

ARTÍCULO DOCTRINAL

La paternidad por subrogación

Artículo ganador del 17.º Premio de artículos jurídicos “José Corrales” de la Asociación Española de Abogados de Familia

María Pilar Mollar Piquer

Abogada

SUMARIO

- I. Introducción
- II. La paternidad por subrogación en España
- III. Problemas que plantea en la práctica
- IV. La inscripción del menor en el registro civil consular y sus peculiaridades
- V. Obstáculos en el trámite de inscripción en el registro civil consular
- VI. Exigencias en el trámite de inscripción
- VII. Homologación del título judicial extranjero en España
- VIII. Conclusiones
- IX. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN.

La maternidad o paternidad subrogada, conocida coloquialmente como “vientre de alquiler”, es de gran actualidad y preocupación, tanto para los profesionales que intervienen en el asesoramiento de los futuros padres, como para los propios padres que desean afrontar este gran reto.

La pieza fundamental en esta práctica es la madre subrogada, que gesta y da a luz un bebé, para una pareja que serán sus padres a todos los efectos.

En Estados Unidos, son varios los estados que reconocen la paternidad por subrogación y le otorgan validez legal, tanto si se pacta remuneración, como si no; nos referimos a California, Florida, Nevada y Luisiana, donde es una práctica habitual. Otros estados, como Arizona, Utah, Nuevo México, Michigan y Nueva York, prohíben cualquier contrato de maternidad subrogada. En cambio, estados, como Alaska o Texas aún no se han pronunciado sobre la “surrogate mothers”.

Países como Israel, Irán, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Canadá, México DF, Brasil, Bélgica, Reino Unido, Austria, Holanda y Grecia, la consideran legal siempre que el contrato entre los padres y la madre subrogada sea altruista.¹

En Europa, la mayoría de países prohíben esta práctica. Así, lo prohíben: Alemania, en el art. 1.7 de la Ley federal sobre la protección del embrión de 13 de diciembre de 1990; Austria, en su Ley de 1 de julio de 1992 sobre medicina reproductiva; Francia, en su Código Penal y en la Ley de bioética 94-653, de 29 de julio de 1994; Italia, en la Ley 40 de 19 de febrero de 2004 sobre procreación médica asistida; Suiza, en el art. 119.2.d) de la Constitución Federal y en el art. 4 de la Ley federal sobre Procreación Médica Asistida. Países como Suecia o Noruega no lo

1. Pérez Vaquero, C.: Artículo de opinión sobre el posible delito por la utilización de vientre de alquiler, publicado en la revista on line: Noticias Jurídicas, diciembre 2010

regulan, y otros, como Rumania, Bélgica y Holanda, la toleran.

Cada año, cientos de familias viajan a EEUU y a los demás países donde los procesos de maternidad subrogada se encuentran permitidos y regulados, como Ucrania, Rusia o la India.

Especial atención merece esta última, puesto que en la actualidad ofrece grandes facilidades para llevar a cabo este tipo de procesos, tanto a nivel institucional como en cuanto a costes y cantidad de clínicas especializadas.

Se trata de un proceso de gran complejidad legal, burocrática y médica, donde interviene el factor biológico, por el futuro alumbramiento; el factor emocional, de la propia pareja que se encuentra en el momento de afrontar una dura situación; y el económico por su elevado coste.

Precisamente, ante las dificultades que plantea, La Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, en documento aprobado en abril de 2012 por el Consejo, elaboró un Informe sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. Es de especial interés su propuesta de adopción de un instrumento internacional que permita el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades (semejante al que establece el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional), que favorecería el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un Estado, que admita esta forma de gestación por sustitución, en otro Estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica.

Estos procesos son cada vez más frecuentes, debido sobre todo a la existencia y legalización de parejas del mismo sexo que desean ser padres o madres, aunque también recurren a este tipo de procesos parejas heterosexuales con problemas derivados de su salud o de la concepción.

Todas las parejas, son conscientes de su voluntad de ser padres, pero no lo son de las complicaciones que el proceso comporta, de ahí que necesiten de un asesoramiento integral, tanto del proceso de la paternidad, como de todo el trámite legal en el país del alumbramiento, y el posterior trámite de inscripción y reconocimiento de la filiación en España.

Para ello, el profesional del Derecho debe asesorar con verdadera vocación, y al mismo tiempo, con un conocimiento exhaustivo y actualizado de la legislación del país donde se formaliza el contrato, debido a que se trata de una legislación en constante cambio, tanto por razones políticas, como científicas o de

interpretación jurídica por parte de los organismos intervinientes. Antes de iniciar los trámites, debemos aconsejar el país donde se ofrezcan mayores garantías en los diversos ámbitos, para que la decisión se adopte con verdadero conocimiento de causa.

