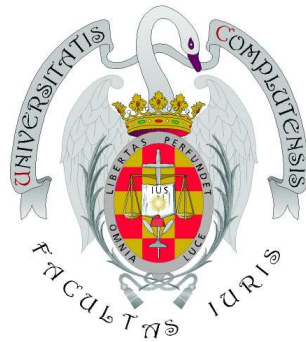


UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Civil

TRABAJO FIN DE MÁSTER
MÁSTER EN DERECHO PRIVADO



**LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL
ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL
EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN**

Presentado por: Tania Vázquez Muña.

**Tutora: Carmen Callejo Rodríguez. Profesora Contratada
Doctora de Derecho Civil.**

Convocatoria: Septiembre 2013.

Calificación: 8.0

RESUMEN

En España, la actual polémica sobre la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución tiene su origen en el caso planteado por un matrimonio de varones que, tras el nacimiento de dos menores mediante dicha técnica en el Estado de California (EE.UU), intentaron su inscripción como hijos naturales de ambos en el Registro Civil consular de Los Ángeles, aportando para tal fin el certificado registral extranjero de nacimiento.

El presente trabajo ofrece un estudio de la problemática suscitada por este caso tanto en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, como en el proceso judicial posterior al que dio lugar.

Asimismo, se estudia la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en la que dicho Centro Directivo cambia de criterio y exige como documento válido para inscribir en el Registro Civil la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución, la resolución judicial extranjera.

Por último, se analizan las normas de Derecho internacional privado de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, con el fin de abordar la inscripción en el Registro Civil de la filiación mencionada en el marco del nuevo texto legal.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución – Registro Civil – Inscripción – Filiación – Dirección General de los Registros y del Notariado – Resolución de 18 de febrero de 2009 – Instrucción de 5 de octubre de 2010 – Certificado registral extranjero de nacimiento – Resolución judicial extranjera.

ABSTRACT

In Spain, current polemic about registration in the Registry of Vital Records of the filiation come abroad from surrogate mother has its origin in the case of two married men that had two children using surrogate mother in the State of California (USA) and tried to register them as a biological filiation of both of them in the Consular Registry of Vital Records in Los Ángeles, providing foreign birth certificate.

The present work provides an investigation about problems caused by this case in the Resolution of 18 February 2009 of General Management of Registries and Notary, and in the following judicial process.

Likewise, this research studies the Instruction of 5 October 2010, in which this General Management changes its mind and requires foreign judicial resolution as a valid document to register in the Registry of Vital Records the filiation come abroad from surrogate mother.

Finally, this work analyses international private law regulation in the latest Law of Registry of Vital Records 20/2011, 21 July, in order to tackle the registration in the Registry of Vital Records of the mentioned filiation in the context of that regulation.

KEY WORDS

Surrogate mother - Registry of Vital Records – Registration – Filiation – General Management of Registries and Notary – Resolution of 18 February 2009 – Instruction of 5 October 2010 – Foreign birth certificate – Foreign judicial resolution.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
Capítulo I: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	2
1. Las técnicas de reproducción humana asistida: concepto, clases y regulación.....	2
1.1. Concepto.....	2
1.2. Clases.....	3
1.3. Regulación.....	3
2. La gestación por sustitución: concepto, naturaleza jurídica, clases y Derecho comparado.....	9
2.1. Concepto y naturaleza jurídica.....	9
2.2. Clases.....	11
2.3. Derecho comparado.....	12
2.3.1. Prohibición de la gestación por sustitución.....	12
1. Francia.....	12
2. Alemania.....	13
3. Suiza.....	14
4. Italia.....	14
5. España.....	15
2.3.2. Admisión, sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones.....	15
1. Primer grupo.....	15
a) Brasil.....	16
b) Israel.....	16
c) Grecia.....	18
2. Segundo grupo.....	21
a) Reino Unido.....	21
2.3.3. Admisión amplia.....	25
1. Ucrania.....	26
2. Rusia.....	27
3. India.....	28
4. EE.UU: el Estado de California.....	30
2.4. El turismo reproductivo.....	32
2.5. Situación legal en España.....	34
2.5.1. La nulidad de pleno derecho.....	34
2.5.2. La impugnación de la maternidad.....	37
2.5.3. La vía de la adopción.....	38
2.5.4. Ausencia de sanción en la LTRHA.....	40
2.5.5. Problemas en la determinación de la paternidad.....	41
2.5.6. Proximidades y diferencias con la adopción.....	42

Capítulo II: LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	44
1. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.....	44
1.1. Hechos.....	44
1.2. Argumentos de la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009 y críticas a la misma.....	46
1.2.1. Los indicios racionales de la generación física.....	46
1.2.2. Una cuestión de validez extraterritorial de decisiones.....	48
1.2.3. El documento auténtico extranjero con fuerza en España: concepto y requisitos.....	50
a) Concepto.....	50
b) Requisitos.....	51
1. Documento autorizado por autoridad extranjera...	52
2. Equivalencia funcional de las autoridades registrales extranjeras con las autoridades registrales españolas.....	53
3. Ajuste del impacto legal de la decisión extranjera en el orden público español.....	53
a) El principio del interés superior del menor.....	53
b) El derecho a una identidad única.....	55
c) Discriminación por razón de sexo.....	57
d) El orden público internacional atenuado.....	58
1.2.4. El fraude de ley.....	59
1.2.5. La relación causa-efecto existente entre la resolución judicial extranjera y el certificado registral de nacimiento.	60
1.2.6. El método del reconocimiento.....	61
1.2.7. El certificado registral extranjero: ¿decisión o no?.....	62
2. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.....	63
2.1. Hechos.....	64
2.2. El doble control de realidad y legalidad del art. 23 LRC.....	65
2.3. Contraargumentos en relación con el orden público internacional	69
2.3.1. El trato desigual de los hijos naturales.....	69
2.3.2. La modalidad de la gestación.....	70
2.3.3. Las vías del ordenamiento jurídico español.....	72
2.3.4. El fraude de ley en su vertiente procesal.....	74
3. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.....	75
3.1. Las directrices de la DGRN en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.....	75
3.1.1. Directriz primera.....	76
a) Apartado primero.....	76
b) Apartado segundo.....	78
c) Apartado tercero.....	79

3.1.2. Directriz segunda.....	80
3.2. Críticas a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010....	81
3.3. Casos en los que se ha aplicado la doctrina de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.....	87
a) Casos que han dado lugar a Resoluciones de la DGRN.....	87
b) Casos que han dado lugar a pronunciamientos judiciales.....	96
4. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.....	98
4.1. El doble control de legalidad y realidad del art. 23 LRC.....	99
4.2. La vulneración del orden público internacional.....	100
4.3. El fraude de ley en su vertiente procesal.....	101
4.4. La no aplicación al supuesto de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.....	102
4.5. La no discriminación por razón de sexo y la modalidad de la gestación.....	103
4.6. El orden público internacional atenuado.....	103
4.7. El principio del interés superior del menor y las vías del ordenamiento jurídico español.....	104
4.8. La definición del contrato de gestación por sustitución.....	107
4.9. La ausencia de pronunciamiento respecto a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.....	107
4.10. El fallo de la Audiencia Provincial.....	108
Capítulo III: LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA NUEVA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL.....	109
1. La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.....	109
1.1. Introducción.....	109
1.2. Novedades en materia de Derecho internacional privado.....	110
1.2.1. La traducción y legalización de documentos.....	111
1.2.2. El acceso al Registro Civil de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras.....	112
1.2.3. Los documentos extranjeros extrajudiciales.....	115
1.2.4. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros.....	115
CONCLUSIONES.....	118
BIBLIOGRAFÍA.....	124

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ofrece un estudio sobre la situación legal actual de la gestación por sustitución y de la problemática que suscita cuando pretende inscribirse en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero a través de dicha técnica.

No puede considerarse a la gestación por sustitución una técnica de reproducción humana asistida *per se*. Sin embargo, se lleva a cabo a través de tales técnicas. De ahí que mi trabajo comience exponiendo la legislación actual vigente en materia de reproducción humana asistida -la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida- con el fin de estudiar los aspectos legales que suscitan dichas técnicas en torno a la filiación para, posteriormente, centrar mi atención en la gestación por sustitución.

El núcleo del trabajo lo constituye la inscripción en el Registro Civil español de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Para ello, he partido, en primer lugar, de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, así como del procedimiento jurisdiccional posterior que suscitó. Asimismo, abordo la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de dicho Centro Directivo, capital para el tema que se trata y de incuestionable actualidad, que ha provocado una importante polémica doctrinal.

Para el estudio de la inscripción en el Registro Civil español de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución ha resultado imprescindible el manejo tanto de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, como de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor en julio de 2014, y que está dando lugar a un alud de críticas.

