DGRN para fundamentar el acceso de la certificación registral californiana al Registro Civil español, debe despejarse una cuestión preliminar. En efecto, resulta preciso, con carácter previo, determinar si los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española y si, precisamente por ello, el nacimiento y la filiación de los mismos debe ser inscrita en el Registro Civil español. Entra en escena el muy conocido art. 15 LRC. Pues bien, para que dicho acceso sea posible, el precepto citado exige que el nacimiento haya tenido lugar en España o que el nacido ostente la nacionalidad española³. El primer supuesto no concurre: los menores nacieron en California. La duda surge en relación con el segundo párrafo del art. 15 LRC: ¿son españoles estos menores nacidos en California? A tal efecto, un segundo invitado se une a la fiesta jurídica: el art. 17.1.a) CC⁴. Este precepto indica que son españoles de origen “*los nacidos de padre o madre españoles*”. A partir de aquí, la DGRN acoge y recibe en la RDGRN 18 febrero 2009 su propia y tradicional interpretación del precepto (= con cita expresa de diversas resoluciones de la misma DGRN: se nombran, en efecto, 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 Circular DGRN 6 junio 1981)⁵. Dicha interpretación, avanzada por el gran internacionalista español J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, subraya que la referencia que el art. 17.1.a) CC realiza en favor de los “*nacidos*” de padre o madre españoles, palabra introducida en el precepto por la Ley 18/1990 de 17 diciembre 1990 sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad, persigue un concreto objetivo, decisivo en el

³ Art. 15 de la Ley del Registro civil (LRC) de 8 junio 1957 (BOE núm.151 de 10 junio 1957): “*En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros.*

En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español”.

⁴ Art. 17.1 CC: “*Son españoles de origen:*

a) Los nacidos de padre o madre españoles.

b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.

c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.

d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español”.

La redacción de este precepto es la vigente a 13 junio 2009, y es resultado de las modificaciones llevadas a cabo al texto originario del Código Civil de 1889, por las siguientes Leyes: Ley de 15 julio 1954 (BOE de 16 julio 1954), Ley 14/1975 de 2 mayo 1975 (BOE núm.107 de 5 mayo 1975), Ley 51/1982 de 13 julio 1982 (BOE núm.181 de 30 julio 1982), Ley 18/1990, de 17 diciembre 1990 (BOE núm. 302 de 18 diciembre 1990), Ley 29/1995 de 2 noviembre, por la que se modifica el Código Civil en materia de recuperación de la nacionalidad (BOE núm. 264 de 4 noviembre 1995), Ley 36/2002 de 8 octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE núm. 242 de 9 octubre 2002). Aunque no afecta directamente al texto del art. 17.1.a) CC, téngase presente la Disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (BOE núm. 310 de 27 diciembre 2007).

⁵ Cuyo análisis puede seguirse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho de la Nacionalidad”, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / A. DURÁN AYAGO / B.L. CARRILLO CARRILLO, *Curso de Nacionalidad y Extranjería*, 2ª ed., Colex, Colección “El Derecho de la Globalización”, Madrid, 2008, pp. 52-53.

⁶ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Art. 17 CC”, en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, (Dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1986, pp. 17-53.

presente caso⁶. En efecto, el precepto pudo haber hecho mención a los “*hijos*” de padre o madre españoles, pero prefirió emplear el término “*nacidos*” para evitar el problema del llamado “*circulus inextricabilis*”, “doble espejo” o “problema circular”, típico de estos supuestos. Este problema surge cuando la determinación de la “nacionalidad” se vincula a la cuestión de la “filiación” y, al mismo tiempo, la cuestión de la “filiación” se vincula a la determinación de la nacionalidad del nacido. Así es, porque para concretar la “filiación” que corresponde al sujeto es necesario conocer cuál es su nacionalidad (= así lo exige el art. 9.4 CC: la filiación se rige por la Ley nacional del sujeto). Pero es que para determinar la nacionalidad del sujeto, es preciso conocer antes su filiación y saber quiénes son sus padres (= así lo exige el art. 17.1.a) CC, pues son españoles aquellos sujetos cuyo padre o cuya madre son españoles). El *circulus inextricabilis* se rompe con la expresión “*nacidos*” de padre o madre españoles, que hoy emplea el vigente texto del art. 17.1.a) CC. Mediante dicha expresión puede afirmarse que no es exigible que haya quedado determinada legalmente la filiación del sujeto respecto de un padre o de una madre de nacionalidad española. Por lo tanto, será suficiente con que se acredite el “hecho físico de la generación” del nacido. En otros términos, debe considerarse que un sujeto es “*nacido*” de padre o madres españoles si resulta posible recabar “*indicios racionales de la generación física del nacido por un progenitor español*” (vid. RDGRN 28 octubre 1986). En consecuencia, no es preciso que se haya llevado a cabo un proceso judicial en el que haya quedado determinada legalmente la filiación de los “*nacidos*” con arreglo a la Ley que regula la filiación ex art. 9.4 CC (= Ley nacional del nacido). Tampoco es preciso que conste la filiación de los nacidos en el Registro Civil español y que se produzcan los efectos legales que el art. 2 LRC anuda a dicha inscripción⁷. Aceptada esta doctrina, la RDGRN 18 febrero 2009 acepta que concurren datos que demuestran el hecho físico de la generación de estos nacidos, por parte de progenitores de nacionalidad española. Debe también indicarse que los nacidos habían sido generados a partir del material genético de los varones españoles y que así se hizo constar en una decisión judicial de un tribunal californiano pronunciada antes del nacimiento de los menores. Ese dato es ya un indicio muy poderoso del “hecho físico de la generación” por parte progenitores españoles y así lo había estimado anteriormente la misma DGRN en su muy importante Consulta de 20 diciembre 2006 [español nacido en India]⁸. En definitiva, el resultado es claro: los nacidos ostentan nacionalidad española, de modo que el art. 15 LRC es aplicable. Por tanto, el nacimiento de dichos sujetos puede y debe acceder al Registro Civil español.

III. La gran cuestión: “normas de conflicto de Leyes” versus “normas de reconocimiento de decisiones”.

1. Perspectiva metodológica.

4. El argumento jurídico empleado por el Consulado español en Los Ángeles para proceder a la denegación de la inscripción del acta registral californiana en España, estaba construido sobre un único fundamento jurídico: la filiación que constaba en la certificación registral californiana no se ajustaba a la Ley sustantiva española. En Derecho español, como se ha subrayado antes, el art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, indica que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. La madre legal de los nacidos es, por tanto, la mujer que da a luz a los mismos. Esta regulación constituye el efecto jurídico de la nulidad de pleno Derecho de los contratos de “maternidad subrogada” en nuestra legislación. Pues bien, la DGRN, de modo contundente, *negat maiorem*. 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, realmente, de una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones” (ex-

⁷ Art. 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”.

⁸ Cuyas referencias y análisis pueden seguirse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Ed. Comares, 2009, pp. 212-215.

tranjeras) 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 conflicto españolas y tampoco deben aplicar la Ley sustantiva designada por tales normas de conflicto (= la Ley 14/2006 de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana 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 al Registro Civil español (= normas que forman parte integrante del sector “validez extraterritorial de decisiones” en DIPr. español y que no son normas de conflicto, y en concreto se trata del art. 81 RRC⁹). En consecuencia, no se trata de decidir qué Ley rige la filiación de los nacidos en California. Tampoco se trata de decidir quién gana una hipotética “batalla entre normas de conflicto” que se desarrolla entre la norma de conflicto californiana (= que defiende la aplicación, a las cuestiones de filiación, de la *Lex Fori*) y la norma de conflicto española (= que indica que la filiación debe regirse por la Ley nacional de los menores: art. 9.4 CC). Toda la RDGRN 18 febrero 2009 gira en torno a esta fundamental perspectiva metodológica¹⁰.

5. La perspectiva metodológica utilizada por la DGRN (= que ubica la cuestión controvertida en este supuesto dentro del ámbito de la “validez extraterritorial de decisiones”) sigue un enfoque técnico jurídico propio del pensamiento lateral. La DGRN libera la mente del operador jurídico internacional-privatista del hechizo de la norma de conflicto. La DGRN elimina el “efecto polarizador” de la norma de conflicto y explora nuevos caminos metodológicos en busca de la respuesta jurídica que aparece mejor argumentada (= la solución que proporciona soluciones más razonables en el caso concreto porque emplea en mayor medida la clásica *prudentia juris*). La “modernidad líquida” propia de la primera década del siglo XXI exige un *Approach* creativo lateral más que un exclusivo ejercicio de pensamiento vertical puramente deductivo y cerrado expresado a través de una cadena de silogismos. En efecto, la perspectiva del “reconocimiento de decisiones” potencia y facilita la vida internacional de los particulares. Cuanto más elevada es la movilidad internacional de los particulares, mayor es la necesidad de recono-

⁹ 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”.

¹⁰ Vid. RDGRN 18 febrero 2009, FD II: “La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 del Reglamento del Registro Civil) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido. En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el Encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de ésta misma. Para ello, el Encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio (art. 12.6 del Código Civil). Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de “Derecho aplicable” a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas. Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye es 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. La aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la aplicación de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, excluye, en este caso, la aplicación del art. 9.4 del Código Civil. La aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil excluye también la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida (...)”.

¹¹ Vid. en relación con el Convenio relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio, hecho en La Haya el 14 marzo 1978, la nota de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (“Nota sobre The Hague Marriage Convention”), en www.hchc.net: “the question of the recognition of the validity of marriages is critical in an age of exponential growth of mobility”.

cimiento, en otros Estados, de las situaciones legales (= filiación en este caso) creadas en un Estado¹¹. En el siglo XXI, el número de situaciones legales internacionales “decididas” o “cristalizadas” por autoridades públicas es muy elevado (= matrimonios, nombres, sociedades, filiaciones, divorcios, tutelas, etc.). El reconocimiento es un mecanismo que dinamiza de un modo extraordinario la vida internacional de los particulares (= evita al repetición de procesos y litigios en otros países).

2. Hay que poner en su sitio a la norma de conflicto.

6. Para la DGRN, ha llegado el momento, y es éste, de proclamar sin ambages que hay que poner en su sitio a la norma de conflicto. La norma de conflicto debe aplicarse, exclusivamente cuando es necesario determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales que se plantean, por vez primera, ante las autoridades españolas. La norma de conflicto no debe aplicarse cuando ya existe una “decisión” pronunciada por autoridad registral extranjera¹². No es ése el lugar ni el momento correcto en el que debe operar. En efecto, el art. 9.4 CC es aplicable, exclusivamente, cuando se insta a través de declaración del sujeto (art. 168 RRC), la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un español en el extranjero. Sólo en dicho supuesto, el Encargado del Registro debe determinar la filiación del nacido mediante la Ley material a la que remite el art. 9.4 CC. Porque debe subrayarse y nunca se hará con el suficiente énfasis, que, a la hora de regular las cuestiones de “Derecho aplicable”, las normas de conflicto no son “prescindibles”, sino que son aplicables de oficio (= son “normas imperativas”), como indica el art. 12.6 CC y como recuerda la misma RDGRN 18 febrero 2009¹³. En consecuencia, si se trata de un nacido que ostenta la nacionalidad española, el Encargado del Registro Civil español aplicará, ex art. 9.4 CC, la Ley sustantiva española y en consecuencia, también, en su caso, la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Con otras palabras, el “método de los conflictos de Leyes” se aplica cuando es necesario encontrar y hallar la Ley aplicable a una situación privada internacional. En los casos internacionales, la autoridad estatal debe decidir qué conjunto de reglas jurídicas, qué Derecho estatal (= reglas jurídicas abstractas e hipotéticas), debe regir el caso. Para ello se emplea la norma de conflicto. Dicha norma determina, en efecto, qué Ley estatal es aplicable al caso. Dicha Ley estatal (= un concreto conjunto de normas jurídicas abstractas e hipotéticas) constituye la base del razonamiento judicial” (= “*la base du raisonnement du juge*”)¹⁴.

7. El “método del reconocimiento”, por el contrario, encuentra aplicación en presencia de una “decisión extranjera” en la que la autoridad pública ya ha encontrado y aplicado una concreta Ley estatal al fondo del asunto (G. CUNIBERTI)¹⁵. Este método del reconocimiento exime de la búsqueda de la Ley aplicable a la situación privada internacional. En la arquitectura jurídica de las normas sobre reconocimiento de decisiones, el clásico *travail de localisation* que lleva a cabo la norma de conflicto (= la localización espacial de las situaciones jurídicas internacionales), es innecesario y por ello, se debe prescindir del mismo). En efecto, el método del reconocimiento tiene presentes las normas jurídicas concretas ya aplicadas por una autoridad judicial o administrativa extranjera. Por lo tanto, la autoridad del Estado ante el que se hace valer la decisión dictada en otro Estado sólo debe decidir si otorga o no otorga efectos jurídicos a la decisión ex-

¹² Vid. RDGRN 18 febrero 2009, FD II *in fine*: “Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación”.

¹³ Vid. RDGRN 18 febrero 2009, FD II *in primis*, citado en nota [10].

¹⁴ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44.

¹⁵ G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^{er} ch. sect. C de 25 octobre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. p. 148.

