



**Universitat de les
Illes Balears**

GESTACIÓN

POR

SUSTITUCIÓN

ANA BALTASAR COZAR

*Trabajo de Fin de Grado
Grado en Derecho 2009 – 2014*

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| I.- Introducción. Gestación por sustitución..... | 3 |
| 1. Concepto y modalidades | 3 |
| 2. Referencias históricas..... | 4 |
| 3. Derecho comparado..... | 5 |
| II.- Gestación por sustitución en España..... | 7 |
| 1. Normativa aplicable a la gestación por sustitución | 7 |
| 2. Problemática de la Ley 14/2006. Instrucción 5 Octubre 2010 DGRN..... | 8 |
| 3. Perspectiva de futuro..... | 10 |
| A) Entrada en vigor de la nueva Ley 20/2011 de 21 Julio del Registro Civil..... | 10 |
| B) Asuntos pendientes en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos..... | 12 |
| III.- Práctica española del reconocimiento de gestación por sustitución en el extranjero. Itinerario Judicial de un caso relevante | 13 |
| 1. Antecedentes..... | 14 |
| 2. Resolución DGRN 18 Febrero 2009..... | 15 |
| 3. Resolución Juzgado de 1º Instancia de Valencia, 193/2010 ,15 Sept. | 16 |
| 4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, 23 Nov. 2011..... | 17 |
| 5. Sentencia Tribunal Supremo 835/2013, 6 Feb. 2014..... | 18 |
| IV.- Conclusiones..... | 20 |
| V. Bibliografía..... | 24 |

I.- INTRODUCCIÓN. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. CONCEPTO Y MODALIDADES

La Gestación por sustitución se define como un contrato oneroso o gratuito, por el que una mujer consiente llevar a cabo una gestación mediante técnicas de reproducción asistida, pudiendo o no, aportar también su óvulo, y comprometiéndose a entregar el nacido al comitente/s. Éste último pueden a su vez aportar, o no sus gametos.¹

En función de la genética del bebé, la maternidad subrogada presenta dos modos de llevarla a cabo: La *traditional surrogacy*² conocido vulgarmente como madre por sustitución, y la *gestational surrogacy*, válido coloquialmente como vientre o útero de alquiler³. La primera, se considera la modalidad tradicional, en ella la mujer aporta el óvulo y lleva a cabo la gestación, de tal forma que la madre subrogada es también la madre biológica. El segundo caso presenta más complejidad, la mujer aporta el óvulo, éste se fertiliza, y el embrión es implantado en el útero de otra mujer, por tanto la mujer que gesta al niño, no aporta su material genético.

A su vez, ésta práctica se puede realizar por medio de dos tipos de contratos: A título gratuito, conocido también como altruista, donde la mujer que lleva a cabo el embarazo no obtiene ningún tipo de remuneración económica, y a título lucrativo u oneroso, en el que efectivamente la madre gestante ofrece llevar a cabo el embarazo, a cambio de una suma de dinero⁴.

Por lo común, son tres las situaciones que conducen a llevar a cabo este tipo de práctica: la infertilidad (en parejas constituidas por una mujer y un hombre, por dos mujeres, o por una sola mujer formándose por tanto una familia mono parental); las parejas de hombres, y por último, un solo hombre que quiera formar una familia mono parental. Así pues, de ello se deduce que los individuos que acuden a este tipo de técnicas son los que no pueden gestar un hijo⁵. Por otro lado, las candidatas a madres gestantes, carecen de perfil único. Éstas deben amoldarse a los requisitos exigidos en función de la ética y la moral de la agencia que media el contrato de gestación por sustitución. Por lo general, es requisito indispensable que la madre tenga entre 25 y 35 años (obligatoriamente mayor de 21 y menor de 45), que no consuma drogas o medicamentos que puedan afectar negativamente al embarazo, se exige también que haya sido madre de al menos un hijo propio, que carezca de enfermedades de transmisión

¹STA Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 23 Noviembre 2011,

²JENN Z, *Definition and types of surrogacy*, EEUU. Surrogatemothers online, 1997, <http://www.surromomsonline.com/articles/define.htm>, blog creado principalmente para educar sobre la maternidad subrogada.

³ El concepto “vientre o útero de alquiler” ha sido empleado por varios medios de comunicación en sus publicaciones; <http://www.elmundo.es/cronica/2013/11/17/528660b00ab74029508b4577.html> o <http://www.lavanguardia.com/vida/20130123/54362238909/entrevista-iolanda-anges-vientre-alquiler.html>, entre otros.

⁴ I. BRENA SESMA, *Maternidad subrogada*, Titular del Instituto de investigaciones jurídicas de UNAM (Universidad Nacional México), págs. 10-11. Hildara Araya, *¿Qué es la maternidad subrogada?*, periodista y editora en medios de comunicación escrita, pág. 2 del artículo.

⁵R. QUELART, *La Vanguardia; Pareja mileurista explica cómo tuvo a su hija en un vientre de alquiler a raíz de su infertilidad*, 1 de Marzo de 2014, accesible en el enlace web: <http://www.lavanguardia.com/vida/20130123/54362238909/entrevista-iolanda-anges-vientre-alquiler.html>.

sexual y finalmente que sea sometida a exámenes médicos⁶ para comprobar que se encuentre en un buen estado de salud.

2. REFERENCIAS HISTÓRICAS

La gestación por sustitución no se califica como una práctica reciente aunque sus modos y formas de regulación induzcan a pensar lo contrario. Esta técnica se remonta a un origen bíblico. Así se expresa en el Capítulo 16 del libro del Génesis del Antiguo Testamento, en el que se describe la situación de infertilidad de *Sara*, esposa de *Abraham*, la cual decide acudir a otra mujer para que gaste al niño⁷.

Más allá de la narración bíblica, es curiosa la comparativa del desarrollo histórico de esta práctica entre judíos, musulmanes y cristianos. Mientras los dos primeros no prohíben la maternidad subrogada⁸, una parte de los cristianos la rechaza totalmente, calificando esta práctica como un “desafío a la vida y a la ley natural”, fundamentando los efectos negativos que produce el “que los niños no puedan ver jamás a sus verdaderos padres”⁹.

En el año 1985 se perfeccionó en *New Jersey* el primer contrato de maternidad subrogada, en el que Mary Beth Witeheath ostentó la figura de la madre de alquiler aceptando ser inseminada por William Stern. Meses después de firmar el contrato, la Sra. Witeheath dio a luz una niña, negándose en rotundo a entregarla a los Stern. Ante ello, se dictó resolución judicial en la que la niña fue declarada legalmente hija de Sra. Witeheath y el Sr. Stern, sin embargo, la hija viviría con los Stern y la madre, única y exclusivamente tendría el derecho de visita. Éste caso, conocido como *Baby M*¹⁰, rompió con el viejo aforismo del derecho romano *mater Semper certa est*¹¹, teniendo una abundante repercusión mediática y siendo el detonante que da lugar a una necesidad de regulación de este tipo de práctica.

⁶ La lista completa de exámenes médicos a los que deben ser sometidas se encuentra en la página de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva, *Recommendations for practices utilizing gestational carriers*, http://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/News_and_Publications/Practice_Guidelines/Committee_Opinions/recommendations_for_practices_utilizing_gestational_carriers_nonmembers.pdf.

⁷ Capítulo 16 Génesis, La Biblia; *Sara dijo a Abrahám “Ya que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava, tal vez por medio de ella podré tener hijos”*. Abrahám accedió al deseo de Sara.