En suma, el trabajo que presento pretende ofrecer una perspectiva y una solución al problema de la inscripción en el Registro Civil español de la filiación surgida en el extranjero mediante maternidad subrogada, pero sobre todo, pretende ser un estudio de la persona, razón de ser del Derecho Civil, y de los sólidos principios jurídicos que vertebran nuestro ordenamiento.

CAPÍTULO I

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: CONCEPTO, CLASES Y REGULACIÓN.

1.1. CONCEPTO.

Las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) se han definido como los procedimientos médicos que tienen como finalidad ayudar a concebir a las personas con problemas de infertilidad, por medio de la manipulación de las células reproductivas femeninas y masculinas¹.

Como señala la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) en su Exposición de Motivos, fue en la década de los 70 cuando comenzaron a aparecer dichas técnicas abriendo nuevas posibilidades de solución al problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. Sin embargo, con el paso del tiempo ha quedado patente que la utilización de tales técnicas no se ha limitado a dar solución al problema de la esterilidad. Actualmente, las TRHA se usan con el simple propósito de concebir, con independencia de la existencia o no de problemas de esterilidad. De hecho, no se exige demostrar la existencia de problemas de esterilidad para poder hacer uso de ellas. De ahí que, a mi parecer, parezca más apropiado definir las TRHA como el conjunto de procedimientos médico-especializados que tienen como objetivo fundamental ayudar, completar, transformar o sustituir los procesos de carácter reproductivo que deberían producirse de manera natural en el aparato genital femenino mediante el empleo de

¹ VELARDE D'AMIL, Y.: "Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución", en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 3, septiembre de 2012, pág. 61.

artificios y manipulaciones tecno-científicas de los elementos reproductores humanos encaminada a la procreación por medios no naturales.

1.2. CLASES.

En cuanto a las principales TRHA, la LTRHA en su Anexo A (al cual remite el art. 2.1 de dicho texto legal) determina cuáles de estas técnicas reproductivas son admitidas en nuestro Derecho:

1. Inseminación artificial.
2. Fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.
3. Transferencia intratubárica de gametos.

La LTRHA no define las técnicas reproductivas mencionadas. A modo de mero apunte, cabe decir que la inseminación artificial consiste en la introducción médica del semen o espermatozoides en la vagina de la mujer con la finalidad de conseguir una gestación; puede ser homóloga o conyugal y heteróloga o con donante, dependiendo de si el semen proviene de la pareja o no. La fecundación in vitro es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre; el ovocito fecundado es entonces transferido al útero de la mujer para iniciar el embarazo. Y por último, la transferencia intratubárica de gametos es una técnica por la que se obtienen varios óvulos de la mujer y, sin fecundar, se reimplantan junto con el espermatozoides en la trompa de Falopio mediante un laparoscopia (instrumento de exploración abdominal) a través de pequeñas incisiones en el abdomen.

1.3. REGULACIÓN.

La novedad y utilidad de las TRHA hicieron necesaria su regulación, que en España se materializó mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida², siendo dicha ley una de las primeras sobre este tema, si la comparamos con las legislaciones de nuestro entorno.

El avance científico en esta materia ha sido importante y poco después surgió la necesidad de completar dicha ley, por lo que se promulgó la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida³.

No obstante, pronto se puso de manifiesto la necesidad de una nueva legislación, pues la Ley de 2003 no daba respuesta a todas las lagunas de la anterior. Además, hay que tener en cuenta que se trata de una normativa que regula una materia de gran complejidad y sometida a un constante desarrollo científico. Esta situación dio origen a nuestra actual legislación: la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida⁴ (LTRHA), que deroga las anteriores y contiene el actual régimen jurídico en materia de reproducción asistida, introduciendo importantes novedades:

1. Define claramente el concepto de preembrión. Además, en línea con lo que dispone la Constitución Europea, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos⁵.
2. Enumera las técnicas de reproducción asistida existentes en la actualidad pero permite ir incorporando aquéllas que vayan apareciendo por el devenir del avance científico⁶.

² BOE nº 282, de 24 de noviembre de 1988; Rect. BOE nº 284, de 26 de septiembre de 2011. Esta Ley toma como punto de partida las conclusiones del denominado Informe Palacios realizado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas aprobadas por el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 10 de abril de 1986.

³ BOE nº 280, de 22 de noviembre de 2003.

⁴ BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006.

⁵ El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa establece en su art. 63.2 que “*en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: (...) d. la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos*”.

⁶ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Exposición de motivos II, párrafo segundo: “*La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto [que la anterior] al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar,*

3. Señala que, además de paliar los efectos de la esterilidad, las TRHA sirven para otros fines, en los que se ha demostrado igualmente su efectividad, como es el caso de la investigación y de los diagnósticos⁷.
4. Refuerza el papel asesor de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que debe emitir informes preceptivos acerca de cuantos proyectos nuevos, sea para el desarrollo de nuevas técnicas, sea como investigación de carácter básico o aplicado, se puedan promover, pero, al mismo tiempo, mantiene la capacidad decisoria de las autoridades sanitarias correspondientes⁸.
5. Con el fin de que los usuarios de las TRHA tengan acceso a una información clara y precisa sobre la actividad y los servicios de los centros que las practican, la ley crea el Registro de actividad de los centros de reproducción asistida que, junto con el ya existente Registro de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana previsto en la Ley 35/1988, conseguiría tal objetivo⁹.
6. El Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa (organismo autónomo) pasa a denominarse Organización Nacional de Trasplantes y a asumir sus funciones y competencias, excepto las que corresponden al Instituto de Salud Carlos III, con lo que se separan las funciones puramente asistenciales de las investigadoras.

previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas”.

⁷ VELARDE D'AMIL, Y., *ob. cit.*, pág. 61.

⁸ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Exposición de motivos II, párrafo quinto.

⁹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Exposición de motivos II, párrafo octavo: “(...) *En el primero se consignarán los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización. Y en el segundo se registrarán los datos sobre tipología de técnicas y procedimientos, tasas de éxito y otras cuestiones que sirvan para informar a los ciudadanos sobre la calidad de cada uno de los centros, que deberán hacerse públicos, al menos, una vez al año. También se recogerá el número de preembriones que se conserven en cada centro o servicio de reproducción asistida y se elimina la obligación establecida en la Ley anterior de enviar los preembriones sobrantes al Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa”.*

7. Dado que la autorización de proyectos concretos corresponde a las CCAA, se dota a éstas de apoyo técnico mediante el reforzamiento del papel asesor de una única comisión, de la que forman parte representantes de las propias CCAA.
8. Por último, para corregir los problemas suscitados por la legislación precedente, la Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen criopreservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente, en cuanto a sus destinos posibles, siempre supeditados a la voluntad de los progenitores y, en el caso de la investigación, a condiciones estrictas de autorización, seguimiento y control por parte de las autoridades sanitarias correspondientes. Con ello, al igual que ocurre en otros países, se desarrollan instrumentos adecuados para garantizar la demandada protección del preembrión. Se eliminan los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo (máximo de tres ovocitos), límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso¹⁰.

No obstante, la LTRHA también ha sido objeto de algunas reformas. La primera en el año 2007 introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que adecua la normativa de la LTRHA a la nueva realidad de los matrimonios integrados por personas del mismo sexo, añadiendo un nº 3 en el artículo 7 que dispone 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”*¹¹. La segunda modificación se ha producido de la mano

¹⁰ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Exposición de motivos II, párrafo noveno.

¹¹ MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho internacional privado”, en *RCDI*, nº 731, mayo 2012, pág. 1391: “(...) para que se determine la filiación a favor de la mujer cónyuge de la futura madre será necesario que aquella manifieste ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente se determine a su favor la filiación del hijo que nazca

de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, que establece que tanto la información como el consentimiento relacionados con las técnicas de reproducción asistida se tienen que realizar en formatos adecuados, siguiendo las reglas establecidas por el principio de diseño para todos, de forma que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

La LTRHA dedica sus artículos 7, 8, 9 y 10 a la filiación de los nacidos mediante estas técnicas de reproducción. Para determinar dicha filiación el artículo 7 LTRHA en su número 1 contiene una remisión a las leyes civiles, salvando las especificidades previstas por los artículos 8 a 10 del mismo cuerpo legal. Por lo tanto, serán los artículos 108 y siguientes del Código Civil los que contendrán las reglas aplicables en

fruto de la reproducción asistida. Sin este trámite parecería que el nacido ostentaría la filiación materna de la madre biológica pero no la de la consorte de ésta, que estaría entonces avocada a la adopción para que se considerase que el hijo fuera legalmente suyo. Este precepto permite, como si se tratase de una condición, la filiación natural del hijo a favor de dos mujeres casadas, lo que vendría a ser una doble filiación matrimonial por naturaleza”.