Es de suma importancia además, el conocimiento de la legislación española en esta materia, dejando a un lado las propias opiniones o criterios personales, brindando a la pareja un apoyo que en estos casos, excede del puramente legal, por el estado de especial sensibilidad en que esta inicia, vive y finaliza todo el proceso de la paternidad.

Debemos también referirnos a la preparación que debe tener el profesional para hacer frente a una hipotética denegación de la inscripción registral del menor nacido mediante un contrato de sustitución, debiendo tramitar una reclamación ante la Dirección General de Registros y del Notariado - en adelante DGRN-, centro directivo y consultivo del Registro Civil en España.

II. LA PATERNIDAD POR SUBROGACIÓN EN ESPAÑA.

La primera Ley en España, y también en Europa en cuanto a su extensión, reguladora de las técnicas de reproducción asistida humana, fue la de 22 de noviembre de 1988, sólo precedida por la Ley sueca de 1985, de inseminación artificial en la pareja², aunque el gran avance científico sufrido por estas técnicas en fechas posteriores supuso la promulgación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Esta ley ha sido considerada por algunos autores como una ley de orden público, en cuanto responde al principio común en los países de Europa Continental, de que no sea objeto de tráfico jurídico la gestación y reproducción³. Su artículo 10 apartado 1º, en relación a la gestación por sustitución, es del siguiente tenor literal: "1. será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero". El apartado 2º del mismo artículo 10, expresa que "2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto."

El art. 24 de dicha Ley especifica las infracciones

2. Ragel Sánchez, L.F.: "Las técnicas de reproducción asistida humana". Base de datos jurídica on line IUSTEL.

3. Fernández- Sancho Tahoces, A.S.: "Persona, familia y Patrimonio". Aranzadi doctrinal nº 6/2011. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011, pág. 22 y Bautista Zarraluqui, J.B.: "Maternidad subrogada". Revista actualidad jurídica nº 815/2011 (Tribuna). Ed.: Aranzadi, S.A. Pamplona 2011, pág. 1.

en materia de reproducción humana asistida, regulando las muy graves el artículo 26.

Por su parte, el Código Penal, en la reforma introducida en el año 2003, en sus artículos 220 y 221 establece las sanciones jurídico-penales que pueden imponerse a quienes alteren la paternidad o la condición del menor⁴.

De la lectura del artículo 10 citado, de la ley 14/2006, se observa la nulidad del contrato de subrogación, aunque, esta legislación, convive con total contradicción con la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, que permite la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras firmes relativas a filiación, encontrándonos, finalmente con que los contratos de subrogación maternal, pese a no estar reconocidos en España, obtienen tal reconocimiento al practicarse la inscripción en el Registro Civil de la sentencia extranjera que reconoce al menor como hijo de los padres subrogados.

Este hecho ha suscitado una gran polémica, tanto en su aplicación por parte del Registro Civil Consultar, como en su interpretación en recientes Resoluciones de la DGRN, admitiendo la inscripción de la filiación del menor nacido por subrogación en otro país donde esta práctica se encuentre reconocida, generando una respuesta doctrinal en contra, por la desatención que este hecho comporta sobre una norma, la Ley de Reproducción Asistida vigente en España, considerada por la mayoría de autores, como una ley de orden público, como ya hemos aludido, y por tanto, con los efectos de obligado cumplimiento y superioridad en su aplicación⁵.

III. PROBLEMAS QUE PLANTEA EN LA PRACTICA.

En España se legisla cuando la realidad social, científica o de otra índole lo requieren con urgencia, lo cual da lugar a situaciones que de haber estado reguladas con anticipación, no se habrían producido. Este hecho, en el caso que estamos analizando, supone un duro revés para los implicados, puesto que esta situación debería haberse considerado hace mucho tiempo y salir al paso de situaciones en las que

4. Pérez Vaquero, C.: " Las pensiones y la poligamia". Revista Cuadernos de Criminología, nº 7, pág. 38. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3104389>.

5. Existen muchas webs informativas, como www.serhamat.org/subrogacion2.php. La mayoría de ellas se ofrecen para llevar a cabo el trámite a los futuros padres y ofrecen un asesoramiento integral, poniendo a su disposición, la madre de alquiler, la clínica, los médicos y el asesoramiento jurídico, incluso alguna de ellas ofrece la posibilidad de envío del semen a través del servicio de mensajería de DHL al objeto de evitar su desplazamiento.

actualmente, existiría mucha mayor protección⁶.