¹⁶ Explican D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44, que esta distinción clave entre el “método de la norma de conflicto y el “método del reconocimiento” arranca de las valiosas aportaciones de R. AGO, “Règles générales des conflits de lois”, *RCADI*, 1936, vol. 58, pp. 245-469, esp. p. 243 y de H. MOTULSKI, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Lib. Recueil Sirey, 1948, *passim*; vid. también, H. MOTULSKY, “Les actes de jurisdiction gracieuse en droit international privé”, *TCFDIP*, 1948-1952, pp. 16-31. Estas primeras aproximaciones fueron brillantemente reformuladas e in-

tranjera¹⁶. En el método del reconocimiento, la base del razonamiento judicial no es la norma de conflicto, sino las normas que regulan la cuestión de saber si las decisiones extranjeras deben surtir efectos jurídicos en un concreto Estado. Empeñarse en la aplicación de la norma de conflicto de frente a decisiones extranjeras sólo aumenta la carencia regulativa de la norma de conflicto cuando la situación jurídica ha sido ya resuelta por una autoridad extranjera. No resulta ocioso recordar las palabras de OVIDIO en sus *Tristia*, cuando señalaba que *causa patrocino non bona peior erit*: la mala causa empeora cuando se quiere defender.

8. En cierta medida, el método del reconocimiento supone un cierto triunfo del “unilateralismo introverso” (P. LAGARDE¹⁷). En efecto, la filiación de los nacidos en California se ha precisado con arreglo a las normas de conflicto extranjeras (= californianas), que son las que han determinado qué Ley sustantiva debía regir la filiación de los nacidos en California, y no con arreglo a las normas de conflicto españolas. El Derecho californiano, incluidas sus normas de conflicto, es el que decide cuál es la concreta filiación de los menores (= dicha filiación depende de la “*position de l’ordre juridique source*”, que es el Derecho californiano)¹⁸.

9. La idea matriz del método del reconocimiento (= conflicto de sistemas resuelto a favor de las normas de conflicto del Estado de origen) es antigua. No es de extrañar que la misma idea y ha sido formulada y reformulada en numerosas ocasiones durante la larga historia del DIPr. bajo teorías de diverso calado: 1º) La tesis de los “*derechos adquiridos*”, cuyo impacto en la Historia del DIPr. fue decisivo du-

mejorablemente presentadas por P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, *passim*, cuyas tesis ha seguido la doctrina posterior, como es el caso de H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l’ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2005; P. CALLÉ, *L’acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004; ID., “L’acte authentique établi à l’étranger. Validité et exécution en France”, *RCDIP*, 2005, pp. 377-412; S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004, entre otros muchos.

¹⁷ P. LAGARDE, “Conflits de lois (Principes généraux)”, *Répertoire Dalloz Droit International*, enero 2006, pp. 1-30, esp. p. 28; ID., “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243.

¹⁸ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44.

¹⁹ Sobre esta tesis, un auténtico *ave fenix* que nunca termina de extinguirse, *vid.* P. ARMINJON, “La notion de droits acquis”, *RCADI*, 1933, vol.44, pp. 1-110, radical partidario de la misma, como también E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, vol.I, Paris, 1930, esp. p. 195, F. LASALLE, *Das System der erworbenen Rechte*, Teil 1 (*Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze*), 2ª ed., Leipzig, 1880, y A. PILLET, “La théorie générale des droits acquis”, *RCADI*, 1925-III, vol.8, p. 485-538. Contrario a la tesis, de modo diáfano, J. MAURY, “Règles générales des conflits de lois”, *RCADI*, 1936, vol.57, pp. 329-563, esp. p. 379, así como A.A. EHRENZWEIG, “A Counter-Revolution in Conflicts Law? From Beale to Cavers”, *Harvard Law Review*, vol.80, 1966, pp. 377-401; A.A. EHRENZWEIG, “The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws”, *Michigan Law Review*, 58, 1959/60, pp. 637-688; ID., “A Proper Law in a Proper Forum: A ‘Restatement’ of the ‘Lex Fori Approach’”, *Oklahoma Law Review*, 18, 1965, pp. 340-352; ID., “Specific Principles of Private International Law”, *RCADI*, 1968, vol.124, pp. 167-370; ID., “Wirklichkeiten einer ‘lex-foi Theorie’. Zwischen Begriffshimmel der Überrechte und der ‘Begriffshölle’ des Eigenrechts”, en *Multitudo Legum. Ius Unum, Festschrift Wilhelm Wengler*, vol.II, Berlin, 1973, pp. 251-268. En general, sobre los derechos adquiridos, sus inconvenientes y sus ventajas, *vid.* J.K. BEACH, “Uniform Interstate Enforcement of Vested Rights”, *Yale Law Journal*, 27, 1917/18, pp. 656-667; R.D. CARSWELL, “The Doctrine of Vested Rights in Private International Law”, *ICLQ*, 8, 1959, pp. 268-288; A. FERRER CORREIA, “La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales”, *Multitudo legum, Ius unum, Festschrift Wilhelm Wengler*, vol.II, Berlin, 1973, pp. 285-320; A. MIAJA DE LA MUELA, “Los derechos adquiridos en la doctrina española y en el sistema de DIPr. español”, *ADI*, vol.I, 1974, pp. 3-28; H. MÜLLER, *Der Grundsatz der wohlverworbenen Rechte im internationalen Privatrecht, Geschichte und Kritik*, Hamburg, 1935; W.R. WICHSER, *Der Begriff des wohlverworbenen Rechts im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1955; H. MUIR-WATT, “Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis”, *RCDIP*, 1986, pp. 425-449; G. PARRA ARANGUREN, “General Course of Private International Law, Selected Problems”, *RCADI*, 1988, vol.210, pp. 9-224.

²⁰ Imprescindible es la lectura de la clásica contribución de PH. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, esp. pp. 55-59 y 189-203 y del enfoque jurisprudencial de la Sent. Cour d’Appel Paris 19 marzo 1965, *Banque ottomane. Vid.*, igualmente, PH. FRANCESKAKIS, “Droit international privé”, *E.Dalloz DI*, vol.I, 1968, pp. 671-674; ID., “Droit international privé comparé”, *E.Dalloz DI*, vol.I, 1968, pp. 674-688; ID., “Conflits de lois (Principes généraux)”, *E.Dalloz DI*, vol.I, Paris, 1968, pp. 370-497; ID., “Nota sent. Rabat 24 octubre 1950”, *RCDIP*, 1952, p. 89; ID. “Nota sent. Paris 7 julio 1954”, *RCDIP*, 1954, pp. 582 ss.

²¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 290-291. La SAP Badajoz 11 julio 1995 ilustra con acierto la figura del *doble reenvío* en DIPr. inglés, que se ha visto aplicada, entre otros en los casos *Collier vs. Rivaz* (1841), *In re Annesley* (1926), *In re Ross* (1930), *In re Askew* (1930), *In re O’Keefe* (1944), *In re Duke of Wellington* (1947), *In re C.W.Addams* (31 julio 1985), fallado por la *High Court Of Justice (Chancery Division)*.

rante muchos siglos¹⁹; 2º) La tesis de las situaciones jurídicas creadas y agotadas en el extranjero²⁰; 3º) La tesis del “*doble reenvío*”²¹; 4º) La tesis del “ordenamiento competente” o “método de coordinación de ordenamientos”, defendida, con ropajes distintos, por diversos autores, entre los que destaca, sin duda, P. PICONE²².

10. La aplicación del método del reconocimiento resulta transparente e indiscutidamente clara en presencia de decisiones judiciales extranjeras. Estas decisiones siguen el régimen del método del reconocimiento y no el método conflictual. Son decisiones que producen efectos procesales de “cosa juzgada material” y en las que la autoridad judicial “decide” sobre los derechos y obligaciones de los particulares y “declara”, de modo definitivo, el estado jurídico de la cuestión debatida. Ahora bien, las cosas se complican cuando debe decidirse qué método emplear en relación con resoluciones dictadas por autoridades estatales no judiciales, como las autoridades administrativas, que suelen dictar “pronunciamientos” en los que no resuelven conflictos legales entre los particulares. Se trata de decisiones que se limitan a constatar la existencia y validez de situaciones jurídicas (= “*intervention non décisionnelle*” / “*situations cristallisées à l’occasion de l’action d’un organe non juridictionnel*”)²³. Surge entonces la muy delicada y controvertida cuestión de saber si estas resoluciones, como es el caso de la debatida certificación registral californiana, deben ser consideradas como una “decisión”²⁴. Pues bien, la respuesta debe ser afirmativa: dicha certificación registral es una “decisión” extranjera.

11. La clave de esta respuesta afirmativa reside en el carácter y grado de la intervención de la autoridad californiana en la formación de la solución jurídica contenida en la certificación registral. Como indica G. CUNIBERTI, la intervención de las autoridades californianas no se limita a constatar las manifestaciones de voluntad de unos sujetos particulares, sino que se trata de una intervención de fondo que lleva a cabo un control del ajuste del acto al ordenamiento jurídico (= intervención “volitiva” o “constitutiva” y no meramente receptiva o fedataria, de la autoridad extranjera). Por ello, la certificación registral californiana presenta una clara “intensidad decisional” (= “*intensité décisionnelle de leur contenu*”). Constituye una declaración oficial, por parte de una autoridad pública de un Estado, sobre la existencia, la legalidad y la validez legal de una situación jurídica determinada (= la filiación de los menores nacidos en California). Dicho pronunciamiento surte una serie de efectos jurídicos en los que particulares, en principio, confían²⁵. Pronunciamiento que es el origen de ciertas expectativas jurídicas de los particulares. Esta consideración de la certificación registral californiana como una “decisión” se alinea con la tendencia observada en ciertos instrumentos legales, en la jurisprudencia y en la postura seguida por buena parte de la doctrina en favor de un concepto amplio de “decisión”²⁶. Tres ejemplos bastarán.

En primer lugar, el art. 9.1 del Convenio relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio, hecho en La Haya el 14 marzo 1978 (no en vigor para España a fecha 13 julio 2005), indica que el matrimonio celebrado válidamente con arreglo al Derecho del Estado de su celebración (*Lex Loci Celebrationis*),

²² Vid. C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 57-58, P. PICONE, “Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti”, en P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 485-528; P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel Diritto internazionale privato*, Ed. Jovene Napoli, 1971; ID., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padua, 1986; P. PICONE, “La méthode de la référence à l’ordre juridique compétent en droit international privé”, *RCADI*, 1986, vol.197, pp. 229-420, esp. pp. 13-15.

²³ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, p. 584.

²⁴ Vid. sobre este debate, *inter alia*, P. CALLÉ, *L’acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004; ID., “L’acte authentique établi à l’étranger. Validité et exécution en France”, *RCDIP*, 2005, pp. 377-412; CH. PAMBOUKIS, *L’acte public étranger en droit international privé*, Paris, 1993; ID., “L’acte quasi public en droit international privé”, *RCDIP*, 1993, pp. 565-590; CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *RCDIP*, 2008, pp. 513-560; H. MUIR-WATT, “La recontre dans l’espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)”, *Rev. générale proc.*, 1998, pp. 291-311.

²⁵ G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^o ch. sect. C de 25 octobre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. p. 148; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44 y 584.

²⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 377-380.

incluidas sus normas de conflicto, se considerará también válido en todos los demás Estados contratantes, sin que éstos puedan aplicar sus propias normas de conflicto para verificar la validez de dichos matrimonios²⁷. El acta registral de matrimonio es considerada una “decisión” y como tal es tratada por este Convenio de La Haya de 14 marzo 1978 relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio²⁸.

En segundo lugar, el TJCE ha calificado como “decisión” un acta registral en la que consta el nombre de un menor y, en consecuencia, la ha tratado como tal (= mediante las normas que siguen el “mé-

²⁷ Texto del Convenio en *Hague Conference of Private International Law, Collection of Conventions (1951-2005)*, La Haya, 2005, pp. 240-250. En torno al mismo, *vid.* P. LALIVE, “La convention de La Haye du 14 mars sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages”, *ASDI*, 1978, vol. XXXIV, pp. 31-46; P. NYGH, “The Hague Marriage Convention – A Sleeping Beauty?”, *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, The Hague, 1996, pp. 253-267; C. ROEHRICH, “La convention de La Haye du 1^{er} octobre 1977 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. Droit international privé”, *TDFDIP*, 1977-1979, pp. 3-27; H. VAN LOON, “What New Conventions There May Be: A Perspective From The Hague”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 855-868; L. D. WARDLE, “International Marriage Recognition: A World Dilemma”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 75-88; K. BOELE-WOELKI, “IPR-Gesetzgebung in den Niederlanden - Das Namenkollisions- und das Ehekollisionsgesetz”, *IPRax*, 1990, pp. 337-347; D. COESTER-WALTJEN, “Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht”, *IPRax*, 2006, vol. 26, pp. 392 ss.; G.A.L. DROZ, “Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé”, *RCADI*, 1991, vol. 229, pp. 9-424, esp. pp. 154-159; B. DUTOIT, “La Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé sous le signe du droit de la famille”, *RDIPP*, 1978, pp. 449-479; H.P. GLENN, “Conflict of laws. The 1976 Hague Conventions on Marriage and Matrimonial Property Regimes”, *Canadian Bar Review*, vol. LV, 1977, p. 586 ss.; M. NEAVE, “The New Rules on Recognition of Foreign Marriages - Insomnia for Lawyers”, *Australian Journal of Family Law*, 1990, vol. 4, p. 190 ss.; P.M. NORTH, “Development of Rules of Private International Law in the Field of Family Law”, *RCADI*, vol. 166, 1980, pp. 9-118, esp. pp. 92-98; P.M. NORTH, “Reform, but no Revolution. General Course on Private International Law”, *RCADI*, 1990, vol. 220, pp. 9-288, esp. pp. 74-79; W.L.M. REESE, “The Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 20, 1979, p. 25 ss.; K. SIEHR, “Family Unions in Private International Law”, *Netherlands International Law Review*, 2003, p. 419 ss.; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya”, *REDI*, 1993, vol. XLV, pp. 7-37; A. BAINHAM, “Family Law in a Pluralistic Society: A View From England and Wales”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 295-307; A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol. 283, pp. 19-186; J.A. CARRILLO SALCEDO, “La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol”, *RCDIP*, 1983, vol. LXXII, pp. 1-35; A.J.E. JAFFEY, “The Essential Validity of Marriages in the English Conflict of Laws”, *Modern Law Review*, 1978, pp. 3-56.