Aunque no es el objeto de este trabajo, y su mención en el mismo tiene carácter tangencial, es de interés señalar que no han faltado críticas a la introducción de este apartado tercero en el art. 7 LTRHA. ALMAGRO NOSETE opina que “tras la reforma operada en la LTRHA por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral del sexo, lo previsto por el mencionado art. 7.1 debe corregirse incluso en cuanto a su literalidad, dado que ésta incluyó, como párrafo 3 del propio art. 7, una regla ya no especial, ni siquiera excepcional, sino totalmente estrambótica para el Derecho vigente de filiación: la posibilidad de que sean tenidas, como madres de un hijo, dos mujeres casadas entre sí. Es difícil entender por qué esta regla no se incluyó en su sede correcta, el art. 8 de la Ley (Determinación legal de la filiación): la chapucería de la Ley parece no encontrar ni siquiera límites formales o sistemáticos. Porque una aplicación literal del art. 7.1 conduciría a la inaplicación del art. 7.3” (ALMAGRO NOSETE, J.: “Matrimonio de mujeres y reproducción asistida”, en *Diario La Ley*, nº 7853, Sección Columna, 8 de mayo de 2012, año XXXIII, pág. 6. En el mismo sentido BARBER CÁRCAMO, R.: “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, en *REDUR*, nº 8, diciembre de 2010, pág. 30 <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf>).

Con el objetivo de facilitar la comprensión de la opinión de ALMAGRO NOSETE, plasmo el art. 7.1 LTRHA: “*La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos*”.

Por su parte, BARBER CÁRCAMO opina que, a pesar de que el legislador ha optado por el criterio de la biología del nacimiento a la hora de determinar la filiación, y no por la de la concepción (y buena muestra de ello es el art. 10 de la Ley 14/2006, que establece que la filiación en los contratos de gestación por sustitución será determinada por el parto), el art. 7.3 de la citada ley supone no sólo una contradicción con el expuesto ligamen de la maternidad con el parto, sino también con la verdad biológica, principio rector de la regulación del Código Civil. Y continúa exponiendo: “(...) la introducción en nuestro Derecho de la doble maternidad por naturaleza (es) contrario a su unidad natural y a toda la regulación del Código sobre la filiación (art.113.2 CC) (...) la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (...) en su Resolución (4ª) de 14 de octubre de 2009 (...) afirma inexplicablemente que el art. 7.3 LTRHA “no altera el principio de unidad de la maternidad que consagra el ordenamiento”. Llamemos a las cosas por su nombre: ni la previsión del art. 7.3 LTRHA puede calificarse técnicamente de reconocimiento de filiación, por ser manifiesta y evidente su falta de correspondencia con la realidad, ni cabe negar que nuestro Derecho admite hoy, inexplicablemente, la doble maternidad por naturaleza. Las palabras entrecomilladas de la Dirección General demuestran, patéticamente, cómo legislar contra toda evidencia fáctica y jurídica conduce a una espiral de insensatez sin retorno” (BARBER CÁRCAMO, R., *ob. cit.*, pág. 30).

materia de filiación, así como las leyes forales que regulen dicha materia. En este último sentido, cabe citar el Capítulo V (De la filiación) de la Ley 25/2010, de 19 de julio, por la que se aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y Familia; los artículos 56 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el Título de “Código Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas; y finalmente el Título V (De la patria potestad y filiación), de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra¹².

Fundamentalmente, son tres las particularidades que definen la filiación cuando se han utilizado técnicas de reproducción artificial¹³:

1. La obligación de asumir la filiación (matrimonial o no) que se derive del nacimiento del hijo, con independencia de la procedencia del material reproductor, una vez que los cónyuges (del mismo o distinto sexo) o integrantes de la pareja de hecho han manifestado su consentimiento para que se pueda practicar la técnica.
2. La obligación de asumir la filiación (matrimonial o no) que se derive de la fecundación post mortem.
3. La obligación de asumir la filiación (matrimonial o no) que se derive del contrato de gestación por sustitución.

Debido a la prohibición contenida en el artículo 14 de la CE relativa a la no discriminación por razón de nacimiento o de filiación, las inscripciones en el Registro Civil de los niños nacidos como consecuencia de estas técnicas no han de tener un trato diferenciado del resto de las inscripciones de nacimiento o filiación. Por tanto, desde la óptica del Registro Civil, no existen diferencias en el tratamiento de la inscripción de la filiación en el caso de la utilización de las técnicas de reproducción asistida. En esta idea ahonda el artículo 2 LTRHA cuando en su número 2 establece que en ningún caso

¹² JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V.: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V*, 2012, pág. 366.

¹³ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 366.

la inscripción en el Registro reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación¹⁴.

Por tanto, la inscripción de la filiación de estos nacidos será matrimonial o no matrimonial en función del juego de las reglas establecidas en los artículos 108 y siguientes del Código Civil o la legislación foral correspondiente. Sin embargo, conviene señalar que con la entrada en vigor de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil¹⁵, esta distinción no tendrá acceso al Registro Civil, puesto que tal y como establece su Exposición de Motivos, se elimina toda referencia a la filiación no matrimonial, con plena equiparación a la matrimonial.

2. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, CLASES Y DERECHO COMPARADO.

2.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

La gestación por sustitución, gestación subrogada, maternidad subrogada o maternidad portadora¹⁶ (vulgarmente conocida como “madre de alquiler” o “vientre de alquiler”) podría definirse como un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que

¹⁴ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 367.

¹⁵ BOE 22 de julio de 2011. El plazo de entrada en vigor es de 3 años desde su publicación en el BOE excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entraron en vigor el día siguiente de su publicación en el BOE (Disposición final décima).

¹⁶ SOUTO GALVÁN, B.: “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, en *Foro*, Nueva época, nº 1, 2005, pág. 276: “Esta última denominación fue la utilizada por el “Comité of Experts on Genetic Engineering”, creado por el Consejo de Europa en 1982, para referirse a la “técnica que consiste en que una mujer lleva en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento para beneficio de otra mujer o pareja”.

pueden aportar o no sus gametos. Los sujetos individuales pueden ser hombre o mujer y la pareja puede ser heterosexual u homosexual¹⁷.

En torno a la denominación correcta de dicha técnica hay un gran debate doctrinal. Tanto la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios), como el art. 10 de la LTRHA, utilizan el término gestación por sustitución o gestación de sustitución¹⁸. Sin embargo, resulta interesante la opinión de VELA SÁNCHEZ que se decanta por la expresión gestación por encargo y que, en mi opinión, pone de manifiesto algunos aspectos importantes a tener en cuenta. Entiende que esta locución, además de eliminar otras con cierta connotación peyorativa (como madres de alquiler, alquiler de vientre, etc), aborda mejor el tema, pues no sólo las mujeres optan por este instrumento contractual para ser madres (en cuyo caso sí convendría el término maternidad subrogada o gestación por sustitución), sino también los hombres, solos o en pareja homosexual¹⁹.

¹⁷ DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Diario La Ley*, n° 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año XXXI, pág. 1; DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, en *RCDI*, n° 725, mayo de 2011, pág. 1670. Esta misma definición se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), núm. 826/2011, de 23 de noviembre (AC 2011, 1561), Fundamento Jurídico Primero, que será estudiada más adelante.

¹⁸ El art. 10 de la LTRHA no define el contrato de gestación por sustitución. Sin embargo, la Comisión Especial Parlamentaria de Estudio de Fecundación in vitro y la Inseminación artificial Humana, de 10 de abril de 1986 (Informe Palacios) en su Capítulo V. 10 sí contenía una definición, que es la siguiente: “Es una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que se responsabilizará de la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos”. Como puede observarse, se exigía que la pareja comitente fuese heterosexual e irreversiblemente estéril, requisitos que no se exigen en la concepción actual del contrato de gestación por sustitución. Esta definición del Informe Palacios la encontramos en VELA SÁNCHEZ, A.J.: “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, en *Diario La Ley*, n° 7815, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2012, año XXXIII, pág. 6. También en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEIGU J.M.: *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 95.

¹⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, en *Diario La Ley*, n° 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV, pág. 3: “(...) creo que debe consagrarse, categóricamente, en esta sede, la expresión gestación por encargo. Esta locución, además de eliminar otras ciertamente malintencionadas –como madres de alquiler, alquiler o arriendo de vientre o de útero, etc.- tiene la virtud de abordar mejor el tema, pues no sólo las mujeres optan por este instrumento contractual para ser madres – en cuyo caso sí convendría el término maternidad subrogada o gestación por sustitución- , sino también los hombres, solos o en pareja homosexual, por lo que, repito, los autores deberíamos decantarnos por el término propuesto de gestación por encargo, más completo y más significativo en esta materia”.