⁸ Israel legalizó la gestación por sustitución en 1996, y los países musulmanes la engloban en el marco de la *poliginia* (un hombre puede tomar una segunda esposa, y con su consentimiento, introducirle un óvulo de la primera mujer, junto con el esperma del marido).

⁹ Ello se explica en el artículo *Sínodo de los Obispos, Desafíos Pastorales Sobre la Familia en la Evangelización*, en la página web oficial del Vaticano: http://www.vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20131105_iii-assembly-sinod-vescovi_sp.html.

¹⁰ L. SCHWARTZ-NOBEL, *A mother's Story: The truth about the baby M case*. St Martins Pr, 1 edición, Febrero 1989

¹¹ La madre siempre es cierta.

3. DERECHO COMPARADO

La regulación pluriforme de este tipo de práctica da lugar a un tratamiento legal diverso en función del país. Muchos países la prohíben, otros la aceptan en determinadas situaciones mediante resolución judicial previa al nacimiento del niño o posterior al mismo, y otros no exigen ni siquiera la intervención de la autoridad pública.

Entre los países que prohíben la gestación por sustitución se encuentran España, Francia¹² o Italia¹³. Éstos fundamentan su restricción al considerar que cuando se perfecciona el contrato, se viola la dignidad humana del niño y de la madre portadora reduciéndolos a simples objetos contractuales¹⁴. Por otro lado, Canadá, Reino Unido o Australia, son algunos de los países en los que se permite la gestación por sustitución, aunque con unos requisitos para acceder de manera legal. Finalmente, en Nueva Zelanda, India, o parte de los Estados Unidos se fomenta abiertamente esta técnica considerándose los vientres de alquiler totalmente legales.

A modo de ejemplo, dos de los países que ilustran la pluriformidad de esta técnica son:

- a) *California (EEUU)*: Es uno de los Estados pertenecientes a los Estados Unidos que permite legalmente la gestación por sustitución. El Tribunal Supremo de California considera que la filiación materna puede establecerse tanto a favor de la madre gestante¹⁵ como de la madre comitente, ya que ésta última se considera madre cuando sea ella la que decida tener el niño, asumiéndolo con todas las consecuencias. Es necesario destacar, que cada vez es más habitual que las parejas que no pueden gestar un hijo se desplacen a territorios donde el recurso a la maternidad subrogada es legal, y el destino por excelencia es California. Ello se debe a que es el Estado norteamericano que proporciona más seguridad, más libertad y en el que se concentran más centros y agencias que actúan de intermediarias¹⁶.
- b) *India*: En la India esta práctica no está regulada, sino que meramente está tolerada. El gobierno Indio estudió una propuesta para llevar a cabo una regulación que desembocó en una serie de normas básicas a seguir en cualquier proceso médico referente a este tipo de práctica. La corte suprema India, defiende que el contrato de gestación por sustitución es plenamente válido según la ley, amparando por tanto el acuerdo por el cual la madre gestante renuncia al nacido en el momento de la inseminación, perdiendo todo el derecho sobre él durante el embarazo. En el año 2013 entra en vigor una nueva normativa en la India, en la que para salir del país habiendo

¹² Art. 16.7 *Code Civil* "todo acuerdo relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro será nulo". Esta práctica también es sancionada en el art. 227-12 del *Code Penal*.

¹³ Art. 12.6 Ley 19 febrero 2004, núm. 40. El contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades y será penado con reclusión de tres meses a dos años y con multa de 600.000 a un millón de euros.

¹⁴ A. DURÁN AYAGO, *El acceso al Registro Civil de certificaciones Registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XII, 2012, págs. 277-278

¹⁵ Art. 7003 y 7015 CC Californiano, "la maternidad se determina por el hecho del parto".

¹⁶ J. PRATS, *Busco madre de alquiler en el extranjero*, *El País*, 9 de Noviembre del 2008 http://elpais.com/diario/2008/11/09/sociedad/1226185201_850215.html.

sido parte en un contrato de gestación por sustitución es necesaria una carta del Cónsul o Embajador del país de destino en la que se certifique esta práctica.

Ello, efectivamente, dificulta el llamado “turismo reproductivo” creando a su vez vacíos legales y numerosos casos problemáticos¹⁷. A diferencia de lo que ocurre en California, al ser la India un país en el que priman las zonas rurales y empobrecidas, el coste de esta técnica es mucho menor, se acude a la India por motivos económicos y en muchas ocasiones también para ahorrar los trámites burocráticos que se siguen en los países desarrollados. Es necesario destacar que el perfil de las madres gestantes no es tanto de mujeres de clase media alta que cumplen con los requisitos exactos de las agencias como de mujeres con un nivel de pobreza considerable. Mientras en los países desarrollados las mujeres gestantes optan por este tipo de práctica como mejora de su calidad de vida, en la India, la necesidad de estas mujeres se puede calificar como una “recurso vital”.

En definitiva, la prohibición, regulación y la mera tolerancia de la gestación por sustitución, hace que se lleven a cabo numerosos desplazamientos de individuos o parejas interesadas en hacer uso de esta técnica desde su país de origen a otro país donde puedan obtener un resultado efectivo de la misma. En función de sus necesidades y de su capacidad económica, acudirán a un Estado u otro. Una de las novedades que surgen en los Estados en los que es legal este tipo de práctica es la posibilidad de cursar la solicitud online en la página web de las agencias o centros de reproducción asistida que actúan de intermediarios.

¹⁷ P. PAREJA, *Atrapados en la India por un vientre de alquiler*, El País, 26 de Octubre de 2013 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/08/26/actualidad/1377541171_287106.html

II.- GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

1. NORMATIVA ESPAÑOLA APLICABLE A LA GESTACION POR SUSTITUCIÓN

Cada país, legisla este tipo de práctica en función de los usos, costumbres y normas que se lleven a cabo. La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español se regula de una forma restrictiva imponiéndose ciertos límites a su práctica.

El artículo 10 de la *Ley 14/2006 de 26 mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida* (en adelante LTRHA) establece la plena nulidad de cualquier contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. En el apartado dos de este mismo precepto se añade que *la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*, de lo que se deduce que este apartado responde con efectividad al principio de derecho romano ya citado, “*Mater Semper certa est*”. Es importante destacar que el art. 10 LTRHA no diferencia entre un contrato que tenga por objeto una gestación con óvulo propio de la madre gestante, y una gestación con óvulo de la madre comitente, ya que el precepto evidencia que, sea cual sea el acuerdo, es considerado nulo de pleno derecho y por tanto, madre jurídica será la que gesta y dé a luz¹⁸.

En defecto de que se regule la nulidad contractual de este tipo de práctica en la LTRHA, sería igualmente nulo en virtud de lo establecido en el artículo 1261 del *Código Civil*. En él, se establece que no existe contrato cuando no hay objeto cierto, y considerando el cuerpo humano como indisponible, intransferible y personalísimo¹⁹, sería éste conceptuado en el artículo 1271 CC como un *res extra commercium*, con lo que el cuerpo humano acaba siendo un objeto incierto retirado del comercio de los hombres.

Asimismo, teniendo en cuenta la prohibición del artículo 10 LTRHA, es notable la insistencia de los artículos 1271.3, 1275 y 1255 del *Código Civil* en considerar ineficaces los contratos siempre que el objeto, causa, cláusulas o condiciones de los mismos se opongan a las leyes y la moral.