²⁸ Art. 9 Convención 14 marzo 1978 sobre celebración y reconocimiento de la validez de los matrimonios (versión oficial en lengua inglesa, en *Hague Conference of Private International Law, Collection of Conventions 1951-2005*, La Haya, 2005, pp. 240-250): “A marriage validly entered into under the law of the State of celebration or which subsequently becomes valid under that law shall be considered as such in all Contracting States, subject to the provisions of this Chapter. A marriage celebrated by a diplomatic agent or consular official in accordance with his law shall similarly be considered valid in all Contracting States, provided that the celebration is not prohibited by the State of celebration”. Art. 10: “Where a marriage certificate has been issued by a competent authority, the marriage shall be presumed to be valid until the contrary is established”.

²⁹ *Vid.* al respecto, M^o.D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *CDT*, Vol 1, Núm. 1, 2009, pp. 143-151; M. GARDEÑES SANTIAGO, “Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona”, *Gaceta Jurídica UE y de la Competencia*, núm. 230, 2004, pp. 19-26; A. GATTINI, “Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza”, *RDI*, 1996, pp. 93-109; S. HEUER, *Neue Entwicklungen im Namensrecht: eine Untersuchung der aktuellen Entwicklungen im Namenskollisions- und Namenssachrecht*, Hamburg, Kovač, 2006; U. KIRCHHOFF, *Das Rechtsfolgenstatut der beschränkten Geschäftsfähigkeit und der Geschäftsunfähigkeit: Ein Beitrag zur Auslegung der Artt. 7 und 24 EGBGB*, Frankfurt am Main, 2005; R. KLÜBER, *Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung: die juristisch-ökonomischen Grundlagen des Schutzes der vermögenswerten Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Tübingen, 2007; A. LARA AGUADO, “Incidencia del Derecho comunitario sobre el régimen jurídico del nombre en el DIPr. (STJCE 30.III.1993, *Konstantinidis*, as.C-168/91)”, *RDP*, 1995, pp. 671-694; *Id.*, “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos”, *La Ley*, 15 oct. 2004, núm. 6107; *Id.*, “El caso Niebuil o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjerías”, *La Ley UE*, núm. 6560, 29 septiembre 2006; *Id.*, “El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos de estado civil”, *Revista jurídica La Ley*, 2009, núm. 7104, versión *on line*; G. MÄSCH, “Art. 47 EGBGB und die neue Freiheit im internationalen Namensrecht – oder Casanovas Heimfahrt”, *IPRax*, 28, 1, 2008, pp. 17-22; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Nota a STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*”, *JDI Clunet*, 2004, pp. 1219-1237; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 18, 2004, pp. 507-529; M. REQUEJO ISIDRO, “Libertades comunitarias y registro civil: algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución”, *Homenaje R. Arroyo*, Madrid, 2003, pp. 95-107; M. SCHERER, *Le nom en droit international privé: étude de droit comparé français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 2004; E. SOMMER, *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern: zu den Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf hinkende Rechtslagen im internationalen Familien- und Namensrecht*, Jena, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2009; S. TONOLO, “La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell’ordinamento comunitario”, *RDIPP*, 2004, pp. 957-976; P. LAGARDE, “Nota a STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*”, *RCDIP*, 2004, pp. 193-202.

todo del reconocimiento” y no mediante “normas de conflicto”²⁹. La STJUE 14 octubre 2008, as. C-353/06, *Grunkin-Paul*, es buena prueba de ello.

En tercer lugar, las resoluciones o certificaciones de los registros oficiales en las que consta una sociedad como legalmente constituida e inscrita en un Estado miembro, también han sido calificadas como “decisiones” y también han sido sometidas a las normas que siguen el “método del reconocimiento” y no a las “normas de conflicto”. Así se aprecia en la STJCE 9 marzo 1999, as. C-212/97, *Centros*³⁰, STCE 5 noviembre 2002, as. C-208/00, *Überseering*³¹, STJCE 30 septiembre 2003, as. C-167/01, *Inspire Art*³², jurisprudencia que ha generado una doctrina inabarcable³³.

12. Por otra parte, esta posición en favor de la calificación como auténticas “decisiones” en relación con determinadas resoluciones públicas “no judiciales” ha favorecido la extensión del llamado “principio del mutuo reconocimiento” en el ámbito comunitario³⁴. Según la técnica o principio del “mutuo reconocimiento” (*Anerkennungsprinzip*), la situación jurídica creada por una autoridad (= judicial o administrativa) de un Estado miembro y considerada como “existente” y “válida” en dicho Estado, debe estimarse también “existente” y “válida” en los demás Estados miembros. El reconocimiento mutuo comunitario se basa en la idea de “confianza comunitaria” (= se aceptan en un Estado Miembro las si-

³⁰ *Recopilación*, p. I-1459.

³¹ *Recopilación*, p. I-9919.

³² *Recopilación*, p. I-10155.

³³ *Vid. inter alia*, S. GRUNDMANN, *European Company Law*, 2004, pp. 839-846, que contiene excelentes referencias. Para los comentarios españoles, téngase presentes las contribuciones de F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; ID., “Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable”, en J.F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; ID., “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE”, *RDM*, 1999, pp. 645 y ss.; ID., “La Sentencia ‘Centros’: el ‘status questionis’ un año después”, *Not. UE*, nº 195, 2001, pp. 79-96, y las referencias allí contenidas, así como A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 28, 1, 2007, pp. 59-100 y A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Personas jurídicas y sociedades mercantiles”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 397-447, esp. pp. 411-414.

³⁴ En torno al principio del mutuo reconocimiento, *vid. inter alia*, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 386-390; M^a.D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *CDT*, Vol 1, Núm. 1, 2009, pp. 143-151; ID., “Nuevos interrogantes y nuevas respuestas en torno a la STJCE de 14 de octubre 2008, *Grunkin-Paul*”, en este mismo número de *CDT*; H.-P. MANSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *RabelsZ*, 2006, núm. 4, pp. 1-40; A. BONOMI, “Globalización y Derecho internacional privado”, *Globalización y comercio internacional*, XX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2005, pp. 223-237; B. ANCEL, “Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères”, *TCFDIP*, 1986/1987, pp. 25-56; P. PICONE, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *RCADI*, 1999, pp. 9-296; G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520; H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l’ordre juridique français*, Paris, L.G.D.J., 2005; S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004; S. BOLLÉE, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *RCDIP*, 2007, pp. 307-355; L. D’AVOUT, “État civil constitué à l’étranger et méthode communautaire de reconnaissance”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 203-216; D. COESTER-WALTJEN, “Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenshalf”, en *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 121-132; D. HENRICH, “Anerkennung statt IPR. Eine Grundsatzfrage”, *IPRax*, 2005, pp. 422-429; ID., “Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht”, *IPRax*, 2006, vol. 26, núm.4, pp. 392-402; K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht: Perspektiven eines europäischen Anerkennungskollisionsrechts für Statusfragen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243, esp. p. 227; ID. “Nota a STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*”, *RCDIP*, 2003, pp. 508-536; E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax*, 2001, pp. 501-512; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 360; H. MUIR-WATT, “Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*”, *RCDIP*, 2004, pp. 173-184; H. GAUDEMET-TALLON, “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *RCDIP*, 2008, pp. 513-560; H. MUIR-WATT, “La reconte dans l’espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)”, *Rev. générale proc.*, 1998, pp. 291-311; B. ANCEL, “Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères”, *RDIPP*, 1992, pp. 201-220; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “Le Forum Shopping devant les juridictions françaises”, *TCFDIP*, 1998-1999, 2001, pp. 49-70; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, 2007; M^a.D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *CDT*, Vol 1, Núm. 1, 2009, pp. 143-151.

tuaciones jurídicas “creadas” o “cristalizadas” por autoridades de otros Estados Miembros porque se confía plenamente en la Justicia impartida en el Estado Miembro de origen). Gracias a dicha idea de confianza en la Justicia extranjera de los demás Estados miembros, no es preciso controlar la Ley que aplicó la autoridad del Estado miembro de origen (= la norma de conflicto que aplicó la autoridad del Estado de origen es irrelevante). Dicha autoridad aplicó su “sistema nacional de normas de conflicto de Leyes” y, en consecuencia, aplicó una concreta Ley estatal. A partir de ahí, la situación dispone de un “pasaporte legal comunitario” y será reconocida y tenida como válida en toda la UE.

El mutuo reconocimiento comunitario se verá ampliamente favorecido en aquellos sectores del Derecho en relación con los que se elaboren “normas de conflicto comunitarias”, comunes a todos los Estados miembros. Con estas normas de conflicto “comunitarias” que determinan la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales de un modo uniforme en toda la UE, se eliminan los obstáculos a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios. Por dos motivos. Primero, porque aunque, siguiendo una perspectiva “conflictualista”, las autoridades de un Estado miembro aplicarán sus propias normas de conflicto a la cuestión de los efectos legales que surten en dicho Estado las decisiones pronunciadas en otros Estados miembros (= como hicieron las autoridades alemanas en el célebre caso de la STJUE 14 octubre 2008, as. C 353/06, *Grunkin-Paul* para valorar los efectos en Alemania de un acta registral danesa de nacimiento en cuanto al apellido del nacido)³⁵, resultará que una situación legalmente constituida en un Estado miembro con arreglo a una concreta Ley estatal, será válida en los demás Estados Miembros. En efecto, aunque la situación jurídica “cruce la frontera” de un Estado miembro con destino a otro Estado miembro, dicha situación jurídica se rige siempre por la misma Ley estatal, la Ley designada por la norma de conflicto comunitaria, que es común a todos los Estados miembros. Segundo, porque gracias a estas normas de conflicto comunitarias, se evita todo fenómeno de *Forum Shopping*: la Ley aplicable a la situación jurídica es la misma, cualquiera que sea el Estado miembro en el que se constituya o se cree la situación jurídica. Ello contribuye a la seguridad jurídica y por tanto, al buen funcionamiento del espacio europeo de seguridad, libertad y justicia (arts. 61 y 65 TCE). Debe recordarse, por último, que el método comunitario del mutuo reconocimiento (*Anerkennungsprinzip*) nada tiene que ver con la aplicación, a una situación privada internacional, de la “Ley de origen del sujeto” con el fin de lograr el reconocimiento de dicha situación en tal país de origen del individuo, no obstante los desvaríos, en este sentido, de ciertos autores³⁶.

13. Ahora bien, el hecho de considerar la certificación registral californiana como una “decisión” no supone equipararla a una sentencia judicial extranjera. Las sentencias judiciales producen efectos de cosa juzgada y establecen un estado definitivo en Derecho de las posiciones jurídicas de los particulares. Lo declarado en la sentencia se tiene por verdadero en Derecho (= *pro veritate habebitur*). No es el caso de la certificación registral. Una vez que dicho documento público extranjero supera en España, en su caso, el método del reconocimiento, no será tratado como una “sentencia judicial” sino como lo que realmente es, es decir, como un “título apto para la inscripción en el Registro Civil” (*vid.* art. 81 RRC)

³⁵ M^a.D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *CDT*, Vol 1, Núm. 1, 2009, pp. 143-151.

³⁶ La relación entre este “método del reconocimiento” y el llamado “principio del Estado de origen” o “mutuo reconocimiento” propio del Derecho Comunitario se encuentra muy bien explicada en numerosas contribuciones doctrinales. *Vid. inter alia*, G. DE BAERE, “Is this a Conflict Rule which I See before Me?: Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the Directive on Electronic Commerce”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, pp. 287 ss.; S. BARIATTI, “The Future “communitarization” of the Choice of Law Rules on Non-Contractual Obligations (The “Rome I” Regulation)”, en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, a cura di A. Malatesta, Padova, 2006, pp. 19 ss.; ID., “La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 2005, pp. 5-24; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento “Roma II”*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 33-37; S. GRUNDMANN, “Internal Market Conflict of Laws from Traditional Conflict of Laws to an Intergrated Two Level Order”, en *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, pp. 5-25; M. AUDIT, “Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois”, *JDI Clunet*, 2006, pp. 1333 ss.; M. LEISTNER, “The Rome II Regulation Proposal and its Relation to the European Country-of-Origin Principle”, en *Intellectual Property and Private International Law: Heading for the Future*, dir. J. Drexler / A. Kur, Oxford, 2005, pp. 177 ss. A. MALATESTA, “Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?”, *RDIPP*, 2007, pp. 293-312; M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Ed. Eurolex, 1999, esp. pp. 242-243.

que, una vez inscrito en dicho Registro, surte los efectos propios del mismo (*vid.* art. 2 LRC). El contenido de dicho documento público extranjero (= certificación registral californiana) sigue su propio destino: dicho contenido (= la filiación de los menores) puede ser planteado y reproducido ante los tribunales estatales de justicia. Los tribunales pueden, naturalmente, anular la inscripción y declarar la filiación de los menores en un sentido distinto del proclamado por la certificación registral californiana. El Registro Civil español publica presunciones de veracidad legal, no verdades absolutas. Ese objetivo corresponde a las decisiones de los tribunales de Justicia.