Se ha discutido si el contrato de maternidad subrogada es un contrato de arrendamiento de servicios, de arrendamiento de obra, de venta de cosa futura, un contrato a favor de tercero en el que el beneficiario sería el hijo que va a nacer o, sencillamente, se trata de un contrato atípico. La mayoría de los autores parecen identificarlo bien con el arrendamiento de servicios (se presta el “servicio” de gestación) bien con el arrendamiento de obra (se promete la entrega de un niño)²⁰.

2.2. CLASES.

La gestación por sustitución se puede llevar a cabo de diversas formas:

1. En primer lugar, puede tratarse de una transferencia de embriones generados in vitro al útero de una tercera persona (la madre de alquiler), distinta de los progenitores genéticos de los embriones que son, además quienes la contratan.
2. También es posible que los contratantes recurran a donantes (de óvulo, de esperma o de ambos gametos), por lo que los embriones transferidos pueden ser o no (o serlo en todo o en parte) ajenos biológicamente a quienes desean ser sus padres legalmente.

Tanto esta modalidad como la anterior reciben la denominación de maternidad subrogada gestacional o parcial.

3. Por último, es posible que la propia mujer gestante aporte su material genético, llevándose a cabo el contrato, en este caso, a través de una inseminación artificial (con semen del contratante o de donante) y no

²⁰ COBACHO GÓMEZ J.A. e INIESTA DELGADO J.J.: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 369 y 370; JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Colección Jurídica General, Monografías, Madrid, 2012, pág. 109; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, Parte Estudio, 2011, pág. 1; DÍAZ ROMERO, M.R., *ob. cit.*, pág. 2; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M., *ob. cit.*, pág. 132.

mediante transferencia embrionaria. Se trataría de la maternidad subrogada tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*)²¹.

2.3. DERECHO COMPARADO.

Desde un punto de vista legislativo, debemos distinguir tres posturas:

- a) Prohibición de la gestación por sustitución.
- b) Admisión sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones.
- c) Admisión amplia.

2.3.1. Prohibición de la gestación por sustitución.

En muchos ordenamientos, tales como Francia, Alemania, Suiza, Italia o España, la regla es la prohibición y la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución.

1. Francia.

El *Comité Consultatif National d'Ethique* de Francia en su Opinión número 3 del 23 de octubre de 1984, no se manifiesta a favor de la gestación por sustitución en tanto ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. La misma postura negativa se reitera en la opinión número 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre “Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación” y en su reciente opinión número 110, de mayo de 2010,

²¹ ALBERT MÁRQUEZ, M.: “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, en *Diario La Ley*, nº 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, año XXXIII, pág. 1.

sobre “*Problemes ethiques souleves par la gestation pour autrui (gpa)*”. En esta última afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos²².

Por su parte, el art. 16.7º del Código Civil Francés, en su redacción dada por la Ley 1994-653, de 29 de julio de 1994, dispone que toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula, debiendo entenderse, por aplicación del art. 16. 9º del mismo Código, que tal nulidad es de orden público. La prohibición se completa por el art. 227-12 del Código Penal, relativo al delito de simulación de parto y alteración del estado civil, que sanciona la maternidad subrogada con un año de prisión y multa de 15.000 euros. Cuando el delito obedece a fines comerciales se prevé el doble de pena²³.

2. Alemania.

La ley alemana de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990, en su artículo 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que: “1. *Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; (...); 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento*”. El

²² LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, en *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, julio de 2012, pág. 11.

²³ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Diario La Ley*, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, año XXXII, pág. 3; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, en *Diario La Ley*, nº 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, año XXXI, pág. 3; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES A., *ob. cit.*, págs. 2 y 9.

contrato de maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público (artículo 138 BGB)²⁴.

3. Suiza.

En Suiza la gestación por sustitución está prohibida por el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal (“*La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas*”) y por el artículo 4 de la Ley federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito). Así, el contrato de maternidad subrogada es nulo en virtud del artículo 20 del Código de obligaciones²⁵.

4. Italia.

En Italia, conforme al art. 12.6° de la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40, el convenio de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, de manera que será penado, con reclusión de tres meses a dos años y con la multa de 600.000 a un millón de euros, quien, de cualquier modo, realiza, organiza o publicita la maternidad subrogada. La nulidad del contrato de maternidad subrogada implica que la filiación se determinará por el parto, de modo que, a efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre²⁶.

²⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, en *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, julio de 2009, pág. 8; LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 11.

²⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. *ob. cit.*, pág. 8; LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 12.

²⁶ VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada...”, *cit.*, pág. 3; DE LA IGLESIA MONJE, M.I., *ob. cit.*, pág. 1668. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *ob. cit.*, pág. 3; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES A., *ob. cit.*, pág. 2.

5. España.

En cuanto a España, el art. 10 de la LTRHA prohíbe el contrato de gestación por sustitución estableciendo que: “1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.* 2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.* 3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”. Como puede observarse, y coincidiendo con la legislación italiana, para el ordenamiento jurídico español la madre gestante siempre será la madre legal, en base al antiguo axioma romano *mater semper certa est*²⁷. Más adelante analizaremos con detalle las cuestiones que suscita este supuesto cuando tiene lugar en el extranjero pero se pretende su acceso al Registro Civil español.

2.3.2. Admisión, sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones.

Este tipo de regulación se puede dividir, a su vez, en dos grupos: por un lado, los que regulan un proceso de pre-aprobación del acuerdo de gestación subrogada ante un organismo con el fin de que éste lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico; y por otro lado, los que ponen en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido por gestación subrogada una vez nacido éste, es decir, se trataría de un procedimiento *ex post facto*.

1. Primer grupo.

²⁷ El aforismo romano completo, atribuido al jurista Paulo, es el siguiente: *Mater semper certa est, pater vero, quem nuptiae demonstrant*: de la madre hay certeza; pero del padre, conjetura (según nupcias) (RODRÍGUEZ DÍEZ, J.: “La aforística jurídica romano-canónica, puente para un nuevo Derecho común europeo”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXVII, 2004, pág. 256).

El primer grupo (entre los que podría citarse Brasil, Israel o Grecia) regula un proceso de pre-aprobación de los acuerdos de gestación por sustitución, mediante el cual los comitentes y la gestante deberán presentar su acuerdo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación²⁸.

a) Brasil

En Brasil, la resolución número 1957, de 15 de diciembre de 2010 del Consejo Federal de Medicina (CFM) establece: *“Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando existe un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial”*.

b) Israel.

En Israel, la ley 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996 se sancionó a raíz del caso Nahmani c. Nahmani²⁹. La ley exige los siguientes requisitos:

²⁸ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 13.

²⁹ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 13.

El caso *Nahmani c. Nahmani* es el siguiente: Ruth y Daniel Nahmani, pareja casada, eran incapaces de tener un niño debido a la imposibilidad de Ruth de llevar a buen fin la gestación a causa de una operación quirúrgica. Por ello, decidieron intentar la fecundación in vitro utilizando un óvulo de Ruth y el esperma de Daniel, con la intención de implantar el óvulo fecundado en una madre subrogada. La ley israelí no permitía la maternidad subrogada y la fecundación in vitro sólo estaba permitida si el óvulo fecundado se implantaba en la mujer que había aportado el óvulo. Como el procedimiento de la fecundación in vitro en EE.UU era demasiado costoso, la pareja pidió a la *High Court of Justice* que permitiera que el procedimiento de la fecundación in vitro se llevara a cabo en Israel, con la finalidad de realizar la

- 1) Los comitentes deben ser una pareja heterosexual casada.
- 2) La comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación.
- 3) Los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y espermatozoides del padre comitente. De lo contrario, el hijo se consideraría “ilegítimo”.
- 4) La gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente.
- 5) La gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera.
- 6) La gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, puede prescindirse de este requisito.
- 7) El acuerdo de maternidad subrogada debe ser aprobado por un Comité gubernamental formado por dos ginecólogos, un especialista en medicina interna, un psicólogo clínico, un representante de la religión de las partes y un jurista.
- 8) La candidata a madre subrogada debe tener entre 22 y 40 años y, a lo sumo, haber experimentado dos cesáreas y cinco partos.
- 9) Tanto la pareja comitente como la madre subrogada han de residir legalmente en Israel.

subrogación en EE.UU. La *High Court of Justice*, mediante orden judicial, aceptó que la fecundación in vitro se llevara a cabo en Israel. El procedimiento se realizó en el Hospital Assuta.

Posteriormente, Daniel deja a Ruth y se va a vivir con otra mujer, que le da un hijo. Ruth solicita al Hospital Assuta que realice la fecundación con el propósito de proceder a la subrogación en EE.UU, pero Daniel se opone, por lo que el Hospital Assuta no lleva a cabo la fecundación. Ruth solicita al *Haifa District Court* que ordene al Hospital Assuta que realice la fecundación, dando dicho *District Court* tal orden.