El *Código Penal* no se abstiene de regular este tipo de práctica, castigando en su artículo 221 a “los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”, con una pena de prisión de uno a cinco años “y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”. Asimismo, en virtud del artículo 220.2 CP, con la misma pena serán castigados los que tengan como objeto modificar su filiación ocultando o entregando un hijo a terceros.

¹⁸ El artículo 7 LTRHA establece que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Así pues, la ley da pie a que se inscriba la filiación de dos mujeres como madres jurídicas, poniendo en duda lo dispuesto en el art. 10 LTRHA.

¹⁹ A. J. VELA SANCHEZ, *La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler*, Diario La Ley, grupo 7608 11 abril 2011.

Por otro lado, la regulación de esta práctica tiene cabida en las normas reguladoras de aspectos fundamentales de familia ancladas en diversos preceptos constitucionales. Éstas se establecen en el Título I de la *Constitución Española* dedicado a los derechos y deberes fundamentales, donde se desarrolla cierta normativa que sirve como arma tanto a los defensores de esta técnica, como a los que la consideran una incompatibilidad con la dignidad humana de la madre y del nacido. En el artículo 10 C.E se defiende *el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás*. Insisto en la doble interpretación del precepto, que por un lado puede defender la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente la opción vital más acorde con sus preferencias, y *a sensu contrario* puede pensarse que la dignidad humana del artículo 10 CE, resulta difícilmente respetada si se entiende posible que el ser humano pueda ser objeto de una transacción contractual²⁰.

Así pues, los contratos referentes a los vientres de alquiler en España son ilegales, su contrato es nulo y pueden castigarse con penas de uno a cinco años de prisión.

2. PROBLEMÁTICA DE LA LEY 14/2006. INSTRUCCIÓN 5 OCTUBRE 2010 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

Hoy por hoy, la LTRHA sigue sancionando como nulos los contratos de gestación por sustitución declarando que la filiación quedará determinada por el parto (art. 10 Ley 14/2006).

Lo cierto es que tanto la prohibición expresa como el silencio de la ley no evitan que esta práctica se realice. Existen multitud de casos de individuos que quieren acogerse a este tipo de práctica, entre ellos famosos, cuya situación da de sí una notable trascendencia mediática²¹. La constante puesta en práctica de la gestación por sustitución de una gran variedad de personas residentes en España, frente a la regulación restrictiva que se lleva a cabo sobre esta técnica, desemboca en numerosos problemas referentes a esta materia.

La regulación restrictiva mencionada no solo se fundamenta en la prohibición de llevar a cabo esta práctica en España, tratada en el apartado anterior, sino también en la negativa de inscripción en Registro Civil Español de un menor nacido a través de la gestación por sustitución en el extranjero²², siempre y cuando un tribunal competente no hubiera dictado una resolución judicial extranjera en la que se determine la filiación del nacido.

A raíz de la anulación judicial de la Resolución fechada el 8 de febrero de 2009 de la Dirección General de Registros y Notariado, en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil español de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, se crea la necesidad de que la Dirección General, lleve a cabo una regulación más estricta y adecuada a derecho sobre esta materia con la Instrucción de 5 de Octubre de 2010.

²⁰ F. EMBID FRANCIA, *La maternidad subrogada o de alquiler*, 22 septiembre 2012 <http://www.vientredealquiler.com/index.php/noticias/1828-la-maternidad-subrogada-o-de-alquiler>

²¹ La Vanguardia, *Famosos ven en los vientres de alquiler una luz al final del día*, 31 Enero 2012. Artículo en el que explica por qué Miguel Bosé, Ricky Martin o Micheal Jackson entre otros, se acogen a esta práctica.

²² Negativa regulada en la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado publicada en el BOE, núm. 243 de 7 octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En esta Instrucción se establecen unos criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro de los nacidos en el extranjero mediante este tipo de práctica. El objetivo básico de la misma es abordar tres aspectos; “Los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; Que la inscripción registral no permita que se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores; y la exigencia de que no se vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico”²³.

Pues bien, para garantizar estos tres intereses, la Instrucción establece como requisito previo a la inscripción, que se presente ante el Encargado del Registro Civil una resolución dictada por un Tribunal competente. Esta exigencia la fundamenta en la necesidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato en el país donde se formaliza, además de la protección de los intereses del menor y de la madre gestante.

En consecuencia, la Instrucción acaba dotando de carácter vinculante la decisión del Encargado del Registro Civil, de tal forma que si éste considera que la resolución extranjera presentada, fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción debiéndose requerir el *exequátur* de la misma²⁴. Por otro lado, si el Encargado estima que la resolución extranjera deriva de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, se llevará a cabo un control sobre si efectivamente puede darse el reconocimiento en España.

En definitiva, la *Instrucción sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución* establece dos directrices básicas; en primer lugar, que la inscripción en España del menor nacido en el extranjero como consecuencia de la gestación por sustitución, única y exclusivamente podrá realizarse presentando junto a la solicitud de inscripción la resolución judicial dictada por Tribunal competente que determine la filiación del nacido. En segundo lugar, establece la prohibición de que se admita como título para la inscripción y filiación, una certificación o una simple declaración, junto certificación médica, que no conste la identidad de la madre gestante²⁵.

La Instrucción 5 Octubre 2010 concluye con la ya citada y rotunda afirmación: La certificación extranjera sin que conste la identidad de la madre, no vale por sí sola para la efectiva inscripción en el registro, a diferencia que lo que establecía la misma Dirección General en su resolución de 8 de Febrero de 2009, como se explica en el apartado 3 con más detalle en el análisis de un caso real.

²³ Párrafo 5º de la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado publicada en el BOE, núm. 243 de 7 octubre 2010.

²⁴Salvo que se pudiese aplicar un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur* en virtud del procedimiento establecido en los arts. 954 y 955 LEC de 1881.

²⁵La importancia de que conste la madre gestante se fundamenta en el art. 10.2 de la ley 14/2006 de 26 mayo, que establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (madre gestante).

3. PERSPECTIVA DE FUTURO

A) Entrada en vigor de la nueva Ley 20/2011 de 21 Julio Registro Civil

La ley 20/2011 del Registro Civil²⁶ entrará en vigor el próximo 22 de Julio de 2014. La normativa de derecho internacional privado se contiene en el título X de la Ley con una actualización de las soluciones jurídicas influidas por el avance de la legislación europea, y en especial una creciente importancia del elemento extranjero con acceso al Registro Civil. Una de las mayores novedades que establece la Ley, hace referencia a la inscripción de documentos registrales extranjeros.

El apartado VI del Preámbulo de la Ley 20/2011 especifica además, que la Oficina Central del Registro se configurará como autoridad encargada en materia de cooperación internacional añadiendo que *la complejidad inherente a las situaciones internacionales justifica que la inscripción de documentos extranjeros judiciales y no judiciales, así como de certificaciones extranjeras corresponda con carácter exclusivo a la Oficina Central del Registro.*

No se puede negar que todas estas novedades supongan una especie de confusión normativa en el ámbito del derecho internacional privado, en concreto en materia de inscripción en el Registro Civil de individuos nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero. A pesar de que la Instrucción sea derogada por la nueva LRC, es preciso tener en cuenta numerosas contradicciones entre ambas que originan una situación de desconcierto. A modo de ejemplo, la más previsible se da frente a la Instrucción DGRN 5 Octubre 2010, ya que mientras ésta mantiene que para la inscripción en el Registro Civil español es necesaria resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, la nueva LRC establece que se podrá acceder al Registro Civil en nuestro país, únicamente con las certificaciones registrales expedidas por las autoridades públicas competentes en los Estados donde se lleve a cabo legalmente el contrato de gestación por sustitución²⁷.