14. Las consecuencias del enfoque metodológico seguido por la RDGRN 18 febrero 2009 en favor de la perspectiva del “reconocimiento de decisiones” son claras.

En primer lugar, y pese a la alarma suscitada en ciertos autores, esta perspectiva (= “perspectiva del reconocimiento”) no extermina del razonamiento jurídico a las normas de conflicto. Éstas conservan “su” lugar, “su” espacio en el sistema jurídico y en el DIPr. En efecto, el método del “conflicto de Leyes” (= determinar, como sucede en este caso, la Ley aplicable a una filiación en un supuesto internacional), es siempre una etapa necesaria del razonamiento jurídico en todo supuesto de DIPr. En otras palabras, puede afirmarse que la precisión de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales es una cuestión que siempre pervive. Constituye una “*question irréductible*”, como con acierto singular escribe P. LAGARDE³⁷. Y es una “cuestión irreductible” porque, cuando la autoridad californiana debe imponer el nombre al nacido y determinar su filiación, debe también aplicar, en todo caso, una Ley estatal, la Ley que regula la filiación. En efecto, sólo es posible fijar la filiación de los nacidos si una Ley estatal así lo establece. Y dicha Ley estatal reguladora de la filiación se determina con arreglo a las normas de conflicto del Estado donde surge, por vez primera, la cuestión de la filiación de los nacidos (= Estado de origen de la decisión: California en este caso). La autoridad extranjera (= californiana en este supuesto), aplica las normas de conflicto de su propio sistema jurídico (= principio de exclusividad del DIPr.)³⁸. En suma, el “método del reconocimiento” no supone, por lo tanto, una “erosión” o “subversión” del paradigma conflictual, ni tampoco una “sustitución” del mismo³⁹. La “parte noble” del Derecho internacional privado (P. MAYER / V. HEUZÉ) sigue en manos de las normas de conflicto⁴⁰. La DGRN se limita a poner en su sitio a la norma de conflicto y a dejar muy claro que ésta sirve para determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, no para determinar si una decisión extranjera surte o no surte efectos jurídicos en España.

En segundo lugar, debe subrayarse que el enfoque metodológico propio del método del reconocimiento facilita, como antes se ha avanzado, la vida internacional de las personas y su circulación transnacional (D. BUREAU / H. MUIR WATT⁴¹). En efecto, esta opción de método evita situaciones claudicantes (= las partes no deben repetir procesos “Estado por Estado”), y potencia la seguridad jurídica internacional (= las situaciones jurídicas creadas válidamente en un Estado son consideradas válidamente existentes en los demás Estados).

IV. El art. 81 RRC. Círculo hermenéutico y posibilidades.

15. El art. 81 RRC indica: “*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*”⁴². El precepto es parco

³⁷ P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RebelsZ*, 2004, pp. 225-243, esp. p. 229 : “*La question des conflits de lois est irréductible. Lors de la création de situations juridiques hétérogènes, tant que subsisteront des divergences dans les législations en présence, toute autorité judiciaire ou administrative, ou même des particuliers à l’occasion d’un contrat, par exemple, devront toujours, au moment de la prise de décision, déterminer le droit applicable*”.

³⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 7-8; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, UAM, policopiado, 1984, pp. 118-126.

³⁹ B. ANCEL, “Regards critique sur l’érosion du paradigme conflictuel”, *Cursos de Vitoria-Gasteiz*, 2005, versión *on line*, pp. 345-416, esp. pp. 352-553.

⁴⁰ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, p. 345.

⁴¹ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, pp. 42-44, pp. 269 y pp. 580-586.

⁴² Reglamento del Registro civil, publicado en el BOE núm. 296 de 11 diciembre 1958 y corr. errores en BOE núm. 18 de 21 enero 1959.

en palabras y, sin duda, aparece hoy ya desfasado y anticuado. Sin embargo, el art. 81 RRC refleja, de modo claro, diversas ideas que constituyen su círculo hermenéutico y que pueden acotarse en las que siguen: 1º) Cuando se dispone de un documento auténtico (= documento público no falsificado), sea original o testimonio (= documento prístino o copia completa o en resumen o extracto), expedido por autoridades extranjeras judiciales, administrativas o notariales, no es necesario, para practicar una inscripción en el Registro civil español, instar *ex novo* dicha inscripción; 2º) Dicho documento judicial, administrativo o notarial extranjero, constituye el “título para inscribir el hecho de que da fe” (= no es preciso, en dichos supuestos, contar con un título “español”); 3º) Sin embargo, no basta la mera presentación de dicho título para lograr la inscripción en el Registro Civil español. Dicho título extranjero debe superar un “control de legalidad”, pues sólo superado dicho “control de legalidad”, el documento extranjero tendrá “*fuerza en España*”; 4º) Existen dos modos de lograr la superación de este control de legalidad”. En primer lugar, si resulta aplicable un instrumento legal internacional, dicho texto legal fijará el nivel, profundidad y procedimiento de dicho control. En segundo lugar, a falta de tal instrumento legal internacional, también es posible lograr la superación del “control de legalidad” mediante los procedimientos recogidos en las Leyes españolas (= normas españolas de producción interna); 5º) El art. 81 RRC, en su lapidaria parquedad, no ofrece ningún elenco concreto de los requisitos que debe satisfacer el documento registral extranjero a fin de poder practicar la correspondiente inscripción en el Registro civil español con base en el título registral extranjero. Tampoco indica el precepto qué sistema o método debe seguirse al respecto, ya que se limita a subrayar que el documento registral extranjero debe presentar “*fuerza en España*”.

16. Resulta importante recordar, igualmente, lo que el art. 81 RRC no exige (= y que también forma parte de su “círculo hermenéutico”). En efecto, el precepto no requiere que la solución proporcionada por las autoridades registrales extranjeras (= californianas en este caso) a la cuestión jurídica planteada y que se refleja en la certificación registral extranjera (= la cuestión de la filiación de los nacidos en California mediante gestación por sustitución), sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. Como recuerda la RDGRN 18 febrero 2009, el art. 81 RRC, “*pudiendo haberlo exigido en tal sentido, no lo ha hecho en modo alguno, sino todo lo contrario*”. El art. 81 RRC requiere que las certificaciones registrales superen un control de legalidad, “*pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española*”⁴³. En efecto, si así hubiera sido, el art. 81 RRC se habría referido a la necesidad de que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera hubiera respetado la Ley designada por las normas de conflicto españolas, como sí hace, expresamente, por ejemplo, el art. 36 RH. Existen diversas razones para considerar que no debe exigirse que la “solución californiana” a la cuestión de la filiación de estos menores sea igual a la “solución española”.

La primera razón que esgrime al efecto la DGRN descansa en un motivo lógico. Dicha exigencia habría sido irrazonable, pues las autoridades registrales extranjeras aplican “sus” propias normas de conflicto para determinar la Ley reguladora de la filiación de los nacidos en California. Exigir una completa identidad entre la solución californiana y la solución española resulta chauvinista, provinciano, y ridículamente imperialista, pues pensar que las autoridades registrales californianas van a resolver las cuestiones jurídicas con las normas de conflicto españolas en la mano, es querer imponer el sistema español de normas de conflicto al mundo entero⁴⁴. Además es una batalla perdida, porque dijeran lo que dijeran

⁴³ RDGRN 18 febrero 2009, FD III *in primis*: “*Con arreglo al art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. En efecto, pudiendo haberlo exigido en tal sentido, no lo ha hecho en modo alguno, sino todo lo contrario. El art. 81 del Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un “control de legalidad”, pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española. Esta solución es lógica y se explica por varias razones*”.

⁴⁴ RDGRN 18 febrero 2009, FD III: “*En primer lugar, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho internacional privado, y que, como regla general, y en virtud del principio de exclusividad del Derecho internacional privado, las autoridades públicas de un Estado sólo aplican a la resolución de los casos internacionales que se les plantean, sus propias normas de Derecho internacional privado. En consecuencia, exigir que las autoridades registrales extranjeras hayan aplicado las normas españolas de Derecho internacional privado resultaría irreal e ilógico. Es por ello que el art. 81 del Reglamento del Registro Civil, pudiendo haber adoptado esta perspectiva, no lo ha hecho*”.

las normas españolas, las autoridades californianas aplican sus normas de conflicto, no las normas de conflicto “españolas” (= principio de exclusividad del DIPr., pues también las autoridades españolas aplican, exclusivamente, y salvo excepción prevista por el legislador, las normas de conflicto “españolas”).

La segunda razón que ofrece la DGRN descansa en la idea de reducir los “costes de transacción conflictuales”. En efecto, lo más frecuente será que las autoridades registrales californianas hayan solventado el caso mediante la aplicación de normas jurídicas sustantivas distintas a las que habría aplicado la autoridad registral española. Ello conduce a la “compartimentación espacial de la solución jurídica”. Los nacidos en California tendrían una determinada filiación en California, pero dicha solución resultaría inefectiva en España, de modo que los interesados tendrían que volver a plantear *ex novo* la inscripción de los menores en el Registro Civil español (= repetición de procesos registrales y “cerrar los ojos” antes la solución jurídica californiana). Ello vulnera la más elemental economía procesal y, en definitiva, acaba por elevar los costes de litigación para los particulares en el contexto internacional (= pues exige llevar a cabo “dobles procedimientos”, uno por país). Por otro lado, también resulta interesante el razonamiento de la DGRN al indicar que los perjudicados, en este caso, serían no sólo los particulares, sino los Estados implicados (= obligados a abrir “nuevos procesos” con coste para los aparatos registrales estatales y para el erario público español, cuando, realmente, el proceso registral ya tuvo lugar en el extranjero). En el siglo XXI, siglo de gran movilidad internacional de los particulares, la estabilidad legal de las situaciones jurídicas constituye la piedra angular de todo sistema de DIPr. que pretenda cumplir adecuadamente con su función.

La tercera razón que esgrime la DGRN apunta al carácter claudicante de la certificación californiana de nacimiento. En efecto, como se acaba de indicar, los nacidos en California podrían disponer de una determinada filiación en California, y de otra diferente filiación en España. Ello vulnera la seguridad jurídica en el contexto internacional. Para evitar este negativo resultado existe, precisamente, el Derecho internacional privado, cuya misión consiste en evitar que la división del mundo en Estados, con tribunales y autoridades públicas diferentes, con Leyes sustantivas distintas, y con sistemas de normas de conflicto distintas, haga inestables las “posiciones jurídicas de los particulares”. De ese modo, al posibilitar la “importación” en España de las decisiones públicas extranjeras, se logra que las situaciones jurídicas de los particulares no cambien de Estado a Estado (STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*⁴⁵, y STJUE 14 octubre 2008, as. C 353/06, *Grunkin-Paul*). Subraya igualmente la DGRN el fundamento constitucional de la seguridad jurídica que proporciona el DIPr. (art. 9 CE). La seguridad jurídica en el contexto internacional es necesaria para cumplir de modo satisfactorio con el principio-derecho de la “tutela judicial efectiva” y con el derecho a un “proceso equitativo”. En efecto, una solución jurídica “no estable”, que se evapora nada más cruzar la frontera con destino a otro Estado, no es una solución constitucionalmente ajustada (art. 24 CE 1978 y art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950) (STEDH 19 marzo 1997, caso *Hornsby vs. Grecia*)⁴⁶.

17. En el presente supuesto, no resultaba aplicable ningún instrumento legal internacional. La cuestión debe resolverse en el ámbito del citado art. 81 RRC. El precepto, con su raquítica letra, no ofrece ningún elenco concreto de requisitos que debe satisfacer el documento registral extranjero para poder practicar la inscripción en el Registro civil español con base en dicho título registral extranjero. La DGRN concreta cuáles son dichos requisitos dentro del antes aludido círculo hermenéutico del art. 81 RRC.

V. Los requisitos concretos exigidos a la certificación registral californiana para su acceso al Registro Civil español.

1. Aspectos generales.

18. La DGRN comienza por un examen meticuloso del poco expresivo art. 81 RRC. Varios datos básicos sirven de punto de partida a su discurso: 1º) La imposibilidad, como se ha adelantado, de inter-

⁴⁵ *Recopilación*, p. I-11613.

⁴⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, p. 375.

pretar el art. 81 RRC de modo que se exija que la solución que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución española; 2º) La imposibilidad de solventar la cuestión mediante una remisión al art. 954 LEC 1881, al no apreciarse “analogía” entre el supuesto regulado por el art. 81 RRC (= certificaciones registrales sin efecto de “cosa juzgada”) y el regulado por el art. 954 LEC 1881 (= sentencias firmes dictadas en procedimientos contenciosos que sí surten el efecto de “cosa juzgada material”); 3º) La imposibilidad de practicar, en el seno del art. 81 RRC, un “control conflictual escondido” de la certificación registral extranjera (= lo que supondría una aplicación del art. 9.4 CC y de la Ley nacional del sujeto a las cuestiones de filiación). En efecto, ello supondría convertir a la norma de reconocimiento en una norma de conflicto, o introducir una norma de conflicto en la norma de reconocimiento, lo que constituye un profundo error que destruye el “efecto útil” de las normas que operan para “reconocer” decisiones públicas extranjeras y situaciones jurídicas ya cristalizadas en otros Estados cuyas autoridades públicas han intervenido en dicha “cristalización legal”; 4º) La constatación de que la generalidad con la que se expresa la letra del art. 81 RRC deja un amplio margen de creatividad jurídica al intérprete para que éste proceda a la formulación de los requisitos específicos que deben exigirse a las certificaciones registrales extranjeras para poder acceder al Registro Civil español, siempre dentro de la arquitectura básica del precepto (= habilitación para la construcción del sistema).