Adentrándonos ya en el objeto de nuestro estudio, el contrato de subrogación realizado en uno de los países en que esta práctica se encuentra reconocida, es el que marcará el inicio de la relación entre la madre subrogada, los padres legales y el equipo médico interviniente en el proceso, contrato cuya naturaleza se equipara al de arrendamiento de obra o de servicios, pese a no estar tipificado⁷.

Varios son los juristas que consideran que este contrato, pese a su celebración en el extranjero, causa efectos en España al tratarse de ciudadanos y residentes españoles, encontrándose en clara contradicción con la normativa del Código Civil y de la Ley 14/2006, de Reproducción Asistida, ya referida.

Existen juristas que consideran que el contrato de paternidad por subrogación contraviene el orden público y el respeto a la dignidad y el valor de la persona humana, de la cual deriva el principio de indisponibilidad del cuerpo humano. Esta posición doctrinal encuentra su base en los artículos mencionados, pero no es menos cierto que este tipo de prácticas ha sido en parte motivado por la aprobación de los matrimonios entre parejas del mismo sexo, por un lado, y por otro, por el imparable avance y desarrollo de la sociedad civil, que lleva a la existencia de discordancias entre leyes que deben ser resueltas, poniendo solución a conflictos de leyes españolas entre sí, y a conflictos de leyes españolas con leyes extranjeras en cuanto afectan a la aplicación o nacimiento de sus efectos en España, como en el caso de leyes extranjeras que permiten la paternidad por subrogación, y ciudadanos españoles que recurren a ella, para poder gozar de una familia con hijos. Por ello, debemos ser conscientes de estos avances y regularlos.

La DGRN ostenta funciones de supervisión y control del Registro Civil, el cual, para proceder a la inscripción, aplica acertadamente y tiene en consideración los requisitos que establecen la ley y el reglamento que le son de aplicación, conjugando estas disposiciones con la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, y los convenios internacionales sobre derechos del niño.

La DGRN es consciente de la existencia de una ley española que prohíbe la paternidad subrogada, pero su misión no es entrar en su estudio, sino velar

6. Salas Carceller, A.: "El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución." Publicación: Revista Aranzadi Doctrinal núm. 10/2011 (Tribuna). Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2011, pág. 1.

7. Díaz Romero, M.R.: " La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico". Diario La Ley nº 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, pág. 1.

por el cumplimiento de la legislación del Registro Civil, y que se practique la inscripción del menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución si se observan todos los requisitos establecidos para ello.

El procedimiento de filiación se inicia, en el caso de California, donde se encuentra muy regulado, a los ocho meses de embarazo, con el juicio de paternidad en los juzgados de familia, ante la presencia del ginecólogo que ha practicado la fecundación in vitro, la agencia interviniente en el proceso de selección de la madre de alquiler, y el resto de partes interesadas, asignando el juez formalmente la paternidad a los contratantes que vendrá reflejada en el certificado de nacimiento.

IV. LA INSCRIPCIÓN DEL MENOR EN EL REGISTRO CIVIL CONSULAR Y SUS PECULIARIDADES.

Una vez producido el alumbramiento, se inscribe el certificado de nacimiento con los nombres de los padres reconocidos en la sentencia en la oficina de registros vitales, debiendo aportar la propia sentencia dictada por el juzgado competente del país de origen.

La sentencia es requisito indispensable para poder proceder a la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, y así lo establecen las resoluciones de la DGRN en esta materia, entre las que podemos mencionar las de 5 y 7 de octubre de 2010.

Es necesario que también se aporte al trámite de inscripción el certificado de nacimiento, sujeto a lo previsto en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y al régimen de reconocimiento de los documentos públicos extranjeros que establece el artículo 323 la LEC, en relación al Convenio de la Haya de 1961, que no somete a control de autenticidad los documentos aportados si están expedidos por un Estado parte del mismo, al suprimir esta exigencia de legalización diplomática o consular de los actos públicos extranjeros. Estos actos sólo se encuentran sometidos al control de legalidad con el límite del orden público internacional.

La inscripción del menor en el Registro Civil, se enmarca en el ámbito de los derechos del niño. Así, el artículo 7 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, junto al artículo 24 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 24 de abril de 1977, concretan los derechos registrales del niño, señalando que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, sirviendo la fe pública registral para sentar una presunción iuris tantum de la

exactitud y legalidad de los hechos inscritos.