La nueva LRC, establece una reforma intensa dirigida a la modernización radical del sistema registral. El “rejuvenecimiento” de este sistema registral y su pendiente entrada en vigor, ponen de manifiesto en muchas ocasiones una falta de concordancia e insuficiencia normativa. Por ello se deduce la probable falta de aplicación de la misma tal y como disponemos de ella, de hecho, ya circula un borrador de *Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros*²⁸ modificando la ley tal y como la entendemos.

Dos de los preceptos de la Ley que contribuyen a tal discordancia normativa son los arts. 96 y 98, el primero se refiere al acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil y el segundo hace referencia a la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros.

La principal novedad que introduce la nueva Ley tiene su punto de partida en artículo 98.2: “La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifique que el Registro extranjero del que proceda

²⁶ BOE núm. 157 de 22 julio 2011.

²⁷ Arts. 69 y 98 Ley 20/2011 de 21 Julio Registro Civil.

²⁸ <http://www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2012/borrador-reforma-registros.pdf>.

tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española”. Así pues, teniendo en cuenta que una certificación registral ya constituye una resolución judicial, es considerada la primera como título necesario para el acceso al Registro Civil.

Es necesario hacer hincapié en la notable diferencia entre el precepto y a la Instrucción DGRN 5 Octubre 2010. Ésta última, lleva a cabo una regulación semejante a la Ley pero mucho más restrictiva, estableciendo que la inscripción en el Registro Civil español sólo se llevará a cabo, presentando junto con la solicitud de inscripción, una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que determine la filiación del nacido.

En base a lo establecido en el artículo 98 de la nueva ley del Registro Civil, es necesario también que para la inscripción se lleve a cabo un reconocimiento previo. Para ello se acude a las dos vías reguladas en el artículo 96; el exequátur²⁹ y el reconocimiento incidental. La segunda se aplica cuando la resolución proviene de un proceso equiparable a la jurisdicción voluntaria, siendo hoy día la mayoría de los casos³⁰. En esta línea, será el Encargado del Registro Civil el que verifique la autenticidad de los documentos, también se encargará de que el Tribunal de origen base su competencia en criterios equivalentes a la legislación española, así como de que las partes sean debidamente notificadas y no exista incompatibilidad con el orden público.

Se puede afirmar entonces, que con la nueva LRC se le otorga poder judicial a un órgano no jurisdiccional como es el Encargado del Registro, confiriéndole deberes tales como el reconocimiento incidental de una resolución judicial extranjera. En virtud de lo establecido por algunos juristas críticos, el reconocimiento del mandato de un poder judicial extranjero solo puede ser asumido por el poder judicial español, añadiendo que posiblemente esta norma manifieste ciertos principios de inconstitucionalidad³¹.

No obstante, dada la redacción del artículo 96 LRC, es necesario volver a plantear el conflicto normativo frente a la Instrucción 5 Oct. 2010. En la última se exige el reconocimiento de resolución judicial extranjera en la que se determine la filiación del nacido mediante la técnica de gestación por sustitución. Exige también la vía del exequátur para las resoluciones que provengan de procedimientos contenciosos, y un control incidental para resoluciones que provengan de procedimientos de jurisdicción voluntarios. De esta forma, cuando un individuo quiera inscribir la filiación en el Registro Civil español mediante el reconocimiento de resolución judicial extranjera, es lógico pensar en la prevalencia de aplicación de la nueva LRC sobre la Instrucción, ya que la primera ostenta mayor rango normativo. Así pues, se reconocerá la resolución mediante un control incidental llevado a cabo por el Encargado del Registro.

²⁹A. DURAN AYAGO, *ob. cit.* pp. 299-300. Exequátur es una vía pensada para los supuestos en que la resolución proceda de un proceso contencioso. En ese caso se seguirán los pasos bien del Convenio aplicable al supuesto o bien de la LEC 1881.

³⁰Es el que originó la Resolución DGRN 18 Feb. 2009.

³¹J.M. ESPINAR VICENTE, Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil, Diario la Ley, nº 7771, 9 enero 2012.

Parece adecuado considerar que el Encargado del Registro ostenta una posición privilegiada y de control frente a la regulación de esta materia. No obstante no se debe olvidar el límite establecido en el art. 98.b de la LRC exigiendo que “la inscripción de la certificación registral extranjera no resulte manifiestamente incompatible con el orden público”. Así pues, el artículo 10 LTRHA impide que el Encargado del Registro actúe según sus preferencias debiendo condicionar su decisión en virtud del precepto que, en este caso, considera nulos de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución.

En definitiva, cabe hacer mención a otra grave contradicción, esta vez concurre entre dos preceptos de la misma LRC. El artículo 96 dispone que la resolución adoptada por el Encargado del Registro Civil en el reconocimiento incidental podrá ser objeto de recurso ante la DGRN, así como también podrán los interesados y afectados solicitar el exequátur de la resolución judicial. Por otro lado, el artículo 85.2 de la misma, establece que *en el caso de denegación de inscripción de sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras cuya competencia corresponde a la Oficina Central del Registro Civil, el interesado sólo podrá instar procedimiento judicial de exequátur*³². Así pues, se observa una clara incompatibilidad entre ambos preceptos ya que, o solo cabe la solicitud del exequátur, o se puede recurrir ante la Dirección General de Registros y Notariado³³.

Parece ser que la nueva LRC nos conduce a un camino con varios senderos, ya que su difícil aplicación hace que los requisitos para la efectiva inscripción en el registro civil en este ámbito sean un enigma y a su vez se cree desconcierto y numerosos vacíos legales en esta materia.

B) Asuntos pendientes en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tres son los asuntos pendientes de resolver en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁴ (en adelante TEDH) cuyo fundamento se relaciona directamente con la materia objeto de este trabajo. En ellos se ven involucrados Francia (*Mannesson v. nº 65192/11* y *Lavesse v. nº 65941/11*), Italia (*Paradiso y Campanelli c. Italia nº 25358/12*) y Bélgica (*D. y R. c. Bélgica nº 29176/13*).

El caso *Mannesson v. France nº 65192/11*³⁵ tiene su origen en la demanda producida por una pareja, cuando las autoridades francesas no reconocen el derecho de filiación legalmente establecido en el extranjero a favor de sus dos hijas. La pareja había recurrido a una fecundación in vitro³⁶ con gametos de la mujer demandante, un ovulo donado, y una fecundación llevada a cabo por otra mujer en California. Ante el recurso, el TEDH ha dado parte al Gobierno Francés, exponiendo varias cuestiones a las partes, y tomando en

³² Notable incoherencia que tampoco aparece corregida en el borrador del *Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros*. <http://www.notariosregistradores.com/CORTOS/2012/borrador-reforma-registros.pdf>.

³³ J.M. ESPINAR VICENTE, *ob. cit.* p.13

³⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Droits en matière de procréation*, Febrero 2014, pp. 4-5.

³⁵ EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE, *Surrogate Motherhood, a violation of human rights*, Informe presentado ante el Consejo de Europa, Estrasburgo, 26 Abril 2012.