Daniel recurre el fallo del *District Court* ante la Corte Suprema. En su fallo, la Corte Suprema, con una mayoría de cuatro votos a favor de los cinco jueces que había, da la razón a Daniel Nahmani y revoca la orden del *District Court*.

Por su parte, Ruth pide a la Corte Suprema que estudien más a fondo el caso. Tras estudiar de nuevo el caso, fallan a favor de Ruth, permitiendo la fecundación in vitro. Obtuvo el respaldo de once jueces.

- 10) Tanto la pareja comitente como la madre subrogada deben ser mayores de edad y haber recibido asesoramiento profesional adecuado antes de firmar el acuerdo.
- 11) Por lo que respecta a las condiciones económicas, la pareja comitente sólo puede compensar a la madre subrogada los gastos habituales o los derivados de su inactividad durante el embarazo (lucro cesante), y concertar un seguro de vida a su favor que comprenda el período de tratamiento, el embarazo y los tres meses posteriores al parto³⁰.

La Ley israelí establece que la paternidad legal de un niño nacido por gestación por sustitución tiene que ser autorizada por orden judicial. Tras la concesión de una orden de paternidad, la gestante no podrá rescindir el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción, y sólo si se prueba ante el tribunal que es en el mejor interés del niño³¹.

c) Grecia.

En Grecia, la gestación por sustitución está regulada por dos leyes: la ley 3089/2002 y la ley 3305/2005. Conforme a esta legislación, los contratos de gestación por sustitución están sometidos a una serie de requisitos. Así, el artículo 1458 de la ley 3089/2002 establece que: *“La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también*

³⁰ FARNÓS AMORÓS E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, en *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, enero de 2010, págs. 19, 20 y 23; LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 13.

³¹ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 13.

que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir”. Como puede observarse, el texto del art. 1458 del citado cuerpo legal establece que el óvulo fertilizado ha de implantarse en una mujer distinta a la que donó dicho óvulo. En cuanto a las partes implicadas, éstas son las personas que desean tener un hijo y la gestante, y en los casos en lo que ésta está casada, su esposo también³².

De esta manera, la gestación por sustitución sólo se permite después de una resolución judicial dictada por el tribunal de distrito donde residen los comitentes y la gestante. Además, la implantación sólo puede tener lugar después de la resolución judicial. El tribunal autoriza la subrogación si se presentan las siguientes condiciones:

- a) La madre comitente debe probar que ella es incapaz de llevar el embarazo a término.
- b) La madre comitente no debe exceder de la edad de cincuenta años.
- c) La gestante debe probar al tribunal que está sana médica y mentalmente.
- d) Las partes deben presentar ante el tribunal su acuerdo por escrito.
- e) El acuerdo podría permitir la compensación de los gastos que suponen la gestación y el parto, así como una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la madre subrogada, pero el pago de los servicios o cualquier otro beneficio económico está prohibido.
- f) Si la gestante está casada, su esposo también debe dar su consentimiento por escrito.
- g) Los óvulos fertilizados no deben pertenecer a la gestante.
- h) La gestante y los comitentes deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes. En concreto, el art. 8 de la Ley griega 3089/2002 exige que la madre comitente y la madre subrogada residan en el país³³.

³² QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *ob. cit.*, pág. 31; LAMM, E., *ob. cit.*, págs. 13 y 14.

³³ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *ob. cit.*, pág. 31; FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, págs. 21 y 23; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 370.

Los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento, de la misma forma que los padres biológicos (excepción a la regla *mater semper certa est*). De acuerdo con el art. 1464 del Código Civil griego, “*en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño*”. En definitiva, la ley griega renuncia al principio según el cual es el parto el que determina a la madre, y establece una presunción de maternidad a favor de la madre comitente que obtuvo la autorización judicial³⁴.

El hospital sigue el procedimiento típico para la expedición del certificado de nacimiento (dejando constancia de que se trata de un caso de subrogación) y los comitentes deberán presentar el certificado al Registro Civil y declarar el nacimiento de “su” hijo en diez días (como cualquier otra pareja). No obstante, también deberán presentar en el registro una copia de la resolución judicial³⁵.

Ahora bien, dentro de los seis meses posteriores al nacimiento, la gestante o la madre comitente pueden impugnar la maternidad legal si prueban que se trata de una subrogación tradicional (es decir, que la gestante aportó sus óvulos). En estos casos la gestante se convierte en la madre legal con efecto retroactivo al día del nacimiento³⁶.

Como hemos visto, la legislación griega no permite compensación económica que vaya más allá de cubrir los gastos que derivan de la gestación y el parto y, en su caso, de una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la madre subrogada, es decir, no se permite el pago de servicios o la obtención de cualquier beneficio económico por las partes. De hecho, el art. 26 de la ley 3305/2005 impone una pena de prisión de hasta dos años para quien publicite, actúe como intermediario mediante el pago de un precio, y ofrezca estos servicios por un precio, y no distingue entre la gestante, los intermediarios y los comitentes, y nada prevé para el niño nacido de un contrato de gestación por sustitución ilegal por su carácter comercial. Ante esta situación cabe preguntarse: ¿qué sería del niño si comitentes y gestante fueran

³⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *ob. cit.*, pág. 31; FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 21.

³⁵ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 14.

³⁶ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 21; LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 14.

condenados a dos años de prisión? Algún autor ha apuntado que el interés superior del niño hace que esta sanción carezca de fuerza legal³⁷.

2. Segundo grupo.

En el segundo grupo, se regula el procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*. Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación post-parto³⁸.

a) Reino Unido.

En el Reino Unido, en 1985 se aprobó la *Surrogacy Arrangements Act* para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte³⁹, que sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de gestación por sustitución. Esta normativa prohíbe: iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación, ofertar o convenir

³⁷ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 19.

³⁸ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 15.

³⁹ La *Surrogacy Arrangements Act 1985* surgió a raíz del Informe Warnock que recomendaba aprobar una legislación que declarase ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, como consecuencia, la inexigibilidad de tales pretensiones ante los Tribunales. Asimismo, fue una respuesta contundente al caso “*Baby Cotton*”, el primer nacimiento derivado un acuerdo comercial subrogado en Reino Unido, que tuvo lugar seis meses antes de la entrada en vigor de la ley (la *Surrogacy Arrangements Act 1985* adquirió fuerza de ley el 16 de julio de 1985). Se trataba de un caso de maternidad subrogada tradicional o plena, en que el marido de la pareja comitente, aportó el esperma con el que fue inseminada la madre subrogada. Los miembros de la pareja comitente, de nacionalidad británica, habían contratado los servicios de una agencia de maternidad subrogada. Ante el vacío legal existente en Reino Unido en el momento de los hechos, un tribunal británico decretó la adopción del nacido por parte de la pareja comitente. Como ya se ha dicho, la *Surrogacy Arrangements Act 1985* se promulgó el 16 de julio de 1985 y se dirigió a impedir a los terceros la obtención de beneficios económicos de la maternidad subrogada, permitiendo imponer sanciones superiores a las 2.000 libras. No obstante, la citada normativa más que de beneficios económicos habla de pagos, contemplando tanto la entrega de dinero como de otro valor cualquiera (MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEIGU J.M., *ob. cit.*, págs. 52 y 53; FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 20).

negociar la realización de tales acuerdos, o recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de gestación por sustitución⁴⁰.

El Reino Unido ha venido manteniendo una actitud prohibitiva con respecto a la práctica comercial (fines lucrativos) de la gestación por sustitución, prohibiendo el contrato y penalizando la actividad comercial (los intermediarios y la publicidad), pero admite la gestación por sustitución a título benévolo (se admite el pago a la gestante de los *gastos razonables* que se deriven de la misma entendiéndose que esa prestación no priva al contrato de su gratuidad) y sin intermediarios. Por tanto, en Gran Bretaña la gestación por sustitución gratuita o sin precio no puede reputarse ilegal⁴¹.

La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz (regla tradicional del Derecho romano). Sólo se transfiere (pasado un período de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales. En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una *parental order* que transfiere la filiación inicialmente establecida con respecto a la madre gestante, a los comitentes⁴².

La *parental order* se inscribe en un Registro especial (el *Parental Order Register*), donde consta la identidad de la madre subrogada, y al cual el hijo puede acceder a partir de los 18 años para obtener una copia de su certificado de nacimiento⁴³.

En cuanto a las condiciones exigidas por la ley, para autorizar el *parental order* el tribunal debe comprobar que se cumplen las siguientes condiciones:

- 1) Como mínimo, uno de los miembros de la pareja comitente debe mantener vínculos genéticos con el nacido.
- 2) La solicitud debe haberse cursado dentro de los seis meses posteriores al nacimiento.

⁴⁰ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 15; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M., *ob. cit.*, pág. 52.