Con la inscripción, se da además cumplimiento, tanto a normas nacionales, como internacionales de protección de los derechos del niño, proclamadas por la Convención de Derechos del niño de 20 de noviembre de 1959, donde se introduce el principio del interés superior del menor en su artículo 3, el cual ha sido reflejado en el artículo 39 de la CE, así como en las disposiciones de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Por su parte, la LEC en sus artículos 319, 323.3, 767.1, otorga fuerza probatoria a los documentos públicos como prueba de la filiación, de modo que tanto la sentencia extranjera, como el certificado de nacimiento, son documentos públicos que gozan de fuerza probatoria suficiente, y por tanto inscribibles en el Registro Civil Español. Estos artículos, deben además ser puestos en relación con el 9.4 del C.c., sobre la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales, que será la del hijo; con el artículo 12.6 sobre la aplicación por parte de los tribunales, de las normas de conflicto de derecho español, y, con el artículo 17.1 a) del C.c., sobre la nacionalidad española de origen de los hijos de españoles.

La inscripción del menor en el Registro Civil Consular se realiza siguiendo el procedimiento que establece el artículo 12 de la Ley del Registro Civil, extendiéndola por duplicado, remitiendo uno de sus ejemplares al Registro Central para su debida incorporación. En uno y otro registro se extenderán en virtud de parte todas las inscripciones marginales que se practiquen en cualquiera de ellos.

Tal como establece el art. 113 del C.c., la resolución judicial que determine la filiación, debe inscribirse para surtir efectos, considerando la DGRN en Resoluciones como la de 18 de febrero de 2009, de la que más adelante hablaremos, que la sentencia será prueba suficiente de la capacidad de obrar de la mujer gestante, de la eficacia del contrato suscrito y del consentimiento prestado por esta.

A mi juicio, la inscripción en el Registro Civil, cuya única función es la calificación de modo exhaustivo del cumplimiento de los requisitos para la acceder al mismo, debería ser automática tras los controles a que es sometida por parte del empleado del Registro Civil Consular, debiendo además estar permitida la paternidad por subrogación para evitar la contradicción que suscita la legislación en la materia, con la propia del Registro Civil y que finalmente, esta situación encuentre su reconocimiento pese a su prohibición.

La nueva ley del Registro Civil 20/2011, publicada en el BOE de 22 de julio de 2011, y que entrará en

vigor el 22 de julio de 2014, introduce un régimen específico de inscripción de documentos y títulos extranjeros, comportando el uso de nuevos parámetros normativos para dar solución al problema que se plantea por la existencia de la legislación prohibitiva de estas prácticas, no sólo en España, sino en otros países como es el caso de Francia.

El único efecto que produce la inscripción es la constancia en España del hecho del alumbramiento⁸, aunque a efectos de los cónyuges y de cualquier trámite legal posterior, les faculta para mostrar a su hijo como tal, con lo que aunque la legislación del Registro Civil permita la inscripción a los solos efectos de constancia, supone en la práctica mucho más que eso, el reconocimiento de la filiación.

A partir de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la mención registral del sexo de las personas, se introduce una modificación al artículo 7.3 de la Ley 14/2006, al regular la posibilidad de constancia registral de la filiación del hijo a favor de dos mujeres casadas, lo cual lleva a una situación de desigualdad con respecto a las parejas formadas por dos hombres, por la falta de regulación de la doble paternidad⁹.

Lo expresado en el párrafo anterior, en conexión con el artículo 14 de la Constitución, nos lleva a permitir la filiación de dos varones, pues lo contrario supondría una clara discriminación en perjuicio de estos¹⁰.

Para una pareja española que acudiera a esta práctica, el principal problema surgiría en el caso de que la madre subrogada decidiera reclamar la maternidad, pues, conforme a la ley española, aunque se hubiere inscrito el nacido en el registro civil como hijo de los padres españoles, la ley española reconocería la filiación a la madre que gestó al niño.

V. OBSTÁCULOS EN EL TRÁMITE DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL CONSULAR.

Los obstáculos con los que se encuentran las parejas son, sobre todo, al proceder a la inscripción del menor en la oficina consular española, puesto que el

8. Hualde Manso, T. "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada", Aranzadi Civil-mercantil nº 10/2012, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2012.

9. Díaz-Ambrona, M.D.: "Las técnicas de reproducción humana asistida con especial referencia a las uniones de personas del mismo sexo". Ed.: El Derecho Editores. F. de publicación. 29 de junio de 2005, pág. 1 y ss.

10. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Hijos made in California". Aranzadi Civil Revista Doctrinal nº 3, 2009 (tribuna). Aranzadi-Westlaw BIB 2009/411, pág. 2.

responsable del registro consultar se cuestiona, dada la prohibición de esta práctica en España, si la pareja ha cometido fraude de ley.

Pese a que una parte de la doctrina considera que existe fraude de ley en la inscripción de un bebé nacido mediante un contrato de gestación por sustitución¹¹, la DGRN, cuya línea de actuación defendemos, no lo considera así, puesto que, tal como establece el artículo 12.4 del C.c., fraude de ley se considera la utilización de una norma de cobertura con el fin de eludir una ley imperativa española, circunstancia que no se observa en la paternidad subrogada.

La DGRN ha dictado varias resoluciones con las que ha pretendido, no ya excederse en sus funciones y vulnerar una ley sancionadora estatal, sino dar cobertura legal al interés del menor y de la madre gestante, evitando el tráfico internacional de menores como consecuencia de una posible simulación del contrato de gestación.

La DGRN al recibir un recurso contra la denegación de la inscripción, se limita a ordenar la transcripción de la sentencia extranjera, sin entrar en cuestiones de fondo tales como la relativa a la filiación, la que concierne a la validez del contrato, la relacionada con la cosa juzgada, o la cuestión sobre si debe tramitarse o no exequátur.

De este modo, el proceder de la DGRN está en clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006, puesto que admitir la inscripción comporta a su vez el reconocimiento de la filiación mediante técnicas de gestación por sustitución prohibida en nuestro país, y desatendiendo el artículo referido que establece la determinación de la filiación materna por el parto¹².

Hace escasos meses, y debido a estos problemas de inscripción, a la incertidumbre creada por este hecho, y a la contradicción entre las legislaciones de cada país, el Consulado de Ucrania realizó la recomendación de no atender a las clínicas que practicaban estas técnicas la tramitación de este tipo de contratos por el conflicto existente entre la ley ucraniana y la española, lo que comportaba dudas en cuanto a la inscripción, volviendo a reabrir todos los procesos en un breve espacio de tiempo.

Este hecho generó debate en diversos sectores de la sociedad, que podemos encontrar

11. Quiñones Escámez, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", In Dret, Revista para el análisis del Derecho, julio 2009, pág. 29.

12. Fuentes Tomás, P. "La familia in vitro: filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida". Ed.: El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 1, pg. 1. F. de publicación febrero de 2012, pág. 5.

en varios enlaces del periódico el País, como por ejemplo en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Obstaculos/legales/realidad/social/elpepisoc/20081109elpepisoc_2/Tes y http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Busco/madre/alquiler/extranjero/elpepisoc/20081109elpepisoc_Tes.

Debido a ello, juristas como Alfonso Luís Calvo Caravaca, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, defendieron la tesis de la necesaria reforma de la Ley del Registro Civil para evitar estos conflictos y adaptarse a la realidad social.

Esta situación pareció llegar a su fin con la Resolución de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735), de la Dirección General de Registros y del Notariado¹³, que permitió a un matrimonio gay inscribir a sus gemelos concebidos en California mediante un contrato de gestación por subrogación, tras haber denegado el Consulado de España en Los Ángeles la inscripción de la filiación a favor de ambos, procediendo tan sólo a inscribir la filiación a favor de uno de ellos, exigiendo, para poder inscribir la filiación del otro miembro de la pareja como padre, realizar el proceso de adopción de los niños.

La pareja se negó a ello y formuló recurso, a lo que la DGRN resolvió sobre la base de dos argumentos fundamentales, el primero, basado en el artículo 81 en relación al artículo 83 del Reglamento del Registro Civil (aprobado mediante Decreto de 14 de noviembre de 1958, actualizado en el BOE de 19 de septiembre de 1986), que considera que nada impide realizar la inscripción registral, cuyos únicos requisitos son que se trate de documentos públicos aprobados por la autoridad competente, y que sus efectos no sean contrarios al orden público internacional español, siendo necesario el reconocimiento de la decisión judicial extranjera como trámite previo para el acceso al registro. Se parte de un considerando fundamental, que es el hecho de tratarse de hijos naturales de ciudadano español, y como tal, tiene la consideración de español, procediendo por este hecho la inscripción.