19. El art. 81 RRC exige que la certificación registral extranjera tenga “*fuera en España*”. Nada más expresa el precepto. Para integrar y descifrar el significado concreto de dicha expresión, debe arrancarse de otro precepto que emplea la misma expresión: el inextinguible art. 954 LEC 1881, todavía en vigor, que regula el *exequatur* en España de las sentencias extranjeras dictadas en materias de Derecho privado, si bien, como antes se ha indicado, la aplicación por analogía del art. 954 LEC 1881 para decidir los efectos jurídicos de las decisiones extranjeras que no constituyen sentencias resulta improcedente. El texto de dicho precepto comienza con la siguiente frase: “*Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes [...]*”. En consecuencia, parece claro que el art. 81 RRC exige que las certificaciones registrales extranjeras superen un sistema similar al *exequatur* que se exige que superen las sentencias dictadas por tribunales de otros países. Ahora bien, esta referencia al art. 954 LEC 1881 y al sistema de *exequatur* debe realizarse con extrema prudencia por diversos motivos.

1º) El art. 81 RRC, pudiendo haberse referido directamente al *exequatur* regulado en la LEC 1881 (= referencia expresa a dicho mecanismo legal), resulta que no lo hace, a diferencia de lo que sí lleva a cabo el art. 83 RRC, relativo a la inscripción registral en virtud de sentencia o resolución extranjera (= que exige *exequatur* [*rectius*: “reconocimiento”])⁴⁷. Y a diferencia, también, del art. 38 RH, que exige el *exequatur* para la inscripción de resoluciones judiciales o laudos arbitrales dictados en el extranjero⁴⁸.

2º) El TS, responsable máximo y único durante más de un siglo de la aplicación del art. 954 LEC 1881 ha dejado muy claro que el *exequatur* regulado en el art. 954 LEC 1881 consiste en un sistema de “control de requisitos de regularidad internacional”. La autoridad del Estado requerido (España) debe examinar una serie de condiciones, procesales y sustantivas, que debe reunir la resolución pública extranjera. Si el resultado de este test es positivo, se concede el reconocimiento y *exequatur* (ATS 27 noviembre 1942, ATS 11 mayo 1965, ATS 24 diciembre 1996, ATS 15 julio 1997, ATS 21 abril 1998, STC [Sala 2ª] núm.54/1989 de 23 febrero, SAP Madrid 12 febrero 2008 [sentencia dictada en Pensilvania]). La LEC 1881 no acoge, pues, el modelo francés de la “revisión de fondo”. Por ello, la autoridad española no debe ni puede valorar ni examinar cómo ha procedido el juez de origen para dictar dicha resolución: ni el Derecho que aplicó para dictar su sentencia, ni tampoco su apreciación y/o valoración de los hechos.

3º) El TS también ha indicado que el *exequatur* regulado en el art. 954 LEC 1881 sólo es aplicable a “sentencias”. Según el TS, se considera una “sentencia” a efectos de los arts. 951-958 LEC 1881, “*cualquier resolución judicial extranjera firme recaída en un procedimiento contencioso y que verse sobre materias de Derecho privado*” (ATS 16 octubre 1961). Como es evidente, ello hace imposible aplicar *tout court*, tal cual, el art. 954 LEC 1881 para dilucidar si la certificación registral californiana (= que no es, evidentemente, una “sentencia” extranjera, pues no surte efectos procesales de “cosa juzgada”)

⁴⁷ Art. 83 RRC: “*No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla, requiere exequatur deberá ser previamente obtenido*”.

⁴⁸ Art. 38 del Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 febrero 1947, en BOE núm. 106, de 16 de abril de 1947): “*Las resoluciones judiciales o laudos arbitrales dados en el extranjero serán inscribibles cuando hayan sido reconocidos por Tribunal o Autoridad competente, con arreglo a las leyes y convenios internacionales*”.

surte efectos legales en España. En efecto, el TS tiene declarado que el art. 954 LEC 1881 no resulta aplicable a las resoluciones relativas a actos de jurisdicción voluntaria (ATS 8 febrero 1985, ATS 7 octubre 1971, ATS 7 febrero 1955, ATS 29 septiembre 1998, ATS 30 noviembre 1999, ATS 20 noviembre 1999, ATS 24 septiembre 2002, ATS 24 diciembre 2002, ATS 26 septiembre 2006). Línea seguida por la DGRN (RDGRN 7 abril 1952, RDGRN 21 junio 1958, RDGRN 5 octubre 1960, RDGRN 29 octubre 1960, RDGRN 18 enero 1964, RDGRN 13 diciembre 1974, RDGRN 28 junio 1996, RDGRN [1ª] 16 septiembre 2000, RDGRN [1ª] 23 febrero 2001, Res.Circular DGRN 15 julio 2006) y por las Audiencias Provinciales (AAP Madrid 27 diciembre 2007 [tutela constituida en Colombia], SAP Lugo 29 abril 1998, SAP Asturias 29 julio 2005, AAP Sevilla 16 enero 2007 [kafala marroquí]). El TS indica que el procedimiento de reconocimiento / *exequatur* regulado en los arts. 952-954 LEC 1881 es un procedimiento reservado, expresa y exclusivamente, a las sentencias extranjeras dictadas en procedimientos “contenciosos” que surten efectos de cosa juzgada. Ello impide su aplicación por analogía a las resoluciones extranjeras que contienen actos de jurisdicción voluntaria.

20. Un análisis combinado de los elementos anteriores conduce a la siguiente conclusión. El legislador guarda silencio en torno al significado concreto de la “*fuerza en España*” contenida en el art. 81 RRC, y la legislación española no contiene un sistema para dotar de efectos legales en España a las certificaciones registrales extranjeras en el que queden claros los requisitos que tales certificaciones deben superar. Pues bien, existe laguna legal. La integración de dicha laguna legal y el modo de llenar de significado la expresión “*fuerza en España*” empleada por el art. 81 RRC debe realizarse no mediante la aplicación por analogía del sistema del *exequatur* previsto para sentencias judiciales extranjeras, sino mediante la “elaboración judicial” o, en su caso por la DGRN, de un sistema legal para que las certificaciones registrales extranjeras adquieran “*fuerza en España*”. Este sistema debe construirse sobre los siguientes puntos.

1º) Debe tratarse de un sistema legal no idéntico al *exequatur* regulado por el art. 954 LEC 1881, sino de un sistema legal que, mediante el oportuno desarrollo judicial, concrete cuáles son los requisitos exigibles a las certificaciones registrales extranjeras, requisitos que deben tener presentes el “contexto registral” y el carácter de estas certificaciones. Las condiciones de regularidad internacional de las sentencias (= fijadas en el *exequatur* del art. 954 LEC 1881) y las propias de otros documentos públicos, como las certificaciones registrales extranjeras, no son y no deben ser idénticas, pues se refieren a decisiones de distinto carácter y alcance (G. CUNIBERTI)⁴⁹.

2º) La declaración de “*fuerza en España*” de las certificaciones registrales puede obtenerse mediante un reconocimiento “incidental”. La autoridad ante la que se plantee la cuestión, valorará por sí misma si dicha certificación extranjera surte efectos legales en España o no los surte, sin que sea preciso haber logrado previamente una “declaración” judicial al respecto en proceso separado y anterior. Construir un sistema basado en el control “incidental” y no “por homologación” encaja perfectamente con el carácter de estos actos, que no son actos judiciales que crean estado de “cosa juzgada”. Por ello, estos actos pueden superar un test de “*fuerza en España*” por la autoridad que sea competente, test que no produce efectos *erga omnes*, sino sólo y exclusivamente en el proceso o procedimiento en el que se hace valer.

3º) El sistema de eficacia legal en España de las certificaciones registrales extranjeras que debe ser edificado a través de un desarrollo judicial, debe aparecer guiado por los dos mismos principios fundamentales que sustentan el *exequatur* recogido en el art. 954 LEC 1881. Primero: debe tratarse de un sistema de “control de requisitos de regularidad internacional” de la certificación registral extranjera, perfectamente definido (= requisitos legalmente determinados). Segundo: entre tales requisitos, no podrá exigirse que la solución a la que ha llegado la autoridad registral extranjera sea idéntica a la que hubiera alcanzado la autoridad registral española ni tampoco podrá llevarse a cabo una “revisión de fondo” de la certificación registral extranjera (= la autoridad española no examina la valoración de los hechos realizada por la autoridad registral extranjera ni tampoco es relevante qué Derecho sustantivo fue aplicado por tal autoridad extranjera a la hora de dictar su resolución registral). Esta creación legal de la DGRN desemboca en un sistema de “requisitos concretos”, similar al que existe en los sistemas de DIPr. de otros países⁵⁰.

⁴⁹ G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. C de 25 octubre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. p. 150.

⁵⁰ *Vid.* art. 65 Legge 31 maggio 1995, n. 218 “*su riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*”.

21. En conclusión, la DGRN indica que las condiciones exigidas a partir del citado art. 81 RRC para que las certificaciones registrales extranjeras surtan efectos legales en los Registros Civiles españoles (= condiciones para que el documento registral extranjero tenga “*fuera en España*”), son las siguientes: 1º) Condiciones formales que garantizan la autenticidad del “título registral extranjero” (= legalización o apostilla y formalidades propias del título extranjero), en los términos del art. 323 LEC); 2º) Equivalencia funcional de las autoridades registrales con las autoridades registrales españolas. El art. 85 RRC exige que las autoridades registrales extranjeras hayan intervenido con la misma intensidad constitutiva con la que intervienen las autoridades registrales españolas en casos similares; 3º) Ajuste del impacto legal de la decisión extranjera con el orden público internacional español (= requisito general que informa todo el sistema de DIPr. en el sector de la validez internacional de decisiones: art. 954.3 LEC 1881, art. 23 LAI, art. 34.1 R.44/2001, etc.); 4º) Control de la competencia de la autoridad registral extranjera (= no se reconocen decisiones dictadas por autoridades extranjeras internacionalmente incompetentes que operan con “exceso de competencia”); 5º) Control, en su caso, de los derechos de defensa de los implicados en el procedimiento registral llevado a cabo en el Estado de origen.

22. En el presente caso, no plantean problemas relevantes las exigencias de autenticidad del título extranjero registral presentado. La certificación registral extranjera presentada es un documento “público” (= un documento autorizado por autoridad extranjera), con las debidas garantías legales (= legalización o apostilla), que aseguran su autenticidad (= no falsificación). La aplicación, a tales efectos, del art. 323.2º LEC no suscita mayores dificultades. Tampoco provoca dificultades la exigencia de una “equivalencia de funciones registrales”. En efecto, la autoridad registral extranjera (= californiana) que expide la certificación registral pronunció su decisión mediante el ejercicio de funciones jurídicas equivalentes a las que despliegan las autoridades registrales españolas (= equivalencia de la intensidad de intervención de la autoridad pública). La DGRN extrae dicha exigencia del art. 85 RRC, cuyo texto indica que “[p]ara 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”. Este requisito evita el acceso al Registro Civil español de decisiones extranjeras en las que la autoridad registral no ha desplegado una “función constitutiva”, es decir, de resoluciones en las que la autoridad registral extranjera se ha limitado, meramente, a “dar fe” de las manifestaciones de voluntad de los interesados. Es claro que en el presente supuesto, la autoridad registral californiana intervino mediante la aplicación de las Leyes californianas para acreditar tanto el nacimiento como la filiación de los nacidos en California. Dicha autoridad intervino “con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley”⁵¹. En consecuencia, la certificación registral californiana constituye una “decisión” (= resolución efectiva, por una autoridad pública extranjera, de un caso particular concreto). En otras palabras, es posible afirmar que las autoridades registrales de California desarrollaron, en este supuesto, funciones similares a las que desarrollan las autoridades registrales españolas cuando deben proceder a la inscripción de nacimiento.

2. Ajuste de la solución californiana con el orden público internacional español.

23. La DGRN lleva a término una elaborada construcción para demostrar el encaje de la certificación registral californiana con el orden público internacional español. Con carácter preliminar, debe subrayarse el concepto, contenido y alcance que la DGRN asigna al orden público internacional español. La DGRN realiza una interpretación basada en argumentos propios del análisis económico del Derecho (= “*Law And Economics*”). Para la DGRN, el orden público internacional español protege “*la cohesión moral y jurídica de la sociedad española*” y está compuesto por “los principios jurídicos básicos del Derecho español”. En consecuencia, el orden público internacional español salvaguarda los “*intereses generales*”, es decir, la “*organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española*”, así como el “*correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española como estructura su-*

⁵¹ RDGRN 18 febrero 2009, FD IV, párrafo tercero, *in primis*: “En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que despliegan las autoridades registrales españolas. Así lo exige el art. 85 del Reglamento del Registro Civil....”.

praindividual". Ello significa que, para la DGRN, el orden público internacional protege "estructuras generales" y su tarea consiste en procurar que, en este caso, la introducción en el orden jurídico español de una decisión extranjera (= certificación registral californiana) no produzca una "externalidad negativa" (= un daños a la sociedad española tal y como la regula el legislador español)⁵². Para acreditar el perfecto encaje de la certificación registral californiana con el orden público internacional español, la DGRN utiliza diversos argumentos.