⁴¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M., *ob. cit.*, pág. 53; FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 20.

⁴² QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *ob. cit.*, pág. 32; LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 15.

⁴³ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 20.

- 3) El nacido debe convivir con los solicitantes desde este momento.
- 4) Todas las partes deben haber aceptado libremente y con pleno conocimiento las condiciones del acuerdo.
- 5) La gestante debe haber prestado su consentimiento como mínimo seis semanas después del parto.
- 6) La pareja comitente sólo debe haber pagado los gastos razonables que pueden derivar del recurso a la maternidad subrogada⁴⁴.

Dado que inicialmente se establece la filiación del niño a favor de la madre que da a luz, y posteriormente se establece otra a favor de los padres comitentes en virtud de la *parental order*, se suceden dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez, a favor de los padres intencionales⁴⁵.

En cuanto a quiénes están legitimados para solicitar una *parental order* de este tipo, serían los matrimonios, que en Reino Unido sólo pueden ser heterosexuales, las parejas homosexuales que formen una unión civil registrada⁴⁶, y las parejas estables que no tengan ningún impedimento para casarse. Si la pareja comitente no reúne alguna de las condiciones exigidas para solicitar una *parental order* o si su solicitud es desestimada, en último término puede solicitar una orden judicial de residencia (*residence order*), que simplemente autoriza la convivencia del menor con la pareja comitente⁴⁷.

⁴⁴ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 20.

⁴⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *ob. cit.*, pág. 32; LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 16.

⁴⁶ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 16; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *ob. cit.*, pág. 32: “La ley de fecundación y embriología humana (*Human Fertilisation and Embryology Act, 2008*) mantiene los mismos principios pero extiende la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo”.

⁴⁷ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 21.

Para que la pareja pueda hacer uso de este procedimiento de maternidad subrogada es necesario que estén al menos uno de ellos domiciliado en el Reino Unido, en las Islas del Canal o en la Isla de Man⁴⁸.

Aunque, como se ha visto, Reino Unido no permite la gestación por sustitución comercial, en la práctica la legislación británica está sufriendo un proceso de flexibilización. Así se pone de manifiesto en casos como L (A minor) de 2010 EWHC 3146. Se trata de un contrato de gestación por sustitución celebrado en Illinois, jurisdicción en la que dicho contrato es legal, no siéndolo en Reino Unido, porque los pagos efectuados por los demandantes iban más allá de lo que se entiende por gastos razonables, no cumpliéndose de este modo los requisitos del art. 54 HFEA e impidiendo que se otorgue una orden parental a favor de los solicitantes. Sin embargo, el juez tuvo en cuenta el interés superior del niño y sostuvo que el bienestar del menor no es sólo la primera cuestión a considerar por el tribunal, sino la principal cuestión. De este modo, cuando éste entra en conflicto con una política pública (como es la prohibición de pagar un monto que exceda lo que se entiende por “gastos razonables”) debe prevalecer el bienestar del menor, que en este caso se satisface si la filiación del menor se establece respecto de los comitentes. Algunos autores entienden que este fallo, que elude el requisito de la prohibición de remuneración para otorgar la orden parental, abre la puerta a la gestación por sustitución comercial o lucrativa en el Reino Unido⁴⁹.

Como puede observarse, el sistema de aprobación *ex post facto* protege más a la mujer gestante, pues respeta su derecho a adoptar decisiones autónomas con respecto a su embarazo. Ello se debe a que dicho sistema conserva la regla tradicional de establecimiento de la maternidad (madre es la que da a luz), y protege el derecho de la gestante a cambiar de opinión. Adolece, sin embargo, de cierta ambigüedad ya que esto

⁴⁸ Art. 54 letra b de la *Human Fertilisation and Embryology Act, 2008*: “either or both of the applicants must be domiciled in the United Kingdom or in the Channel Island or the Isle of Man”.

Resulta interesante este requisito, pues, como indica QUIÑONES ESCÁMEZ (*ob. cit.*, pág. 33), opera como condición de competencia judicial, interna e internacional, y de ley aplicable, al permitir que la filiación y la responsabilidad parental del menor se vean establecidas conforme a la ley inglesa, tanto si la maternidad subrogada se ha llevado a cabo en el extranjero como en territorio británico. Aunque los padres intencionales se trasladen al extranjero para acordar una maternidad subrogada, han de acudir a los tribunales británicos para que establezcan o reconozcan la filiación teniendo en cuenta la ley inglesa. Así pues, no se produce un reconocimiento automático de la filiación establecida en el extranjero.

⁴⁹ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 19.

implica que la gestante es también madre, lo que socaba o se enfrenta con la propia filosofía de la figura de la gestación por sustitución⁵⁰.

Por su parte, el sistema consagrado por el primer grupo adopta una posición más radical al otorgar la filiación biológica a los padres comitentes directamente tras el parto. Al exigir que el acuerdo sea aprobado u homologado por un organismo antes de la concepción, otorga una mayor seguridad jurídica a las partes frente a cambios de parecer que puedan producirse y disminuye en gran medida la aparición de futuras controversias, haciéndolas, asimismo, más fáciles de solucionar. No obstante, también es objeto de críticas, pues se cuestiona si la renuncia temprana de la gestante puede ser verdaderamente vinculante⁵¹.

2.3.3. Admisión amplia.

Tal es el caso de Ucrania, Rusia, India y algunos Estados de los Estados Unidos (por ejemplo, California), entre otros⁵².

En estos ordenamientos en los que la gestación por sustitución está permitida, inicialmente se utilizó por parejas heterosexuales en las que la mujer no tenía útero por causas congénitas o porque le fue extirpado en todo o en parte como consecuencia de un cáncer (histerectomía). También se ha venido aplicando cuando los órganos reproductivos femeninos no son funcionales por concurrir alguna causa de esterilidad o infertilidad que impide concebir o finalizar el proceso de gestación; o bien porque el embarazo está contraindicado por razones médicas. Pero en la actualidad es más

⁵⁰ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 16.

⁵¹ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 17.

⁵² FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, págs. 7 y 8: “La permisión no es, sin embargo, la regla general en los EEUU (...) Casi la mitad de estados norteamericanos cuentan con legislación permisiva, prohibitiva o que otorga ciertos efectos a los acuerdos de maternidad subrogada. Unos diez estados permiten el acceso a la maternidad subrogada, siempre sujeta a regulación. El acceso a la maternidad subrogada por parejas homosexuales está admitido en nueve estados, entre los cuales se encuentra California. Como mínimo diez estados prohíben completamente el acceso a la maternidad subrogada, o lo hacen en determinadas circunstancias a través de los estatutos o del *case law*. Entre los estatutos restrictivos destacan los casos de Kentucky y Nueva York, que consideran los acuerdos de maternidad subrogada contrarios al interés público (*public policy*) del Estado y, por lo tanto, nulos (...)”.

habitual que recurran a la maternidad subrogada parejas homosexuales u hombres solos⁵³.

En estos ordenamientos donde el recurso a la gestación por sustitución está más generalizado, en la práctica se formaliza a partir de acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una cantidad en principio dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, más una cantidad adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea a madre subrogada y de formalizar el acuerdo entre las partes⁵⁴. No obstante, en ocasiones, la cantidad que se ofrece a la madre subrogada supera con creces lo que se considera “compensación razonable” por los gastos derivados de la gestación, ya sean médicos, legales o psicológicos, e incluso muchos acuerdos contienen cláusulas adicionales por las cuales la madre subrogada debe recibir una cantidad adicional si no queda embarazada durante un ciclo de TRHA o en caso de que deba practicársele una cesárea⁵⁵.

1. Ucrania.

⁵³ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 5: “Entre las agencias y centros de reproducción asistida que ofrecen los “servicios” de una madre subrogada, ya las hay que se dirigen a parejas homosexuales y, en particular, a las gays. Este es el caso de *Growing Generations*, con sede en Los Ángeles. Por lo que respecta al recurso a la maternidad por hombres solos, en diciembre de 2008 un conocido cantante residente en EE.UU, anunció públicamente que sus hijos mellizos habían sido gestados por una madre subrogada: “Ricky Martín y familia”, El País, 11.12.2008: http://www.elpais.com/articulo/agenda/RICKY/MARTIN/FAMILIA/elpepigen/20081211elpepiage_1/Te s/”, y Miguel Bosé ha declarado que tiene cuatro hijos por este método: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/06/28/gentes/1372422825.html>

⁵⁴ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 5.