El segundo argumento fundamental esgrimido se centra en que si en Derecho español se admite la filiación a favor de dos varones en caso de adopción, y no cabe distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, por lo que idéntica solución debe proceder también en el caso de hijos naturales. A ello añade que si en nuestro ordenamiento se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres (art. 7,3 Ley 14/2006), no permitir que la filiación de los nacidos conste a favor de dos varones resultaría discriminatorio.

13 Quiñones Escámez, A.: "Doble filiación paterna...". Págs. 32 a 35.

Es sorprendente esta posibilidad de reconocimiento de una sentencia dictada por tribunal extranjero sobre una práctica prohibida en España, admitiendo la inscripción de los nacidos mediante una práctica ilegal eludiendo la prohibición del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

La Fiscalía recurrió esta Resolución cuya tramitación correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, que estimó la demanda interpuesta, mediante Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/262011), por considerar que el nacimiento se debió a un contrato de gestación por sustitución, debiendo impedirse el acceso al Registro Civil consular por estar prohibida esta práctica por la ley española. La sentencia del Juzgado fue recurrida en apelación, dictando sentencia confirmatoria por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (EDJ 2011/280304), dejando sin efecto la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de los menores¹⁴.

Tras conocer esta sentencia, ha habido resoluciones posteriores de la DGRN, como la del 5 de octubre de 2010, publicada en el BOE el 7 de octubre (EDL 2010/195146), que "unifica doctrina" y sienta las bases de futuras resoluciones, ofreciendo una solución jurídica que quiebra el principio de legalidad del sistema registral español, mermando la seguridad jurídica.

Esta resolución resulta de vital importancia en dos ámbitos, en el del reconocimiento de la paternidad, y en el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución, mereciendo ambos, consideraciones críticas.

Llama la atención el hecho de que la Resolución de 5 de octubre de 2010 de la DGRN referida, no recoge la exigencia del control de la legalidad que debería realizar el Encargado del Registro Civil Consular sobre la conformidad con la legislación española, de la filiación que se pretende inscribir, en un proceso de gestación por sustitución.

Buena parte de la doctrina, entre cuyos autores podemos mencionar a Susana Salvador Gutiérrez, magistrada encargada del Registro Civil Único de Madrid, consideran que la resolución comentada se encuentra afectada de nulidad de pleno derecho por contravenir el art. 10.1 de la Ley de Reproducción

14. Rubio Torrano, E.: "Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución". Publicación: Aranzadi Civil-Mercantil núm. 9/2011 (Tribuna). Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2011,. Pág 1 y ss.

Asistida¹⁵.

Pese a ello, esta Resolución ha sentado doctrina y su línea ha sido continuada por resoluciones posteriores de la DGRN, que han resuelto recursos presentados contra la calificación jurídica inicial del cónsul de España en el país donde se ha realizado la gestación por sustitución, al denegar la inscripción en el Registro Consular de filiaciones en procesos de gestación por sustitución, ejemplo de ello son las resoluciones de 3 de mayo de 2011 (EDD 2011/358204), de 6 de mayo de 2011 (EDD 2011/358209), de 9 de junio de 2011 (EDD 2011/358667, EDD 2011/358668 y EDD 2011/358669), 27 de junio 2011 (EDD 2011/358668), 23 de septiembre 2011 (EDD 2011/360049 y EDD 2011/360050).

VI. EXIGENCIAS EN EL TRÁMITE DE INSCRIPCIÓN.

Todas las resoluciones referidas exigen en el trámite de inscripción en el Registro Civil unos condicionantes.

El primero de ellos es que se aporte la sentencia en virtud de la cual las autoridades extranjeras atribuyen a los padres comitentes la paternidad del menor, siendo la existencia y aporte de la sentencia una condición previa a la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución.

El segundo, que la resolución judicial tenga su origen en un procedimiento equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria.

El tercer condicionante se sustenta en que el órgano jurisdiccional extranjero haya basado su competencia internacional en criterios equiparables o equivalentes a los contemplados por la legislación española, que configura su sistema de competencia judicial internacional en el principio de tutela efectiva. Ello significa que el encargado del Registro tendría que verificar la existencia de una proximidad razonable entre ambos tribunales.