24. Primero. Al definir los principios jurídicos básicos sobre los que se edifica el orden público internacional español en materia de filiación, la DGRN subraya que en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción. Los casos de adopción son distintos a los casos de filiación por naturaleza, pero no menos cierto es que, acreditada la filiación, no cabe "*distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley*"⁵³, como señala el art. 14 CE 1978. A este argumento debe añadirse otro, no menos relevante. En Derecho español se permite que la filiación por naturaleza de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres (art. 7.3 de la Ley 14/2006). En consecuencia, no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California en favor de dos varones con el argumento (¿?) de que se trata de sujetos del mismo sexo, resulta hoy día insostenible, pues sí que se permite en el caso de dos mujeres. Ciertamente es que el caso previsto por el legislador (= una mujer da a luz a través de técnicas de reproducción asistida y su cónyuge, también mujer, consta en el Registro como progenitor del nacido) es distinto al presente supuesto. Pero es también cierto que el caso no puede ser igual por motivos evidentes. En suma, no es posible aludir al principio de no discriminación por razón de sexo, ya que se trata de supuestos diferentes que disponen de regulaciones legales diferentes. Ahora bien, resulta nítido que la regulación contenida en el art. 7.3 de la Ley 14/2006 demuestra que en la actualidad, en Derecho español, no es ya un axioma dogmático que la filiación natural quede determinada, en todo caso, por la "vinculación genética" entre progenitores e hijos. Y así es, pues el antes referido art. 7.3 de la Ley 14/2006, permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres aun cuando el nacido no proceda del material genético de la mujer cónyuge de la mujer que da a luz. Por todo ello, puede afirmarse que aunque en Derecho español no se admite el contrato de maternidad subrogada, la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana expedida tras un contrato como el citado, produce unos efectos legales que no dañan la estructura jurídica básica de la sociedad española⁵⁴.

25. Segundo. El argumento más fuerte utilizado por la DGRN hunde su basamento teórico en el concepto de "*interés superior del menor*" recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (CDN), en vigor para España⁵⁵. Porque, como ha destacado A. GOUTTENOIRE, "*en ningún caso son los menores los que deben sufrir las consecuencias legales negativas de un comportamiento de sus padres*"⁵⁶. Argumento que puede ser analizado desde tres perfiles diferentes.

1º) En el caso de que se rechazase la inscripción de la filiación californiana en el Registro Civil español, ello podría desembocar en la negación de una filiación de los menores inscrita en el Registro Civil español (= negación de su estado civil), menores que son, como antes se ha dicho, sujetos de nacionalidad española. Además, esa "filiación negada" no se sustituiría por ninguna otra filiación, lo que supondría que los niños, pese a ser españoles (art. 17.1.a CC)⁵⁷, quedarían sin una filiación proclamada

⁵² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 348-370; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Orden público internacional y externalidades negativas", *BIMJ*, 2008, núm. 2065, pp. 2351-2378.

⁵³ RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo segundo.

⁵⁴ En este sentido se pronunció sobre un caso muy similar al abordado por esta RDGRN 18 febrero 2009, la Sent. Cour d'appel de Paris 1^{re} ch. sect. C de 25 octubre 2007, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, que no consideró contraria al orden público internacional francés la transcripción a los Registros franceses de una filiación determinada por las autoridades registrales californianas tras un contrato de gestación por sustitución acordado por ciudadanos franceses con mujer californiana.

⁵⁵ BOE núm. 313 de 31 diciembre 1990.

⁵⁶ A. GOUTTENOIRE, en www.blog.dalloz.fr, 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. cour d'Appel de Paris de 25 octubre 2007: "*Le recours à l'intérêt supérieur de l'enfant permet de rappeler que ce ne sont pas les enfants qui doivent payer le prix des conséquences des actes des adultes, fussent-ils contraires à des principes essentiels du droit civil et pénal*".

⁵⁷ *Vid. supra* núm marginal 3 de este trabajo. La atribución de la nacionalidad española de origen *ex art. 17.1.a CC* no depende en ningún caso de la inscripción de dicha nacionalidad en el Registro Civil español.

por el Registro Civil e irían directamente al orfanato o devueltos a los Estados Unidos de América, donde también sufrirían un destino similar, a menos que sus “padres” se trasladaran a vivir permanentemente a dicho país.

2º) La filiación que consta en la certificación registral californiana es la filiación que mejor encaja con el interés superior del menor. En efecto, el art. 3 CDN obliga a que los menores se inserten en el ambiente legal y al cuidado de las personas que, en mayor grado, aseguren a los menores la “*protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar*”. Es claro que las personas que han manifestado, con arreglo a lo previsto en el Derecho de California, su “consentimiento inicial a ser padres” y han tomado todas las precauciones, atenciones y cuidados necesarios al efecto, son personas más indicadas para ser considerados “padres”, ante la Ley, que la mujer que da a luz a los nacidos, que asumió su papel como mera parte en un contrato y que se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo. Este tratamiento legal en relación con los “padres por consentimiento” sintoniza con el “interés superior del menor”: son los mejores padres biológicos que estos concretos menores pueden tener. Los sujetos que toman la decisión voluntaria de tener un hijo mediante estas técnicas de reproducción humana asistida asumen una responsabilidad legal en relación con los nacidos. No pueden desistir de dicho consentimiento ni retractarse del mismo, porque ello podrá conducir a dejar al niño sin padres. Idea que está presente con fuerza creciente en la jurisprudencia de otros países (sentencia del Tribunal de apelación de California, Cal. App. 4th 1410, 1998, *Buzanca*)⁵⁸.

3º) El menor tiene derecho a un “identidad única” (= derecho a ser considerado el mismo sujeto, con iguales datos de identidad por el sistema jurídico) (E. JAYME, A. GATTINI)⁵⁹. Ello se pone de relieve, con mayor énfasis, en los casos “internacionales”. Este derecho deriva del art. 3 CDN⁶⁰, de modo que la DGRN ha privilegiado, en palabras de A. GOUTTENOIRE⁶¹, “*le respect du droit étranger et la cohérence de la situation individuelle des enfants concernés*”. Pero mucho cuidado: este art. 3 CDN no contiene un mandato que obligue a mantener, en un país, el nombre y filiación atribuidos legalmente en otro país. Dicho precepto recoge, por el contrario, un “mandato genérico vigilante”, un “parámetro aplicativo del Ordenamiento Jurídico”, una “clave hermenéutica de interpretación del Derecho” (F. MORO)⁶² que permite modular los resultados positivos o negativos de la aplicación de las normas de DIPr. Con otras palabras, puede afirmarse que el art. 3 CDN no ordena respetar la filiación y/o el nombre recogidos en una certificación registral extranjera. El precepto tampoco permite ni ordena admitir que los sujetos con múltiple nacionalidad puedan elegir la Ley aplicable a su nombre o a su filiación. Este art. 3 CDN, en conexión con el art. 8 CDN, sólo indica que el menor es titular de un derecho a “preservar su identidad” y que tal derecho debe ser defendido con carácter preferente, ya que responde al “interés superior del niño”. De ahí se deriva que el aplicador del Derecho debe vigilar con sumo cuidado los resultados a los que conduce la aplicación de las normas jurídicas, en este caso, del DIPr. El operador jurídico debe proceder a aplicar o no aplicar dichas normas y/o a modular su aplicación en un sentido o en otro, para dar satisfacción al “interés superior del menor”. Así pues, a la hora de saber si se debe dar efectos legales en España a la certificación registral californiana, los elementos fundamentales son los que aparecen conectados

⁵⁸ Texto en www.legalspring.com y <http://lw.bna.com>.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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”.

⁶¹ Vid. el comentario de A. GOUTTENOIRE en www.blog.dalloz.fr, 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. cour d’Appel de Paris de 25 octubre 2007.

⁶² F. MORO, “Observations sur la communitarisation du droit de la famille”, *RDIPP*, 2007, pp. 675-712.

con la individualidad e identidad del menor (= “elementos subjetivos y psicológicos”). En este sentido, la DGRN observa que negar efectos jurídicos a la filiación que consta en la certificación californiana supondría que los menores tienen “padres distintos” según el país del que se trate. En California, sus padres son unos, pero en España sus padres son otros, “*de modo que sus padres [son] distintos cada vez que cruzan una frontera*”⁶³. Los menores son titulares del derecho a una “identidad única” que se debe respetar “*por encima de las fronteras estatales*”. Este dato inclina a la DGRN a admitir la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana, pues sólo de ese modo se salvaguarda el interés superior del menor, reflejado en su derecho a tener la misma filiación en California y en España. Una consideración sosegada y atenta del poder transformador del Derecho que presenta el principio-valor del “interés superior del menor” en esta RDGRN 18 febrero 2009, muestra que las distintas normas jurídicas de DIPr. aplicables a este caso interpretan diferentes partituras para lograr un mismo resultado armónico. Es otra prueba más de la “polifonía de los mensajes valorativos”: diferentes normas y métodos pero una sola sintonía, el “interés del menor”.

La DGRN incorpora, en favor de este argumento, la doctrina del TJCE (STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*⁶⁴, STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*⁶⁵, STJUE 14 octubre 2008, as. C-353/06, *Grunkin-Paul*). Estos pronunciamientos subrayan que los menores (= e incluso, en general, las personas, como se aprecia en la STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*⁶⁶), son titulares del derecho a disponer de una “filiación única válida en varios países” y de un “nombre y apellidos únicos”, válidos también en varios países. Este derecho a la identidad única del menor puede exigir que el nombre y apellidos, así como la filiación de un menor, otorgados en un Estado sean respetados por el Derecho de los demás Estados. La DGRN subraya que las sentencias del TJCE presentan “*un valor supracomunitario*”. En efecto, en estos casos, el derecho de los menores a una identidad única no depende ni en modo alguno puede depender de que se trate de ciudadanos “comunitarios” o no⁶⁷. El derecho a una “identidad única” pertenece a todos los menores, pues deriva del art. 3 CDN. Al operar en dicha dirección, la DGRN se sitúa en la misma trayectoria abierta por el TJCE (STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*⁶⁸, y STJUE 14 octubre 2008, as. C 353/06, *Grunkin-Paul*), trayectoria que también siguen otros tribunales de Estados miembros en “casos no comunitarios”. Así, el Decreto del Tribunale di Bologna de 11 septiembre 2007, procedió a inscribir en el Registro Civil italiano el nombre de una menor de nacionalidad italiana y canadiense, hija de padre y madre italianos, nacida en Canadá e ins-

⁶³ RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo quinto.

⁶⁴ *Recopilación*, p. I-01191.

⁶⁵ *Recopilación*, p. I-11613.

⁶⁶ *Recopilación*, p. I-01191. *Vid.* igualmente las muy interesantes conclusiones del Sr. Abogado General JACOBS, especialmente en el punto 39 de las mismas, de fecha 9 diciembre 1992.

⁶⁷ En el ámbito comunitario, la determinación de la filiación en un Estado miembro de la UE plantea problemas particulares ligados a los derechos fundamentales que el Derecho comunitario atribuye a los ciudadanos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro (= “ciudadanos comunitarios”). En efecto, en los casos en que el nacido sea considerado “hijo” de determinadas personas por el Derecho de un Estado miembro de la UE y así haya sido inscrito en los Registros de dicho Estado, y con independencia de que el nacido sea doble nacional o no lo sea, resultaría que si se obligara al nacido a ser considerado “hijo” de unas determinadas personas y no de otras, se vulneraría el derecho a la “libre circulación” del nacido en la UE (art. 18 TCE). 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*” (= son palabras extraídas de la STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*, *Recopilación*, p. I-11613). En definitiva, en dicho supuesto, se dañaría la libre circulación de personas en la UE, pues los ciudadanos comunitarios se sentirían “desincentivados” y “obstaculizados” a trasladarse a otros Estados miembros si cada vez que cruzan las fronteras entre los Estados miembros, su filiación, y por tanto, su misma identidad, cambiase. La jurisprudencia del TJCE recaída en materia de nombre y apellido de las personas físicas apunta ya la solución jurídica: cuando un sujeto tenga “doble filiación” otorgada legalmente por dos Derechos de dos Estados Miembros de la UE, se deberá preferir como “filiación prevalente” una de las dos, que será, normalmente, la filiación elegida por el sujeto interesado o por sus representantes en el supuesto de su menor edad, siempre que esta situación no haya sido el resultado de maniobras estratégicas de los particulares (= mediante la búsqueda por los interesados de un foro de conveniencia: *Bad Forum Shopping*), y siempre que la admisión en un Estado miembro de la filiación del sujeto otorgada en otro Estado miembro no produzca resultados su orden público internacional (= lo que podría verificarse si la filiación elegida por los padres o representantes legales del sujeto, menor de edad, como “filiación prevalente”, perjudicara a dicho menor, pues en dicho supuesto, la certificación registral extranjera en la que consta es concreta filiación dañaría muy probablemente la estructura jurídica fundamental del Estado miembro de destino de dicha certificación registral).