⁵⁵ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 10. VELA SÁNCHEZ (“La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho...”, *cit.*, págs. 8 y 9), escoge dos agencias de intermediación, una norteamericana (*Extraordinary Conceptions*, ubicada en California) y otra ucraniana (*La Vita Felice*), y plasma el presupuesto detallado de ambas para el contrato de maternidad subrogada. El presupuesto de la agencia norteamericana contiene un mayor número de cláusulas que cubren posibles contingencias, es decir, ofrece mayor seguridad jurídica, siendo por este motivo más caro (60.000 euros). Entre dichas cláusulas podemos encontrar, en relación con la mujer gestante: gastos de manutención, gastos mensuales, seguro de vida de un año, asignación para ropa premamá, tarifa de medicamentos y tarifa de transferencia del embrión. Entre los gastos y tarifas potenciales: cesárea (como ya se ha comentado), histerectomía, tarifa por embarazo múltiple, entre otros. La agencia ucraniana, cubre menos contingencias y es más barata (20.000 euros).

La gestación por sustitución es absolutamente legal en Ucrania, pues así lo permiten el Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud. En este sentido, el Código de Familia, en su artículo 123.2 establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño será la pareja. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará directamente el nombre de los comitentes⁵⁶.

2. Rusia.

En Rusia, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia⁵⁷ y la Ley Federal de Salud (Ley Federal sobre las Bases de la Protección de la Salud de los Ciudadanos, núm 323-FZ) aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la ley de 1993. Las cuestiones médicas de la gestación por sustitución vienen regulada por la Orden núm. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”, de 26 de febrero de 2003. En Rusia pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y reúnan los requisitos siguientes: tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener una buena salud psíquica y somática. Sólo se admite la gestación por sustitución gestacional⁵⁸.

No obstante, la regulación rusa ha sufrido un proceso de flexibilización: aunque en un principio los comitentes debían ser un matrimonio, pues así lo disponen el art. 51

⁵⁶ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 17.

⁵⁷ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 17: “El Código de Familia (art. 51, punto 4) establece: “*Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (gestante)*”.

⁵⁸ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 17.

párrafo 4.2 del Código de Familia, el art. 16 párrafo 5 de la Ley Federal sobre los Actos de Registro del Estado Civil de 1997 y la Ley para la Protección de la Salud de los ciudadanos, núm. 5487-I de 1993, en todos los casos presentados ante la justicia que se conocen, los Juzgados han obligado a los órganos del Registro Civil a inscribir a los niños nacidos mediante gestación por sustitución a favor de personas solas o de parejas no casadas, y esto ha sido recientemente admitido por la nueva Ley Federal de Salud (Ley Federal sobre las Bases de la Protección de la Salud de los Ciudadanos, núm 323-FZ), aprobada de noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la de 1993⁵⁹.

3. India.

Dos son los documentos que regulan la maternidad subrogada en la India. Por un lado, la “Línea Guía para la Reglamentación de Reproducción Asistida”, publicada por el Ministerio de Salud de India en 2010; y por otro lado, la “Guía ética para la investigación biomédica y la participación de seres humanos”, publicada por el Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR) en 2006. Ambos documentos estructuran los ejes de la política y la ética de los procedimientos biotecnológicos en India. En concreto, el ICMR (2006:102) define la maternidad subrogada como: “(...) *an arrangement in which a woman agrees to carry a pregnancy that is genetically unrelated to her and her husband with the intention to carry it to term and hand over the child to the genetic parents with whom she enters into a contract for surrogacy*”⁶⁰.

De acuerdo con la legislación india, el conocimiento informado entre las partes es un requerimiento fundamental para la realización de la gestación subrogada. Las partes en el contrato son: la clínica, la pareja (casada o no), la donante del óvulo y la madre gestante. Las partes firman un acuerdo que significa: “*a contract between the person(s) availing of assisted reproductive technology and the surrogate mother*” (ICMR,

⁵⁹ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 18.

⁶⁰ AMADOR JIMÉNEZ, M.: “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, en CS, n° 6, julio-diciembre de 2010, págs. 199 y 200 http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf

2010:4) y se comprometen a cumplir voluntariamente los términos del contrato de acuerdo con la ley india⁶¹.

Los reclutamientos de potenciales madres subrogadas no están explícitamente prohibidos en la legislación india, pero están restringidos a clínicas legalmente constituidas (ICMR, 2010: 17). Sin embargo, normalmente las mujeres que llegan a las clínicas para ofrecer sus servicios se han enterado de los pagos por canales informales (familiares, esposos y amigos) que también suelen beneficiarse económicamente. El mediador, por lo general, suele ser el cónyuge, que según las autoridades indias es recomendable que haga las veces de guardián⁶².

Una vez que la mujer firma el contrato se compromete a terminar la gestación, aunque la ley plantea que en circunstancias especiales se podrá realizar el aborto (ICMR, 2010:26). El cuidado de la madre queda en segundo lugar, debiendo garantizar el bienestar del feto y la preservación del embarazo. El feto en subrogación es el centro de todos los cuidados de la familia conformada por el equipo médico, los padres que contratan el servicio, la madre subrogada, la donadora de óvulos y hasta el esposo de la madre de alquiler, quien actúa como guardián (ICMR, 2010:27)⁶³.

La normativa india no otorga la nacionalidad india a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. A los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento en el que figura el nombre del padre (quien aportó el gameto masculino) y como nombre de la madre la leyenda “madre subrogante” o

⁶¹ AMADOR JIMÉNEZ, M., *ob. cit.*, págs. 200 y 201. A este respecto, la autora cuestiona la validez de dicho conocimiento informado por parte de la mujer, ya que la información es proporcionada por profesionales bien en inglés bien en hindi, idiomas que las mujeres no dominan, debido al elevado índice de analfabetismo femenino en la India, máxime si se trata de mujeres con escasos recursos. Asimismo, pone en duda la voluntariedad de la mujer a la hora de participar en contratos de maternidad subrogada debido al contexto de extrema pobreza en el que viven. Por su parte, QUIÑONES ESCÁMEZ (*ob. cit.*, pág. 18) pone en duda la validez de la prestación del consentimiento informado de las mismas cuando dichas mujeres carecen de capacidad de obrar en sus países.

⁶² AMADOR JIMÉNEZ, M., *ob. cit.*, pág. 201. En este sentido, la autora pone de relieve que, las autoridades indias, al aconsejar como guardián al marido, desconocen la subordinación a la que están sometidas las mujeres en el contexto conservador de la India. En cuanto al reclutamiento por parte de las clínicas, QUIÑONES ESCÁMEZ (*ob. cit.*, pág. 18) pone de ejemplo las denominadas “granjas de mujeres” existentes en la India.

⁶³ AMADOR JIMÉNEZ, M., *ob. cit.*, págs. 203 y 204.

“madre sin estado”. El certificado no reconoce la nacionalidad india, por lo cual si al niño no se le reconoce otra nacionalidad adquiere el estatus de apátrida⁶⁴.

En julio de 2013, la India aprobó una directriz que prohíbe la maternidad subrogada a homosexuales, solteros extranjeros y parejas de países en los que esté proscrita esa práctica, como es el caso de España⁶⁵.

4. EE.UU: el Estado de California.

En cuanto al Estado de California, los contratos de maternidad subrogada no están expresamente contemplados en la Ley, por lo que han sido los tribunales los que han ido otorgando carácter vinculante a los acuerdos de maternidad subrogada gestacional o parcial, de tal manera que en caso de conflicto de intereses entre la pareja comitente y la madre subrogada, han declarado la filiación del nacido a favor de los miembros de la pareja comitente. El primer precedente en el que se otorga eficacia vinculante a contratos de maternidad subrogada lo encontramos en el caso *Johnson vs. Calvert*, en el que finalmente el tribunal atribuyó la filiación a la pareja comitente en base a la teoría de la causalidad, es decir, en base a que sin la voluntad de ambos (*intention*) el nacimiento no hubiera tenido lugar. También sigue esta línea de argumentación el caso *In Re Marriage of Buzzanca*⁶⁶.

⁶⁴ SCOTTI, L.: “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, en *Pensar en Derecho*, pág. 282 <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

⁶⁵ En este sentido, *vid.* “Paternidad atrapada en la India” en el diario El Mundo, martes 27 de agosto de 2013, pág. 11. Dicho artículo refleja la difícil situación que están atravesando varias parejas españolas, que ven negada la posibilidad de volver a España con los menores tras la aprobación de dicha directriz, al exigir la policía india carta firmada por el cónsul español en la que se reconozca que los menores habían nacido mediante maternidad subrogada, certificado que el cuerpo consular se niega a dar alegando que dicha práctica está prohibida en España.

⁶⁶ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, págs. 7-9; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 370.