Por último, una vez reconocida la validez de la sentencia basándose en los condicionantes anteriores, debemos valorar si se ha respetado el interés superior del menor. En concreto, el hecho de que en la propia resolución se declare que los padres intencionales ostentarán “todos los derechos legales sobre dicho niño” y que éste “tendrá derecho a to-

15. Salvador Gutiérrez, S.: “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución.” Ed.: El Derecho Editores / Boletín de Derecho de Familia El Derecho, n.º 126, septiembre de 2012, págs 4 a 6.

dos los beneficios que según la Ley le correspondan como hijo legal” de aquéllos, aseguran que el niño recibirá la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, de acuerdo con las exigencias del artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, y que “cualquier derecho que pudieran tener sobre él queda por la presente resolución revocado”, garantizan el derecho de los menores a disponer de una filiación única, válida para todos los países, asegurando de este modo que el menor gozará de una única identidad, principio proclamado por el TJUE en sus sentencias de 2 de octubre de 2003 y de 14 de octubre de 2008. Debe acreditarse además el respeto a los derechos de la madre gestante, mostrando especial atención en que ésta haya “renunciado de manera informada y voluntaria a cualquier derecho que le pudiera corresponder”¹⁶.

La inscripción practicada en ese Estado es mero reflejo de una previa resolución judicial que es la que determina el régimen de filiación de los nacidos, siendo un trámite previo para lograr el acceso al registro español de tales relaciones de filiación, requisito anunciado de forma expresa por la resolución de 5 de octubre de 2010.

VII. HOMOLOGACIÓN DEL TÍTULO JUDICIAL EXTRANJERO EN ESPAÑA.

Una vez finalizado el trámite de inscripción en el registro consular, la sentencia extranjera deberá homologarse por el juez nacional español, al considerar que la decisión judicial extranjera en la que se constituye la filiación, es la que está llamada a desplegar sus efectos en España, siendo el reconocimiento de la resolución judicial un trámite indispensable para lograr el acceso de la filiación al registro español. Así lo han entendido diversas resoluciones de la DGRN, entre las que podemos hacer referencia, además de las ya anunciadas, la de 3 de mayo de 2011 y de 30 de noviembre de 2011, siendo el procedimiento a seguir para este reconocimiento, en ausencia de convenio con España, el del exequátur regulado en los artículos ya citados de la antigua LEC todavía vigentes.

La doctrina del Tribunal Supremo ha considerado necesario el reconocimiento previo de la sentencia extranjera por los tribunales españoles para acceder a la inscripción registral, debiendo presentarse el correspondiente exequátur, regulado en los vigentes arts. 954 y ss de la LEC anterior.

16. Resolución 6/2011 de 6 de mayo, de la Dirección General de Registro y Notariado, que establece los requisitos, continuando la línea establecida por la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

En el caso de que la resolución extranjera provenga de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como es el caso de la adopción internacional, la inscripción de la filiación no está sometida a exequátur, tal como el propio TS ha declarado, en sentencias como la de 29 de septiembre y de 1 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/41029 y EDJ 1998/41039), así como la de 21 de octubre de 1997 (EDJ 1997/21532), sino al reconocimiento incidental de la resolución por parte del propio encargado del Registro Civil Consular, quien deberá constatar la autenticidad de la resolución; su firmeza; los criterios en que el tribunal de origen hubiera basado su competencia internacional y que estos sean acordes a la legislación española; la garantía de los derechos procesales de las partes, en especial, de la madre gestante, sin que se haya producido vulneración del interés de ésta ni del propio menor, para lo cual verificarán que el consentimiento otorgado por la madre no se haya otorgado mediando dolo, error o violencia¹⁷.

VIII. CONCLUSIONES.

1ª.- Cuando una pareja acude a un profesional para que intervenga en la tramitación de una paternidad por subrogación, está plenamente decidida a llevarlo a término, aunque desconoce las dificultades tanto biológicas como legales con las que se va a encontrar, y que van a afectar negativamente en su decisión. Por ello, el profesional del Derecho, consciente de todo ello, se encuentra en estos casos como parte fundamental del proceso, debiendo actuar con total independencia respecto a su propia opinión personal sobre la idoneidad del trámite, ayudando a la pareja en todo momento, disipando sus dudas, y en ocasiones, siendo su paño de lágrimas ante las dificultades que surgen en el duro camino a recorrer.

2ª.- Se hace necesaria una reforma de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, puesto que la prohibición en España de la maternidad por subrogación supone una gran contradicción con el posterior reconocimiento del menor como hijo de la pareja, lo cual conlleva necesariamente una regulación coherente con la práctica actual. Es cierto que nos encontramos ante nuevos modelos de familia, propiciados, en parte, por su propia legalización, comportando este hecho el que se someta a regulación el posible fruto de esa unión. De procederse a la regulación de la paternidad por subrogación, debería realizarse con gran cautela y adelantándose a los posibles excesos que se pudieran cometer, al objeto de evitar casos de comerciar con la vida humana.