⁶⁸ *Recopilación*, p. I-11613.

crita en los Registros de dicho país con el nombre y apellidos asignados por el Derecho sustantivo canadiense. El tribunal italiano recordó “*el derecho de la menor a ser identificada con el mismo apellido sea durante los períodos en los que reside en Italia, como en los períodos en los que reside en Canadá.... [ya que ello es consecuencia de su] derecho a un armónico desarrollo de la personalidad conectado con la unidad del nombre y con las dificultades que nacen del deber, en caso contrario, de transcribir en dos países actos que afectan a dicha menor en el caso de que la menor mantuviese en dos países dos identidades diferentes (matrimonio, separación, filiación, etc.)*”⁶⁹. Por otra parte, en un caso muy similar al abordado por la DGRN 18 febrero 2009, la sentencia de la Cour d’Appel de Paris de 25 octubre 2007 indicó que la falta de transcripción en los Registros franceses de la filiación de dos gemelos nacidos en California habría podido producir efectos contrarios al interés superior de los menores, los cuales se habrían visto privados de su ligamen legal con el que era su padre biológico. Esta sentencia fue casada y anulada por la sentencia n° 1285 de 17 diciembre 2008 de la Cour de Cassation francesa, Première chambre civile, pero por motivos exclusivamente ligados a la legitimación del Ministerio Público, de modo que la cuestión se encuentra todavía pendiente de solución definitiva⁷⁰.

26. Este modo de argumentar (= en el que el art. 3 CDN “dirige”, como “cláusula de valor supralegislativo”, los resultados de la aplicación de las normas de DIPr.) presenta una incidencia muy relevante, también, en los casos de determinación del “Derecho aplicable” al nombre y apellidos y a la filiación de los menores. En efecto, a la hora de decidir estas cuestiones, el aplicador del Derecho debe “monitorizar” el resultado de la aplicación de las normas de conflicto de modo que tal resultado encaje sin fisuras con el interés superior del menor. En tal sentido, en el caso, por ejemplo, de imposición de nombres a menores con múltiple nacionalidad, son los elementos subjetivos, como la vinculación psicológica del menor con un nombre concreto, los elementos de mayor peso específico. Los “elementos objetivos” del caso (= tales como la “vinculación más estrecha del supuesto con un país”, la nacionalidad de los menores y/o su residencia habitual, el hecho de que una nacionalidad coincida con un país de residencia habitual, que una nacionalidad sea más efectiva que la otra, etc.), por el contrario, son elementos ancilares, de importancia menor para el aplicador del DIPr. en el proceso de “monitorización de las normas de conflicto” guiado por el art. 3 CDN. Igualmente, la “elección de Ley reguladora” al nombre y apellidos y/o a la filiación por parte de los padres o representantes legales del menor, no debe ser aceptado como un criterio ciego y definitivo para determinar la concreta Ley reguladora a estos aspectos. La autoridad estatal competente puede apreciar que la Ley elegida puede no corresponder con interés superior del menor (= por ejemplo, porque aunque conduce a imponer un nombre único al menor, le perjudica psicológicamente porque denigra su dignidad personal, porque llama a confusión en cuanto al sexo u otra circunstancia en uno de los Estados vinculados con el caso, o porque presenta cualquier otra connotación negativa para el menor). En ese caso, dicha elección de Ley debe ser descartada y no producirá efectos y la última palabra corresponderá a las autoridades competentes, que determinarán qué Ley debe regir el nombre y apellidos y/o la filiación del menor de modo que encaje mejor con el específico interés de ese concreto menor⁷¹.

27. Tercero. La RDGRN 18 febrero 2009 sigue la célebre tesis del orden público internacional “atenuado” en relación con las “situaciones legalmente creadas en el extranjero”. La DGRN indica que la filiación de los nacidos en California constituye una situación jurídica existente y legalmente creada en un país extranjero y en una “sociedad extranjera”, y de cuyo ajuste al Derecho de tal país no cabe dudar. Se trata ahora de “exportar” tales situaciones jurídicas con destino a España. Pues bien, la intervención del orden público internacional debe limitarse sólo a “ciertos efectos” derivados de la situación legal creada en el país extranjero.

⁶⁹ Vid. *RDIPP*, 2009, pp. 99-102 y el muy agudo comentario de PIERALBERTO MENGOZZI, “Il diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno Stato non membro della Comunità e della cittadinanza italiana”, *RDIPP*, 2009, pp. 70-84.

⁷⁰ Vid. noticia de este proceso en *RDIPP*, 2008, pp. 939-940.

⁷¹ En tal sentido, A. GATTINI, “Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza”, *RDI*, 1996, pp. 93-109, esp. p. 106; PIERALBERTO MENGOZZI, “Il diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno Stato non membro della Comunità e della cittadinanza italiana”, *RDIPP*, 2009, pp. 70-84, esp. pp. 83-84.

De dicho modo, la cláusula de orden público internacional español impide considerar válido e impide ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución. Dicho contrato sería inejecutable en España porque pretender dicha ejecución en España dañaría la estructura legal básica española, sea cual fuere su Ley reguladora. La cláusula de orden público internacional impediría dicha ejecución (*vid.* art. 21 Reg. “Roma I”)⁷². Resulta evidente que si el contrato tuviera que ejecutarse “en España”, la estructura jurídica de la sociedad española resultaría dañada gravemente por la aplicación de la Ley californiana que permite dicha ejecución. La DGRN, en esta línea, se cuida bien en señalar que “*es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas*”⁷³, lo que es rigurosamente cierto (art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)⁷⁴.

Sin embargo, en este caso, el contrato de gestación por sustitución no se ha celebrado en España no pretende ser ejecutado en España (= ninguna parte reclama la ejecución de las prestaciones). La filiación “californiana” de los menores accede al Registro Civil español como una mera consecuencia última y periférica del contrato de gestación por sustitución. La certificación californiana de nacimiento y filiación no es un efecto jurídico del contrato de gestación por sustitución, sino un efecto de la aplicación al caso de la legislación californiana y de un pronunciamiento judicial, previo a la inscripción registral, expedido por un tribunal de California. El contrato de gestación por sustitución es nulo en Derecho español sea cual fuere su Ley reguladora, por acción del orden público internacional español. Pero el efecto jurídico último que dicho contrato, según el Derecho californiano y la certificación registral californiana, produce en el plano de la filiación de los menores, no vulnera el orden público internacional español, ya que encaja correctamente con el principio del interés del menor. Debe insistirse en que ello no supone, en ningún modo, dar cumplimiento o ejecutar o tener por válido en España el contrato de gestación por sustitución concluido en California. Por tanto, el orden público internacional español, que opera de modo radical contra la validez y ejecución en España del contrato de gestación por sustitución, no debe intervenir frente a la certificación de la filiación de unos menores nacidos como consecuencia de dicho contrato (= el orden público internacional español debe ser “atenuado” en relación con dicha filiación), del mismo modo que, por ejemplo, una sentencia extranjera que concede alimentos a la segunda esposa de un varón polígamo puede surtir efectos jurídicos en España sin que ello suponga, en modo alguno, que ese segundo matrimonio poligámico sea considerado válido en España.

3. La cuestión del fraude de Ley y del *Forum Shopping*.

28. Este aspecto suscita una atención especial. En efecto, *calamo corrente*, una primera reacción que suscita la RDGRN 19 febrero 2009 es la siguiente: “ahora cualquier sujeto puede acudir a las autoridades californianas a fin de que éstas declaren la filiación del nacido en favor de los contratantes y no en favor de la madre contratada que da a luz al nacido”. Una primera impresión podría conducir a pensar que existe una “vía libre” para poder “puentear” la legislación española sobre técnicas de reproducción humana asistida (= “*By-Pass jurídico*”). De ese modo, el sujeto que desee contratar a una madre de alquiler o madre por sustitución o madre gestante, no tiene más que “irse a California”. Es decir, se produce la impresión de que los particulares pueden “internacionalizar” fácilmente a su propio arbitrio y voluntad una situación jurídica “meramente nacional” (= conectada exclusivamente con España), y evitar, a través de dicha maniobra, la aplicación de la Ley española.

29. El mundo es una realidad dividida en Estados independientes, soberanos, muy diferentes entre sí y con sistemas jurídicos anclados en valores muy distintos, cuando no opuestos y enfrentados. Ésta es la explicación última de la prohibición de “internacionalizar” situaciones jurídicas exclusivamente internas”. Prohibición que existe en todos los sistemas jurídicos. En efecto, las situaciones “naturalmente conectadas con un Estado” (= todos sus elementos están conectados con un solo Estado), deben regirse

⁷² Art. 21 Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento “Roma I”) (DOUE L 177 de 4 julio 2008): “*Orden público del foro. Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro*”.

⁷³ RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo octavo.

⁷⁴ BOE núm. 126 de 27 mayo 2006.

por la Ley de ese Estado. Es el “ámbito natural” de las Leyes de ese Estado. Es lo que P. LAGARDE llama “*el respeto a la autoridad de la Ley*” (= *l'autorité de la loi*)⁷⁵. El Estado elabora sus Leyes para regular una comunidad social determinada (= aquella comunidad sobre la que, de modo natural, ejerce sus competencias legislativas y regulativas: la sociedad que ese Estado regula). Las Leyes de un Estado rigen las situaciones enteramente vinculadas con dicho Estado. Sólo de ese modo queda salvaguardada la “autoridad de la Ley” y se garantiza que tales Leyes puedan cumplir con el fin para el que han sido dictadas: hacer Justicia en relación con una concreta comunidad social. Las Leyes españolas persiguen ofrecer regulaciones y soluciones legales justas destinadas a la comunidad social española. Si ciertas situaciones jurídicas enteramente integradas en la comunidad social española (= por ejemplo, la determinación legal de la filiación de unos menores españoles en relación con unos progenitores españoles y con residencia habitual en España), quedan sustraídas a las Leyes españolas, la autoridad de la Ley española queda dañada. La Ley no podría entonces cumplir con su misión de Justicia. La división del mundo en Estados exige el respeto a la “autoridad de la Ley”. Por ello, cuando una relación social y jurídica (= la determinación de la filiación de los menores) ha sido artificialmente sustraída al ámbito de las Leyes de un Estado concreto, y ha sido situada en las manos de autoridades extranjeras para obtener una “decisión pública” en un determinado sentido, el DIPr. reacciona contra este *Bad Forum Shopping*. La reacción consiste en privar de eficacia jurídica a este “movimiento estratégico” de las partes. Dicha reacción es necesaria para impedir estas maniobras de los particulares que “aprovechan” el contexto internacional (= el hecho de que el mundo está dividido en Estados), para sustraer una situación social y jurídica (= precisión de la filiación) al alcance natural de las Leyes españolas. Conviene proceder con extrema cautela en este aspecto.

30. En primer término, debe subrayarse que en ningún caso se está en presencia de un “fraude de Ley”. La DGRN es tajante al respecto y destila una muy cuidada doctrina al recordar al lector que el “fraude de Ley internacional” exige la manipulación del punto de conexión de la norma de conflicto española. Con ello se crea una vinculación ficticia, aparente, puramente formal, entre el caso y un determinado país, cuya Ley los particulares desean ver aplicada al caso concreto. Es decir, habría “fraude de Ley internacional” en el caso de que los particulares hubieran fingido o creado la mera apariencia formal y legal pero sin contenido sustancial, consistente, por ejemplo, en presentar al nacido como un sujeto de nacionalidad norteamericana y domicilio en California. Ello habría provocado la aplicación de la Ley de California por un juez español que fuera competente para decidir sobre la filiación del nacido, ya que los tribunales españoles aplican a la filiación la Ley nacional del hijo (art. 9.4 CC). Para que exista “fraude de Ley internacional”, por lo tanto, los particulares alteran el “sentido normal” de la norma de conflicto (= que se dirige a dar aplicación a la Ley del país más vinculado con el caso), ya que consiguen provocar la aplicación de una Ley estatal que es, solamente en apariencia pero no en sustancia, la Ley del país más vinculado con el supuesto fáctico (= una nacionalidad que existe, pero que no representa, realmente, ningún vínculo del sujeto con el país cuya nacionalidad se ostenta). En el fraude de Ley internacional, los particulares crean una “vinculación aparente” (= un “montaje artificial” para eludir la normal aplicación de la Ley)⁷⁶. Pero no “viajan a otro país para litigar allí” y obtener una resolución extranjera que luego intentan “introducir” en España. En el presente caso, no existió ninguna alternación del punto de conexión de la norma de conflicto. No se manipuló ninguna “conexión”. No hay norma de cobertura y norma defraudada. En este caso, el término “fraude de Ley” es inapropiado.

⁷⁵ Escribe P. LAGARDE: “*la faveur à la validité des situations juridiques, qui inspire de telles règles, este cependant soumise à certaines conditions. Il ne peut s'agir de reconnaître n'importe quelle situation crée n'importe où. Indépendamment de la condition de conformité à l'ordre public, la reconnaissance peut être subordonnée, non pas à l'application d'une certaine loi, mais à l'existence de certains liens de la situation avec son État d'origine*”. P. LAGARDE, “Conflits de lois (Principes généraux)”, *Répertoire Dalloz Droit International*, enero 2006, pp. 1-30, esp. p. 30; ID., “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243. *Vid.* igualmente, H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 446: “*Il semble en effet que l'intérêt essentiel de l'État consiste à assurer l'homogénéité et l'autorité de sa loi; les lois édictées par un État forment un ensemble; si on soustrait à cet ensemble des relations étroitement unies à celles auxquelles il s'applique sans conteste, il en résultera inévitablement des incohérences, des contradictions et une atteinte à l'autorité de la loi*”.