³⁶ La fecundación in vitro (FIV o IVF por sus siglas en inglés), es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre. El proceso implica el control hormonal del proceso ovulatorio, extrayendo uno o varios ovocitos de los ovarios maternos para permitir que sean fecundados por espermatozoides en un medio líquido.

consideración tanto el derecho al respeto de la vida privada y familiar³⁷, como la prohibición de la discriminación³⁸.

El segundo asunto pendiente, *Paradiso y Campanelli c. Italia nº 25358/12*, tiene su origen en la infertilidad de un miembro de la pareja demandante, ya que a raíz de ello se decide tomar la vía de la madre de alquiler en Rusia. En el presente supuesto, ocurre prácticamente lo mismo que en el anterior. La demanda interpuesta por la pareja se fundamenta en la inadmisibilidad de las autoridades italianas respecto a la filiación. Teniendo en cuenta que se ha realizado una lícita filiación en Rusia, la pareja da por supuesto que ambos son los padres del niño. Ambos alegan también, otras situaciones y decisiones adoptadas por los Tribunales Italianos. Ante tal situación, el TEDH comunica el procedimiento al Gobierno Italiano, tomando en consideración derechos tales como el derecho al respeto de la vida privada y familiar, y el derecho a un juicio justo³⁹.

Finalmente, el caso *D. y R. c. Bélgica nº 29176/13* hace referencia al uso del alquiler de vientres por parte de un grupo de ciudadanos Belgas en Ucrania. La diferencia con los anteriores dos casos es notable, principalmente por ser un grupo de personas las que se ven involucradas en la misma situación y en posición de demandantes. Éstas exigen que se les otorguen los documentos de viaje necesarios para que los niños puedan lícitamente convivir en Bélgica con sus familiares. El tribunal informa del proceso al Gobierno Belga y a las partes en el proceso, tomando en consideración derechos como el respeto de la vida privada y familiar, el derecho a un recurso efectivo⁴⁰ y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes⁴¹

³⁷ Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³⁸ Art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³⁹ Art. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁰ Art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴¹ Art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

III.- LA PRÁCTICA ESPAÑOLA DEL RECONOCIMIENTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN LLEVADA A CABO EN EL EXTRANJERO. ITINERARIO JUDICIAL DE UN CASO RELEVANTE.

1. ANTECEDENTES

El presente caso aborda un tema complejo que en la actualidad aún es objeto de trámite y que posiblemente esté pendiente de conocerlo el tribunal Constitucional. Este supuesto ha desencadenado numerosas críticas de posturas diversas a la vez que ha mostrado la necesidad de una regulación más precisa y eficaz en esta materia.

El supuesto trata sobre la inscripción en el Registro Civil español de los dos hijos de un matrimonio homosexual español gestados por una madre de alquiler en Estados Unidos, California. Tras varios intentos en España de adoptar un bebé sin logro, en 2005 la pareja decide trasladar su residencia temporalmente a California. Una vez allí, llevan a cabo un contrato de gestación por sustitución totalmente legal, por el que se gesta a dos niños a partir del material genético de los cónyuges varones.

La pareja instó la inscripción de los certificados de nacimiento ante el Registro Civil consular Español en Los Ángeles. La licitud del contrato de gestación por sustitución en California, conllevó a que las autoridades Californianas declarasen que los nacidos se consideraban hijos naturales de los varones españoles, constando de esta manera en el Registro Civil Californiano y en el certificado expedido en el Registro Civil español. Cabe mencionar que en el certificado no se mencionaba el modo en que los niños fueron gestados, única y exclusivamente su paternidad.⁴²

El Encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles les denegó la inscripción a ambos niños tomando en consideración el Auto de 10 de Noviembre de 2008, y alegando la prohibición establecida en el artículo 10 LTRHA que considera nulo de pleno derecho el contrato llevado a cabo por gestación de sustitución. Así pues, conforme la decisión del Consulado, sería efectiva la filiación solo a favor de uno de los hombres, dándole la oportunidad al otro de tramitar la adopción⁴³, ya que según el artículo 10.3 LTRHA “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Tomando en consideración dicho precepto, la mujer que da a luz es la madre legal de los nacidos.

Llegados a este punto, los cónyuges recurren la decisión del Consulado ante la Dirección General de Registros y Notariado a la vez que permanecen temporalmente en California a la espera la resolución.

⁴²Curiosamente el artículo 10.3 LTRHA ofrece la posibilidad de la acción de la reclamación de la paternidad por parte del padre biológico (solo uno de ellos).

⁴³Los cónyuges se negaron en rotundo a esta opción, alegando que el proceso de adopción lleva su tiempo, y en el intervalo podrían darse situaciones complicadas que amenazaran la filiación del padre que no apareciera en el Registro, tales como separación o muerte del padre registrado como biológico. Alegaban también, que ambos niños eran de los dos por igual.

2. RESOLUCIÓN DGRN 18 FEBRERO 2009

La resolución 18 Feb. 2009 DGRN fue el primer intento de inscribir en el Registro Civil Español la filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución respecto a progenitores españoles. La DGRN estimó el recurso interpuesto por la pareja de varones y ordenó la efectiva filiación procediendo a la inscripción de los menores en el Registro Civil español como hijos del matrimonio.

La resolución se fundamenta en una serie de argumentos que son rebatidos como veremos, en el posterior desarrollo del itinerario judicial. El primer argumento que sustenta la DGRN comienza explicando que para inscribir el nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral en la que conste nacimiento y filiación del nacido, como es en este caso, el legislador prevé un mecanismo específico recogido en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Este artículo establece que la certificación registral extranjera constituye una decisión adoptada por las autoridades extranjeras por la que se constata el nacimiento y filiación del nacido. De esta forma, la DGRN entiende que al existir una “decisión extranjera” en forma de certificación registral, el acceso de ésta al Registro Civil español es una cuestión de *validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España*, desplazando totalmente la opción de catalogarlo como cuestión de *derecho aplicable*. Así pues, la aplicación del art. 81 RRC excluye la aplicación de normas españolas de conflicto de Leyes, así como también la aplicación del art. 10 LTRHA. Por consiguiente son aplicables las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 RRC.

La DGRN añade que con la aplicación del art. 81 LRC no se está exigiendo que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea idéntica a la solución jurídica que habrían dado las normas jurídicas españolas⁴⁴, sino únicamente que las certificaciones registrales extranjeras superen un control de legalidad frente a la legislación española. Tomando en consideración este artículo, la DGRN establece una serie de condiciones para que el documento registral extranjero tenga fuerza en España; que sea un documento público⁴⁵; que la certificación haya sido adoptada y elaborada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las autoridades registrales españolas; que la certificación respete el orden público internacional; que se respeten los derechos de los niños⁴⁶; y que no exista discriminación por razón de sexo.

⁴⁴Según A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, exigir tal cosa sería chauvinista e imperialista, al querer imponer el Sistema Español a otros estados que cuentan con su propio derecho y por ende, con su propia forma de responder las cuestiones jurídicas. Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 Febrero de 2009. Cuadernos de derecho trasnacional, octubre 2009, Vol. 1, nº2, pág. 306.

⁴⁵ En virtud del art. 323.2 LEC un documento extranjero se considerará público, cuando en la confección de dicho documento se observen los requisitos exigidos en el país donde se otorgue, siempre que se acompañe con la correspondiente legalización.