17. Vela Sánchez, A.J.: "La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler". Diario La Ley, nº 7608, 2011.

3ª.- Sería conveniente que la subrogación se regulara en España como una posible forma de acceso a la paternidad, estableciendo unos trámites previos y obligatorios a realizar en España antes de viajar a formalizar los trámites en el país donde se va a proceder a la gestación y subrogación, al igual que en los procesos de adopción, de forma que la pareja fuera consciente de su decisión y valorara la problemática que puede suscitar en el compromiso de la subrogación el hecho de una hipotética ruptura de la pareja que accede a la subrogación¹⁸.

4ª.- La elección de este proceso debe adoptarse de forma concienzuda por las partes, no debiendo acudir a él huyendo de la complejidad de un proceso de adopción internacional, pues este proceso, es todavía más complejo.

5ª.- La maternidad por subrogación, a la vista de los antecedentes estudiados y de que finalmente, existen situaciones de estas características en España, debería estar regulada mediante un proceso que protegiera los derechos del menor, mediante un modelo institucional de protección, que, al igual que ocurre en los procesos de adopción internacional, tuviera conocimiento de todo el proceso, desde su inicio, formalización del contrato de subrogación con las condiciones impuestas en la legislación de protección del menor, que se realizara en países con los que España hubiere firmado acuerdo para la realización de esta práctica, de forma que hubiera coordinación entre las autoridades del país donde se practique la subrogación y las autoridades españolas, que modificara además la legislación sobre el Registro Civil, de forma que en un todo armónico quedara dentro de un ámbito de total protección y regularización, asegurando de este modo los intereses y problemática de todas las partes intervinientes.

6ª.- Queda por último una cuestión fundamental que deberá abordarse, como es el caso del arrepentimiento por parte de la madre, que decide finalmente quedarse al bebé, hecho éste que debe estar legislado, al igual que en los casos de que la pareja se ha separado durante el proceso y tras el embarazo, y desisten del contrato de subrogación formalizado con el grave perjuicio que esta situación supone para el bebé que está en camino.

18. Díaz Romero, M.R.: "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", cit. Diario La Ley nº 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, pág. 15 a 17.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

ALES URÍA ACEVEDO, M.M.: El derecho a la identidad en la filiación. Colección: Monografías. Editorial: Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

BAUTISTA ZARRALUQUI, J.B.: "Maternidad subrogada". Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 815/2011 (Tribuna). Ed.: Aranzadi, S.A. Pamplona, 2011.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Hijos made in California". Aranzadi Civil Revista Doctrinal, núm. 3 (tribuna). Aranzadi-Westlaw BIB, 2009.

DÍAZ-AMBRONA, M.D.: Las técnicas de reproducción humana asistida con especial referencia a las uniones de personas del mismo sexo. El Derecho Editores/Base de Datos Bibliografía El Derecho, 2005.

DÍAZ ROMERO, M.R.: "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico". Diario La Ley, nº 7527, Sección Doctrina. 2010.

FERNÁNDEZ- SANCHO TAHOCES, A.S.: "Persona, familia y Patrimonio". Revista Aranzadi doctrinal, nº 6/2011. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. 2011.

FUENTES TOMÁS, P. "La familia in vitro: filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida". Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 1. El Derecho Editores, 2012.

HUALDE MANSO, T.: "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada", Aranzadi Civil-mercantil nº 10/2012, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2012.

PÉREZ VAQUERO, C.: Artículo de opinión sobre el posible delito por la utilización de vientre de alquiler, publicado en la revista on line: Noticias Jurídicas, diciembre 2010.

PÉREZ VAQUERO, C.: "Las pensiones y la poligamia". Revista Quadernos de Criminología, nº 7. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3104389>.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada". In Dret, Revista para el análisis del Derecho, julio 2009.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "Las técnicas de reproducción asistida humana". Base de datos jurídica on line IUSTEL.

RUBIO TORRANO, E.: "Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución". Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 9/2011 (Tribuna). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

SALAS CARCELLER, A.: "El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución". Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 10/2011 (Tribuna). Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. 2011.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: "Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución". Boletín de Derecho de Familia El Derecho, nº 126. El Derecho Editores, septiembre de 2012.

VAQUERO LÓPEZ, C.: Artículo en la revista Lex Nova de 27 de abril de 2012. Enlace Internet: civil.blogs.lexnova.es/.../maternidad-subrogada-orden-publico-y-ley-...

VELA SÁNCHEZ, A.J.: "La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler". Diario La Ley, nº 7608, 2011.