⁷⁶ Esta gráfica expresión es utilizada por el Abogado General Sr. PHILIPPE LÉGER, en sus Conclusiones presentadas el 2 mayo 2006, en el as. C/196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs. Commissioners of Inland Revenue*: “*los órganos jurisdiccionales nacionales pueden en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles el beneficio de las disposiciones de Derecho comunitario invocadas. De lo anterior se deduce que, para que pueda estar justificada por la lucha contra la evasión fiscal, la legislación nacional no debe limitarse a referirse a una situación definida en términos generales, sino que debe permitir al juez nacional denegar, en cada caso concreto, el beneficio del Derecho comunitario a determinados contribuyentes o a determinadas sociedades que hayan realizado un montaje artificial con la finalidad de eludir el impuesto*”.

31. En segundo término, subraya la DGRN que tampoco se puede considerar que los interesados “*hayan incurrido en el conocido como Forum Shopping fraudulento*”. Existe *Forum Shopping* fraudulento (= *Bad Forum Shopping*) cuando los particulares “sitúan” la resolución de un caso ante tribunales o autoridades de un Estado que no presenta una “relación sustancial” con el caso en cuestión. Más gráficamente expresado, existe *Forum Shopping* cuando los particulares “viajan para litigar” al extranjero (= viajan al extranjero con el propósito exclusivo de “litigar ante sus autoridades”). Los conocidos como *quickie divorces* (= “divorcios rapidillos”) y los *24 hours divorces* (= “divorcios en 24 horas”) son casos evidentes de *Forum Shopping*: los esposos no tienen relación sustancial alguna con el país ante cuyos tribunales se divorcian en 24 horas o menos, en ocasiones sin necesidad de viajar realmente a dicho país o con una estancia de menos de quince días. Los esposos viajan “para litigar allí” (= paraíso divorcista) y obtener una decisión pública con el único objetivo de provocar una solución jurídica que habría sido imposible obtener en España y posteriormente, introducir dicha decisión en el orden jurídico español a través de su reconocimiento y/o *exequatur*. Para justificar que en el presente supuesto no existe *Forum Shopping* fraudulento, la DGRN maneja tres argumentos.

32. El primer argumento subraya que “*la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible erga omnes*”⁷⁷. En otras palabras, la DGRN afirma que las partes no han creado un *status* jurídico inalterable (= como se habría creado, por ejemplo, en el caso de un divorcio pronunciado en virtud de sentencia judicial). Las partes han presentado ante el Registro civil español, simplemente, una “*certificación registral extranjera que no prejuzga ni impide, en su caso, un recurso ante los tribunales españoles, que podrán, eventualmente, establecer con carácter definitivo, la filiación de los nacidos en California*”⁷⁸. Este argumento es correcto: mientras que en un *quickie divorce* se intenta introducir en España una sentencia judicial extranjera para que ésta produzca efectos de cosa juzgada en España, ello no sucede en el presente caso. El Registro Civil puede ser rectificado por decisión judicial posterior.

33. El segundo argumento se edifica sobre una simple proposición: no existe en el presente caso, ningún *Bad Forum Shopping* (= búsqueda consciente de un mero “foro de conveniencia” extranjero con el objetivo de obtener una resolución que no habría podido ser obtenida en España en un caso exclusivamente vinculado con España). Y no existe por lo siguiente. El mundo está dividido en Estados y cada Estado tiene sus Leyes y sus aparatos judiciales y administrativos. Cada Ordenamiento Jurídico refleja una idea particular de “Justicia”, tan legítima una como otra. La solución que la Ley de California ofrece a los casos de gestación por sustitución (= admisión de tales contratos y filiación en favor de los contratantes y no de la mujer que da a luz), es tan “justa” como la solución española (= represión y prohibición del fenómeno). Cada solución es “justa” en la respectiva sociedad (= solución californiana es justa “en California” y la solución española es justa “en España”). Por mucho que la legislación española prohíba los contratos de gestación por sustitución, ello no puede ignorar que otros legisladores estatales, como el californiano, adoptan otra perspectiva sobre estas prácticas y que las consideran perfectamente legítimas y legales. La legislación de California no “desaparece” por mucho que la legislación española sostenga totalmente lo contrario en relación con la filiación de los sujetos nacidos a través de técnicas de gestación por sustitución.

El *Bad Forum Shopping* es un mecanismo para castigar, mediante su “ineficacia legal”, los movimientos estratégicos de conveniencia que llevan a cabo ciertos sujetos y que consisten en situar ante un tribunal o autoridad extranjera, un caso exclusivamente vinculado con España y cuyo resultado pretenden introducir en el orden jurídico español. Pero en el caso presente, no existe un viaje de los interesados a California con el único propósito de litigar en el extranjero y obtener una certificación registral californiana que se pronuncia en un determinado sentido (= no se aprecia un “viajar al extranjero sólo para litigar”). En otras palabras, puede afirmarse que, en el presente caso, simple y llanamente, no existe *Bad Forum Shopping*. En efecto, los cónyuges españoles se trasladaron a California muchos meses antes del nacimiento de los menores. Siguieron y observaron todos los trámites, extremadamente exigentes, es-

⁷⁷ RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo sexto.

⁷⁸ *Vid.* nota anterior.

tablecidos por la legislación californiana para poder optar a la gestación por sustitución. La gestación por sustitución se llevó a cabo mediante los protocolos médicos seguidos por las clínicas médicas radicadas en California. Los cónyuges españoles establecieron su residencia en dicho *State*. La gestación de los menores por la mujer tuvo lugar en California. Dicha mujer gestante era nacional norteamericana y tenía su residencia habitual en California. Los niños nacieron en California. De todo lo anterior, puede inferirse que los “contactos” de este supuesto concreto con California no resultan, en absoluto, accidentales, fugaces, pasajeros, artificiales, meramente formales (G. CUNIBERTI)⁷⁹. Una comparación útil del relato fáctico de este caso puede hacerse con la situación de las españolas que viajaban a Londres con la intención de abortar en los tiempos en los que la legislación penal española penaba todo tipo de aborto. El TC dejó bien claro que no había fraude de Ley alguno ni tampoco ningún *Bad Forum Shopping* en dichos casos. Las españolas viajaban a Londres para realizar diversos actos en el Reino Unido, actos que eran perfectamente ajustados a la Ley de dicho Estado (STC, Sala 2ª, 27 junio 1984)⁸⁰. Consideraciones similares pueden realizarse en relación con los sujetos españoles que se trasladan a países en los que el consumo y/o tráfico de ciertos estupefacientes o medicamentos, prohibido en España, está permitido por la Ley de dicho país extranjero. Igualmente, en el caso de los “niños toreros españoles” (= españoles de 14 años o incluso de menos de esa edad, que se trasladan a vivir a México para poder participar en corridas de toros aunque no cumplen la edad reglamentaria exigida por la Ley española [16 años])⁸¹ puede tampoco estimarse que se crea un contacto “artificial” o “meramente aparente” con Méjico. Naturalmente, en el caso de que el sujeto hubiera nacido en España y las técnicas de reproducción asistida hubieran tenido lugar en España, pero los sujetos se hubieran trasladado a un país extranjero sólo con el propósito de obtener una “decisión” pública sobre la filiación del nacido, ya sea una sentencia o una certificación registral, existe *Bad Forum Shopping* (= búsqueda de conveniencia del foro y de la autoridad extranjera) y la decisión extranjera sobre filiación no debería surtir efectos legales en España. Pero no es éste, como se ha visto, el caso objeto de la RDGRN 18 febrero 2009. Debe, además, recordarse, que la sanción contra el *Bad Forum Shopping* sólo procede en casos específicos y probados de “viajes para litigar al extranjero”, esto es, en casos que se apartan claramente de la regla general (= admisión de los efectos en España de las decisiones extranjeras). Y es sabido que: *quae communi legi derogant, stricte interpretantur*: lo que deroga al Derecho general debe ser interpretado de modo estricto y no expansivo o extensivo.

34. El tercer argumento parte de la arquitectura general del sistema legal español que regula los efectos de las resoluciones registrales en España. Visto que no existe una regulación legal específica de esta cuestión y que, por lo tanto, dicho sistema se construye “por casos”, la DGRN indica que el ajuste de la certificación californiana con el orden público internacional español incluye la cuestión de un eventual *Bad Forum Shopping*. Es decir, incluso si se considerara que los particulares han situado de un modo artificioso la cuestión jurídica de la filiación de los menores en manos de las autoridades de California, debe primar sobre la sanción a dicho *Forum Shopping*, el interés de los menores, ya que se trata de un interés “superior” que se impone a otras consideraciones y que exige la “continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores”⁸². Un posible *Bad Forum Shopping* no debería conducir a negar los efectos jurídicos registrales en España de la certificación registral californiana si ello se tradujese en una priva-

⁷⁹ G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^{er} ch. sect. C de 25 octobre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. pp. 156-157.

⁸⁰ BJC 1984, pp. 667-673: “la realización del aborto fuera del territorio español no se hace al amparo de norma alguna, para producir las consecuencias previstas en ella, ni persigue en consecuencia crear apariencia alguna de jurisdicción del resultado, sino pura y simplemente llevar a cabo unos hechos fuera de España, de tal modo que la norma aplicable no sea la española, sino la territorial. No se dan por tanto los supuestos necesarios para apreciar la existencia de un fraude de ley...”. Vid. también la STS, Penal, 5 diciembre 1986 [R.7853], que rectifica la jurisprudencia anterior de la STS, Penal, 20 diciembre 1980 [R.4980] y STS, Penal, 15 octubre 1983 [R.4749].

⁸¹ Vid. Diario *El Mundo*, 16 abril 2007.

⁸² RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo séptimo: “el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones”, es decir, sobre un eventual *Forum Shopping* o sobre un contrato de “gestación por sustitución” que es nulo según el Derecho sustantivo español.

ción, para los menores implicados, de su filiación como estado civil⁸³. Como también recuerda la DGRN, en caso de rechazar la inscripción de esta filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos queden privados de una filiación, que queden privados de su filiación en relación con el sujeto que es su padre genético, lo que resulta inadmisibles por vulnerar el “interés superior del menor”⁸⁴.

V. Conclusión.

35. La RDGRN 18 febrero 2009 constituye una auténtica experiencia jurídica que prima sobre la experiencia normativa. Un viaje iniciático a través de los presupuestos, de los fundamentos, y de la función del DIPr. en el que la DGRN coloca en su sitio a la norma de conflicto, demuestra dónde se halla el ámbito propio del método del reconocimiento, explica por qué ambos métodos son diferentes y deben ser diferentes en sus objetivos y en su funcionamiento y, finalmente, demuestra que el DIPr. es una rama del Ordenamiento Jurídico de cada Estado cuya función es impulsar, con la máxima seguridad jurídica posible, la vida internacional de los particulares. Fomentar el ínter curso de las personas a través de las fronteras sin que la división del mundo en Estados, realidad insoslayable, perjudique los intercambios transnacionales. Porque es en los intercambios transnacionales donde se halla el aumento del bienestar de las personas.

En esta RDGRN 18 febrero 2009, la DGRN no se olvida de la muy rica tradición jurídica del DIPr. que es aprovechada en su justa medida, sin que ello impida nuevas formas de enfoque de los problemas legales que el siglo XXI suscita al operador jurídico. La solución ofrecida por la DGRN se muestra correctamente equilibrada desde el prisma de la política jurídica. La RDGRN 18 febrero 2009 tiene su razón de ser en el “interés del menor”, principio-valor que monitoriza la aplicación de todas las normas de Derecho internacional privado español. Un lector inteligente de esta RDGRN 18 febrero 2009 vuelve a sentir la experiencia de la realidad. La experiencia de un DIPr. que se enfrenta con los contratos de gestación por sustitución, hecho típico del siglo XXI, y que proporciona una solución creativa a tan difícil supuesto. Una pausada lectura final a esta RDGRN 18 febrero 2009 muestra, igualmente, que la DGRN adopta una perspectiva “holística”: la DGRN percibe los problemas generados por este supuesto internacional de gestación por sustitución, “en su globalidad” y ofrece una solución al “conjunto problemático”. Es como un director de orquesta que, a pesar de contar con músicos que interpretan partituras distintas (= métodos jurídicos diferentes, normas jurídicas diversas, perfiles legales distintos, diversos particulares implicados), mantiene un “enfoque completo” que encuadra el supuesto planteado, su propia actuación para enfrentarse al mismo, las repercusiones de las soluciones ofrecidas y, en general y en definitiva, todo ese “conjunto problemático” que es, en sí mismo, una totalidad inescindible.

36. Esta modesta nota en torno a la RDGRN 18 febrero 2009 pretende, igualmente, constituir una prueba del reconocimiento de sus autores en favor de la labor ingente desarrollada por Dña. PILAR BLANCO MORALES-LIMONES, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Extremadura, al frente de dicha Dirección General. Nunca antes el DIPr. había recibido tanta y tan profunda atención por parte de la DGRN. Nunca antes el DIPr. había sido objeto de análisis tan fecundos y detallados como los que ha recibido por parte de la DGRN entre los años 2004 y 2009. La DGRN ha sabido destilar la mejor doctrina internacionalprivatista española en sus incontables Resoluciones, Instrucciones y Consultas, sin convertirse en *turris eburnea* aislada de la comunidad jurídico-científica internacional. Los años pasarán. Pero no pasarán el trabajo infatigable y la elevada calidad de las propuestas y soluciones jurídicas que ha desplegado durante cinco años Dña. PILAR BLANCO MORALES-LIMONES al frente de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⁸³ G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. C de 25 octubre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. pp. 152-153.

⁸⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10^a ed., Granada, Comares, 2009, pp. 195-215, esp. pp. 212-215.