⁴⁶ Debe respetar en concreto el art.3 de la Convención de los Derechos del Niño, hecha en Nueva York en 1989, y que entró en vigor en España el 5 Enero 1991, en la que defiende el interés superior del menor, exigiendo que queden al cuidado de los niños, los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño “la protección y el cuidado necesarios para su bienestar”.

Pues bien, la DGRN estaba absolutamente convencida de que la estimación del recurso interpuesto por la pareja de varones era la vía correcta para que se cumplieran las condiciones, ya que de lo contrario se estaría atentando contra el orden público internacional, los derechos del niño y la lucha contra la discriminación por razón de sexo⁴⁷, entre otras cuestiones.

Otro aspecto que debe resolver la Dirección General es si se ha cometido un fraude de ley⁴⁸. Ante ello, se considera que no se ha utilizado ninguna norma de conflicto ni cualquier otra norma con el fin de eludir una Ley imperativa española.

Así pues, la resolución concluye aclarando que este supuesto, trata la problemática de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español, no trata por el contrario, si se realiza o no, un contrato de gestación por sustitución. Además de ello, como ya he citado con anterioridad, en la certificación registral californiana no consta el nacimiento de los menores a través de la práctica de la gestación por sustitución, y por tanto, en virtud del artículo 17 CC⁴⁹ los menores son considerados españoles al ser uno de los cónyuges el padre biológico.

En conclusión, la Dirección General de Registros y del Notariado procede a estimar el recurso y revocar la decisión del Cónsul Español en Los Ángeles ordenando que se proceda a la inscripción en el Registro Civil Consular, el nacimiento de los menores con las menciones de filiación que constan en la certificación registral aportada por el matrimonio.

3. RESOLUCIÓN JUZGADO PRIMERA INSTANCIA DE VALENCIA, 193/2010, 15 SEPT.

La sentencia del Juzgado de primera instancia nº 15 de Valencia de 15 Septiembre de 2010 trata la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de la DGRN 18 Febrero 2009.

Como ya se ha explicado, en esta resolución se parte de la base de que en efecto, se dan los requisitos formales para la inscripción de los menores en el Registro Civil español considerando que la certificación registral californiana no vulnera el orden público internacional español, con lo que se procede a la efectiva inscripción. Teniendo en cuenta esos hechos, el punto de inflexión de esta sentencia es averiguar si resulta o no aplicable el artículo 10 LTRHA a este caso.

El tribunal falla estimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, y dejando sin efecto la resolución. El juzgado de primera instancia de Valencia fundamenta su resolución reconociendo en primer lugar, el correcto cumplimiento de los requisitos formales para la inscripción de los menores. Así pues, reconoce que el parte de la certificación registral

⁴⁷La discriminación se daría por ser ambos pareja de varones ya que en virtud de lo establecido en el 7.3 LTRHA “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Por tanto, se permite establecer la filiación natural respecto de dos mujeres, aun cuando el hijo fuera biológicamente sólo de una de ellas, cosa que no ocurre en las parejas de varones, teniendo uno de ellos que solicitar la tramitación de la adopción.

⁴⁸Art. 12.4 CC “se considerará fraude de Ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una Ley imperativa española”.

⁴⁹Art. 17.1 a) CC, “Son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles”.

extranjera presentado es adecuado y no contradictorio⁵⁰, y admite también el correcto control de legalidad⁵¹ de dicho documento. Prosigue respaldando que efectivamente la inscripción no produce efectos contrarios al orden público internacional español, ya que al no diferenciarlo la Ley, es lícito que tanto los hijos naturales como los adoptados puedan tener dos padres varones⁵². De lo contrario, se estaría ante un acto discriminatorio vulnerando la igualdad ante la ley que protege el artículo 14 CE.

Llegados a este punto, el objeto análisis de la sentencia no es tanto el que ambos solicitantes sean varones, como que los nacidos sean consecuencia de la técnica de gestación por sustitución. Por tanto, lo que se trata de averiguar es la posible o no, aplicabilidad del artículo 10 LTRHA. Para resolver esa problemática, la sentencia incide sobre el deber del Encargado del Registro Civil de comprobar la veracidad del hecho inscrito. Así pues, se demuestra que en la certificación registral extranjera no consta que la pareja de varones haya tenido a ambos niños mediante la técnica de gestación por sustitución, y a estos efectos, si la labor del Encargado es comprobar la veracidad del hecho inscrito, debe llevar a cabo su labor comprobando la poca certeza que hay en que ambos niños sean realmente los hijos naturales de los varones, ya que hoy en día es biológicamente imposible. Por otro lado, también se incide en el deber del Encargado del Registro Civil de examinar si la inscripción es conforme o no a la Ley española⁵³. En consecuencia, la Sentencia presume lógicamente que los varones han tenido los dos niños a través de la técnica de gestación por sustitución y se demuestra, en virtud del artículo 10 LTRHA, que este contrato es nulo de pleno derecho en España.

Finalmente, a raíz de la imposibilidad de que dos varones conciban y gesten, y de que efectivamente la ley Española considere nulos los contratos de gestación por sustitución⁵⁴, se considera sin efecto la inscripción de ambos menores en el Registro Civil Español y por tanto, el Juzgado de 1ª Instancia nº15 de Valencia, anula la resolución dictada por la DGRN el 18 Febrero de 2009.

4. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN 10ª, 23 NOV. 2011

Como se explica con anterioridad, el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia falló estimando el recurso del Ministerio Fiscal, dejando sin efecto la Resolución de la DGRN de 18 Febrero 2009 impidiendo la inscripción del nacimiento de los menores. Los cónyuges varones impugnan la resolución anterior interponiendo recurso de apelación, lo que da lugar al pronunciamiento de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia el 23 de Noviembre de 2011.

La Audiencia Provincial falla desestimando el recurso de la pareja de varones, reafirmando en parte los argumentos de la resolución del Juzgado de 1ª Instancia. El punto de partida lo fija en la exigencia de que se constate que se ha respetado el interés del menor y los derechos de la

⁵⁰ Artículo 168 LRC

⁵¹ Artículo 81 LRC. El control de legalidad debe constatar que sea un documento público autorizado por la autoridad extranjera y que la certificación sea emitida por la autoridad registral.

⁵² Obviamente esta situación es lícita porque ninguna norma la prohíbe, aunque llevado a la práctica es imposible que ocurra porque los varones no pueden concebir ni gestar.

⁵³ El artículo 23 LRC permite al Encargado del Registro Civil, examinar si la certificación vulnera o no el contenido de la LTRHA.

⁵⁴ Artículo 10 LTRHA.

madre gestante así como la identidad de la misma. Añade, que la resolución judicial que expide la certificación californiana no consta en este procedimiento, así como tampoco se tiene constancia de la identidad de la madre.

En cuanto al interés del menor, la resolución considera que es un principio muy relevante que se debe respetar, pero bajo ningún concepto la satisfacción de dicho interés puede conseguirse infringiendo la Ley. La prohibición en España del contrato de gestación por sustitución persigue la defensa del interés de los menores, impidiendo que la vida humana sea objeto de comercio. Además, en el caso de que se desestime la demanda de la pareja de varones, no existe prueba alguna que demuestre que los menores se vayan a encontrar en situación de desamparo.

Por todo ello, la Audiencia Provincial procede a desestimar el recurso de apelación interpuesto por los cónyuges apelantes.

5. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 835/2013, 6 FEB. 2014

La Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013 resuelve el recurso de casación planteado ante la sala por los cónyuges varones y confirma la Sentencia dictada por la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia. De esta forma, el Alto Tribunal desestima el recurso interpuesto por la pareja, y aunque no deniega la inscripción de los menores en el Registro Civil, sí impide que conste su filiación, instando al Ministerio Fiscal para que proceda a ejercitar las acciones correspondientes para determinar esa filiación.

El recurso de casación interpuesto por los cónyuges se fundamenta en primer lugar, en que el rechazo a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los niños a favor de los dos varones es discriminatorio. En segundo lugar, que privar de su filiación a los menores atentaría contra el interés del menor, añadiendo que no hay nadie mejor que ellos mismos para constar como padres de los menores, ya que la mujer que los dio a luz, ha firmado un contrato por el que se limita a cumplir las prestaciones asumidas en el mismo. Finalmente alegan también, que en ningún caso el reconocimiento de la filiación contradice al orden público internacional español.

Ante ello, en lo primero que incide el Alto Tribunal, es en la exigencia de que el Encargado del Registro Consular lleve a cabo un control que consiste en la regularidad y autenticidad de la inscripción registral extranjera, de tal forma que tenga garantías análogas a las exigidas por la Ley española. Así pues, el Tribunal deja claro que se puede denegar la inscripción en el registro siempre y cuando éste sea contrario al orden público internacional Español. Pues bien, para saber con certeza si la inscripción vulnera o no el orden público internacional Español, el Tribunal considera que “el respeto al orden público es entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades garantizados en la Constitución y en los Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por España, así como los valores y principios que estos encarnan”.

Después de analizar el concepto, la sentencia añade que no considera que exista discriminación por determinarse la filiación respecto a dos personas del mismo sexo, ya que la imposibilidad de realizar la inscripción no obedece a que sean los dos varones, sino a que la práctica de la gestación por sustitución este prohibida por el ordenamiento jurídico español.

Por otro lado, la sentencia incide en el profundo y complejo análisis del concepto “interés superior del menor”. Se habla de complejidad porque puede ser interpretado de diversas formas y usado como arma para dos argumentos contradictorios. Teniendo en cuenta los principios sociales tanto nacionales como internacionales, el ponente hace uso de este concepto para suplir posibles lagunas que puedan surgir, pero bajo ningún concepto, para vulnerar el derecho existente.

En conclusión, tres son las ideas básicas sobre las que el Tribunal fundamenta su fallo:

- Que la certificación registral Californiana no puede acceder al Registro Civil Español por vulnerar eso el orden público internacional español⁵⁵.
- El tribunal defiende que no existe discriminación alguna, entendiendo que lo que se prohíbe es el contrato de gestación por sustitución independientemente de quién lo realice.
- Que el interés superior del menor se defiende con la postura que adopta el tribunal, fundamentando de tal forma, que nada puede beneficiar al menor si eso es llevado a cabo contraviniendo la legalidad española.

Finalmente, el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la pareja, pero sin duda alguna, deja abierta la posibilidad de que sea el Ministerio Fiscal quien haga uso de los medios que considere oportunos para determinar la filiación de los menores, siempre y cuando tenga en cuenta la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar.

Según la Doctora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca, Antonia Durán Ayago, esta sentencia ha sido muy discutida por contar con un voto particular firmado por cuatro miembros, frente a los cinco que efectivamente respaldan la sentencia. Con este dato, es innegable deducir que se haya estado al límite de la admisión del voto particular y por consiguiente, al límite también de modificar por completo el fallo.

De esta resolución tan abierta se deduce la situación fáctica que ha originado y origina la gestación por sustitución.

⁵⁵ No basta con que la certificación sea regular y auténtica, sino que además debe ser conforme al art. 23 LRC. Fundamento de derecho tercero, Sentencia Tribunal Supremo nº 835/2013 de 6 Febrero.

IV.- CONCLUSIONES

Para concluir toda la materia expuesta es necesario fijar el punto de partida en la prohibición de llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución en España establecida del artículo 10 de la Ley 14/2006.

Esta prohibición se fija a nivel nacional, pero es una realidad innegable que este tipo de práctica se sigue llevando a cabo diariamente⁵⁶, es difícil pensar que con la mera prohibición de la técnica, los individuos que no pueden gestar ni adoptar desistan de poder crear un vínculo familiar. Desde mi perspectiva, con la limitación de convenir contratos de gestación por sustitución en España, se crea una obligación de los individuos a realizarla fuera del territorio español, y en consecuencia las personas sin recursos quedan al margen del alcance de la misma. Por esa razón, deben darse cuenta que prohibiendo esta técnica no impiden que se lleve a cabo, sino que se construye un límite discriminatorio entre los individuos que pueden permitírselo y los que no.

Así pues, fomentar que se deba salir de España para realizarlo, da lugar a situaciones conflictivas que se encuadran dentro del ámbito del Derecho Internacional privado (DIPr). En esa misma línea me cuestiono, ¿hasta qué punto la Ley interna es vinculante en el ámbito del DIPr?

A mi modo de ver, esta situación de incertidumbre ha creado una auténtica batalla normativa con la que se realza la necesidad de regular los parámetros y situaciones que derivan de la práctica de la gestación por sustitución.

La Resolución de 18 Feb. De 2009 es la que hace público el vacío normativo en esta materia. Ésta usa las mismas normas e incluso preceptos para permitir la inscripción en el Registro Civil español de dos menores concebidos mediante gestación por sustitución, que los que se usan en procedimientos posteriores para denegarla. A modo de ejemplo, la resolución 18 Feb. 2009 DGRN, entiende principalmente que el art. 81 RRC desplaza totalmente la aplicación de las normas españolas de conflicto de leyes⁵⁷, y además establece que es necesaria la inscripción de ambos niños para proteger su interés superior de tal forma que no se queden desamparados. A sensu contrario, la STS 83/2013 de 6 de Febrero 2014 entiende que el interés superior del menor debe tenerse en cuenta, pero en ningún caso éste debe vulnerar una norma existente, y al contradecir por tanto el art. 10 LTRHA, el fallo de la Sentencia es totalmente opuesto al de la resolución, de tal forma que se tiene en cuenta la norma española por encima del interés superior del menor.

⁵⁶ La Vanguardia, *Famosos ven en los vientres de alquiler una luz al final del día*, 31 Enero 2012. Artículo en el que explica porque Miguel Bosé, Ricky Martin o Micheal Jackson entre otros, se acogen a esta práctica.

⁵⁷ Debe aclararse que las normas españolas de conflicto de leyes no se dejan de aplicar por el 81 RRC, sino por el 9 CC. De esta forma quedará inaplicado igualmente el art. 10 LTRHA que determina la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución en España.

Coincido con la posición de la profesora Antonia Durán Ayago en que la normativa referente a la práctica de la gestación por sustitución, o la regulación respecto a la inscripción en el Registro para determinar la filiación de los nacidos mediante este tipo de técnica, se puede calificar como una auténtica esquizofrenia normativa. Por ello creo necesario una regulación más estricta, en la que realmente se proteja al nacido, a la madre y al comitente.

Teniendo en cuenta la situación de complejidad normativa, creo que se debería regular esta práctica de un modo menos restrictivo. Se debe enfocar esta situación a lo que realmente importa; realizando un balance de protección entre el interés superior del menor, y la protección de los derechos de la madre gestante.

A mi juicio, en el supuesto desarrollado en el presente documento, no considero que se deba anteponer lo establecido en una norma interna sobre el interés superior del menor. Siendo consecuente con la realidad, multitud de personas se acogen a esta práctica cada día, por esa misma razón se necesita una regulación efectiva sobre este asunto, no creo que lo correcto sea mirar hacia otro lado. De esta forma, es lógico pensar que la protección del interés superior del menor se refiere por lo general a su situación de desamparo, por ello y dejando de lado cualquier norma interna que enrevesadamente se pueda aplicar, ¿Por qué no permitir la filiación en el Registro español de los padres varones que voluntariamente se han desplazado hasta California y manifiestan su constante esfuerzo por querer darles un cuidado diario?, ¿Quién mejor que ellos para defender el interés superior de esos niños? Son cuestiones complejas de resolver, pero que desde mi perspectiva no tiene sentido aplicar la norma interna para negarles la filiación, ya que en ese sentido, sí que en efecto se estaría atentando contra el interés superior del menor constando como madre natural una mujer que ha consentido entregar a los nacidos.

Por otro lado, creo importante remarcar que la mujer, como pleno sujeto de derecho, debe tener legitimidad para decidir qué hacer o qué no hacer con su propio cuerpo siempre que esa decisión sea totalmente voluntaria. Claro está que decidir ejercitar el papel de madre gestante en ningún momento puede ser una opción vital, ya que de esa manera se extinguiría la protección del interés superior del menor poniéndose en peligro tanto la vida de la madre como muchos otros factores importantes.

Por todo ello, me considero partidaria de una correcta regulación de esta técnica e incluso con una normativa menos restrictiva pero más concisa y segura. No considero pues, que con ello se atente contra los derechos de los menores ni tampoco lo calificaría como comercio humano, sino como un cambio positivo en la legislación vigente desde hace veinticinco años, y un cambio también, en la sociedad y en la ciencia.

Previsiblemente, en función del tipo de requisitos legislativos que se estipulen para permitir este tipo de técnica, las consecuencias pueden ser muy diversas. Si cambia la normativa, se debe garantizar a su vez los derechos de la madre gestante, del menor y de los comitentes. Por ello considero necesario exponer razonadamente la forma de regulación que creo conveniente para un efectivo y controlado funcionamiento de esta práctica.

Personalmente, como ya he citado con anterioridad, me considero partidaria de una regulación permisiva de esta técnica, siempre y cuando se aclaren tres puntos básicos e imprescindibles:

- La perfección del contrato no puede ser gratuita, aunque tampoco considero que deba ser excesivamente costosa, debiéndose de tasar una cifra en función de cada situación. No soy partidaria de la gratuidad de llevar a cabo dicha técnica por tres motivos; En primer lugar porque considero que si así fuera, muy pocas mujeres estarían dispuestas a gestar y sufrir cambios físicos y psíquicos durante nueve meses sin ningún tipo de beneficio. Además, si se reduce el número de madres gestantes, permitirlo sería análogo a prohibirlo, ya que si no hay oferta, los comitentes tendrían que realizar el ya conocido “turismo reproductivo” y entonces se volvería a producir el límite discriminatorio entre los que pueden permitírselo y los que no; En segundo lugar, al ser altas las posibilidades de complicación durante el periodo de embarazo, creo necesaria una remuneración como sustento al que recurrir para que la madre gestante tenga asegurada una sanidad y pronta recuperación; En tercer y último lugar, es necesario mencionar que la obligatoriedad de llevar a cabo una mínima remuneración por la gestación, no supondría que las personas dejaran de perfeccionar el contrato, ya que es lógico pensar que para tener un hijo, se deben tener recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades básicas. Además, uno de los requisitos más exigidos para la adopción es tener una buena base de recursos económicos, lo que se podría equiparar perfectamente a la práctica de la gestación por sustitución.
- Debe existir también un mecanismo de control mediante el que la madre gestante deba comparecer en el juzgado antes del parto⁵⁸ para reafirmarse en su voluntad de dar ese nacido a los comitentes. Teniendo en cuenta el interés superior del menor, esto debería ser así para evitar futuros conflictos sobre la maternidad o paternidad del nacido.
- Establecerse unos requisitos para poder ostentar la figura de madre gestante, entre los que no pueden faltar; Que la madre gestante tenga entre 25 y 35 años; Que ya haya gestado a un hijo; Que carezca de enfermedades de transmisión sexual y cualquier otra que pueda afectar al correcto desarrollo del feto; Que tenga unos recursos económicos estables y que nunca haya estado en situación de desamparo económico⁵⁹; Que no consuma drogas o estupefacientes que puedan afectar al correcto desarrollo del feto...

⁵⁸ Es necesario que la madre gestante acuda al juzgado previamente al parto, para evitar posibles cambios en su decisión, influenciados por el desajuste hormonal y psicológico que conlleva el parto.

⁵⁹ Creo importante este requisito ya que si a la madre gestante le han faltado recursos económicos alguna vez, puede que lleve a cabo el contrato única y exclusivamente para no encontrarse en una situación semejante.

En conclusión, considero que el contrato de gestación por sustitución puede ser viable siempre y cuando se lleve a cabo una remuneración, la madre gestante comparezca en el juzgado antes del parto para reafirmarse en su voluntad, y que se cumpla con las condiciones necesarias para ostentar la figura de madre gestante. Además, con esta modificación de la legislación vigente sobre esta técnica, se acabaría con los problemas de inscripción de la filiación en el Registro Civil Español, constando esos nacidos como hijos de los comitentes.

“No deberíamos temer a cambiar las leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y en la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicamente asistida. Desde finales del siglo XIX cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: El divorcio, la igualdad del derecho de los padres, el aborto... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos⁶⁰...”

En definitiva, se pone de manifiesto como por no querer hacer frente a un cambio legislativo, el DIPr se encuentra en un laberinto en el que cualquier respuesta que se pueda dar a este tipo de situaciones, adolece el grado medio de coherencia.

⁶⁰<http://rue89.nouvelobs.com/2009/04/24/should-surrogate-mothers-be-legalised-ten-keys-to-the-debate>.

V.- BIBLIOGRAFÍA

- A. DURAN AYAGO, *El acceso al registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*. Anuario Español de Derecho Internacional Privado 2011, Universidad de Salamanca, Tomo XII, 2012, pp. 265-308.
- L. SCHWARTZ-NOBEL, *A mother's Story: The truth about the baby M case*, St Martins Pr, 1ª edición, Febrero 1989.
- A. J. VELA SANCHEZ, *La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler*, Diario La Ley, nº 7608, 11 abril 2011, p. 4.
- J. M. ESPINAR VICENTE, *Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil*, Diario La Ley, nº 7771, 9 de enero de 2012, p. 3.
- C. CARAVACA y C. GONZALEZ, *Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 Febrero de 2009*, Cuadernos de derecho trasnacional, Vol. 1, nº2, Octubre 2009, pág. 306.
- J. CASADO ROMÁN, *La inscripción de la gestación por sustitución realizada en el extranjero: Comentarios de la STS 835/2013*, El Derecho, Grupo Francis Lefevre, Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia 5º de Girona, 11 de Marzo 2014.
- NJ, *Los hijos nacidos de vientre de alquiler no pueden ser inscritos en el Registro Civil Español*, Noticias Jurídicas, 5 Febrero 2014.
- T. VAZQUEZ MUIÑA, *La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*, Universidad Complutense de Madrid, Septiembre 2013.