En el caso *Johnson vs. Calvert* el matrimonio comitente, que aportó su material genético, demandó a la madre subrogada ante las constantes amenazas de ésta de no entregar el niño si no se le entregaba más dinero. La pareja inició un procedimiento judicial dirigido a determinar a su favor la filiación del niño que pudiese nacer. En respuesta, la madre subrogada inició otro procedimiento solicitando que la filiación materna se estableciera a su favor y, tras el parto, se negó a entregar al niño a la pareja comitente. Finalmente, como ya se ha dicho, el tribunal californiano estableció la filiación respecto de los padres

Sin embargo, con la maternidad subrogada tradicional o plena los tribunales no siguen un criterio unánime. En el caso *In Re Baby M*, el TS de Nueva Jersey en 1988 declaró padres de la menor a la madre subrogada y su marido pero otorgó la custodia a la pareja comitente estableciendo un régimen de visitas para la madre subrogada⁶⁷. Por su parte, en el caso *In Re Marriage of Moschetta* (1994), el tribunal de apelaciones de California declara padres de la menor al marido de Cynthia Moschetta (madre comitente) y a la madre subrogada (aportaron ambos el material genético). Cynthia Moschetta sólo obtuvo derechos de visita.

El reconocimiento de la filiación que puede resultar de un acuerdo de maternidad subrogada realizado en California no es automático, sino que requiere que una vez celebrado, la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del *California Family Code*, dirigido a determinar la filiación que pueda derivar, conforme con la voluntad de las partes (*intention*) expresada en el acuerdo. Este

comitentes en base a la teoría de la causalidad, ya que sin la voluntad (*intention*) de ambos el nacimiento no hubiera tenido lugar.

Este mismo argumento se siguió en el caso *In Re Marriage of Buzzanca*, con la diferencia de que la pareja comitente no había aportado el material genético. El caso tiene su origen en la demanda de divorcio interpuesta por el marido justo antes del nacimiento de un niño gestado por una madre subrogada. La esposa reconvino solicitando una pensión a favor del “hijo del matrimonio”. El tribunal de apelaciones de California revocó la decisión del tribunal inferior, que había considerado indeterminada la filiación del menor, y estableció la filiación a favor de los esposos en base a su papel (*initiating role*) en su concepción y posterior nacimiento, ya que ambos habían aceptado voluntariamente las oportunas responsabilidades. El tribunal otorgó la custodia del nacido a la madre comitente y obligó al padre comitente al pago de una pensión alimenticia al menor.

⁶⁷ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 9.

En *In Re Baby M*, la madre subrogada, que había sido inseminada con esperma del marido de la pareja comitente (matrimonio Stern), se negó a entregar a la niña después del parto. El juez que conoció el caso en primera instancia declaró el acuerdo válido y entregó la custodia al matrimonio Stern. Sin embargo, el TS de Nueva Jersey lo consideró contrario al interés público del Estado (*public policy*) y declaró padres de la menor a la madre subrogada y su marido. No obstante, en base al interés del menor, el Tribunal otorgó la custodia de la niña a la pareja comitente, pues éstos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas, y atribuyó a la madre subrogada un régimen de visitas susceptible de ampliación.

El 23 de diciembre de 2009 un Tribunal superior de Nueva Jersey confirmó *Baby M.* y dio un paso más allá al resolver *A.G.R. v. D.R.H. & S.H.* En el caso, la pareja homosexual formada por D.R. y S.H. recurrió a la hermana del primero para que gestase los embriones creados con esperma del último y óvulos de donante anónima. Antes de la transferencia de los embriones, las partes firmaron varios acuerdos por los cuales la mujer que había aportado los óvulos renunciaba a la maternidad que pudiese resultar, y la madre subrogada renunciaba a obtener asesoramiento legal y consentía a la maternidad subrogada y a la adopción por parte de D.R. de los niños que pudiesen nacer. Unos meses después del nacimiento de las mellizas en octubre de 2006, la madre subrogada inició una acción judicial reclamando que se estableciera la filiación a su favor. A pesar de las diferencias sustanciales con *Baby M.*, puesto que en el nuevo caso los óvulos no procedían de la madre subrogada y no quedó acreditado si ésta recibió compensación alguna, el tribunal confirmó el precedente declarando contrarios al interés público del Estado los acuerdos de maternidad subrogada, entre otras razones por su potencial devastador hacia las mujeres. En consecuencia, el tribunal declaró la paternidad de las menores respecto del hombre que aportó su esperma y la maternidad respecto de la gestante.

procedimiento, dirigido a confirmar los derechos parentales, pretende establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declara la filiación a su favor. El procedimiento también tiene por finalidad extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la madre subrogada y de su marido si está casada (presunción de paternidad matrimonial)⁶⁸.

El procedimiento, que se acostumbra a iniciar durante el segundo trimestre de gestación, se diferencia expresamente de la adopción, ya que el órgano judicial decide en unidad de acto, sin necesidad de valorar previamente la idoneidad de la pareja comitente. La sentencia recaída ordena al hospital que justo después del parto incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original de nacimiento. Con ello, se evita tener que recurrir a la adopción y el nacido ve reconocida legalmente su filiación desde este mismo momento. Dicho certificado debe inscribirse en la Ofical estatal de los registros vitales (*The California Office of Vital Records*) durante los diez primeros días siguientes al nacimiento, junto con la sentencia que declara la filiación del nacido respecto de la pareja comitente. De lo contrario, la filiación del nacido se establecerá a favor de la madre subrogada y, si está casada, también a favor de su marido⁶⁹.

2.4. EL TURISMO REPRODUCTIVO.

Esta diversidad de regulaciones a nivel mundial, trae como consecuencia el denominado “turismo reproductivo”⁷⁰, que consiste en el desplazamiento de posibles receptores de TRHA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla⁷¹. Se trata de toda la organización que lleva implícita la elección por las personas interesadas en la maternidad subrogada como técnica reproductiva y que

⁶⁸ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, págs. 11 y 12.

⁶⁹ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 12.

⁷⁰ También se le conoce como *Cross-border reproductive care (CBRC)*.

⁷¹ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 22.

incluye los viajes previos de contacto con la clínica u hospital que se encargará del procedimiento y la selección de la madre incubadora; la donación de gametos; los sucesivos encuentros para evaluar la evolución del embarazo; el viaje final para asistir al parto y toda la tramitación de los certificados y documentos legales necesarios para poder inscribir en el Registro Civil consular correspondiente la filiación del nacido⁷².

El turismo reproductivo es preocupante por varias razones. En primer lugar, porque es sólo una opción para las personas que pueden económicamente permitírselo⁷³. En segundo lugar, porque es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las madres y los niños, y que implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos⁷⁴. Además, dado que las prohibiciones legales suelen ser un reflejo del consenso social, es preocupante que algunas personas pretendan eludir las leyes de un país para ir a otro, donde las leyes son más laxas⁷⁵.

⁷² VELARDE D'AMIL, Y., *ob. cit.*, pág. 62.

⁷³ VELA SÁNCHEZ, A., *ob. cit.*, pág. 9. El autor, a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DDGRN, que permite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, y que será estudiada más adelante en este trabajo, opina que permitir dicha inscripción es inconstitucional porque provoca una discriminación evidente entre los españoles que tienen medios o recursos económicos para acceder a un convenio de gestación por sustitución en país extranjero y aquellos que no, o, incluso, que pretenden realizar dicho contrato en España. Según el autor, el principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la Ley “*sin que pueda prevalecer discriminación alguna (...) (por cualquier) condición o circunstancia personal o social*” (art. 14 CE), impide la aplicación de esta Instrucción en nuestro país mientras no se regule el convenio de maternidad subrogada o de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico y, por consiguiente, sea accesible, en principio a todos los ciudadanos.

⁷⁴ En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, en *Diario La Ley*, nº 7777, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012, año XXXIII, pág. 10: “Algunos autores, con evidente irritación y no sin cierta razón, han puesto de manifiesto que sólo faltaba ya ponerle el broche de oro al conocido poderoso caballero Don Dinero y permitir la instrumentalización de los más débiles a favor de los económicamente poderosos incluso en la procreación o gestación de los hijos, dado que en la realidad cotidiana, dentro de su parquedad estadística, no son extraños los casos en que la maternidad subrogada sólo tiene por móvil el dinero”. En el mismo sentido, MUÑOZ DE DIOS, L.: “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, nº 34, pág. 50: “Serán las mujeres más angustiadas en sus finanzas las que presten sus úteros para ello. Y serán las mujeres u hombres más pudientes los que podrán costearse tales gestaciones ajenas. La crisis económica mundial agudizará la pensión a estas operaciones”.

⁷⁵ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 22.

El turismo reproductivo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio⁷⁶. Los términos “*Baby business*” (“negocio de los bebés”) o “industria reproductiva” ilustran bien esta realidad⁷⁷.

Ante esta situación de turismo reproductivo, algunos autores creen que las leyes deberían reforzarse, convirtiendo este tipo de turismo en ilegal. Otros ven una oportunidad de armonizar las leyes y facilitar la legislación para que la gente pueda satisfacer su deseo de tener un hijo donde sea posible y luego volver a casa. Por último, otros ven esta práctica como una garantía de equidad y autonomía para los futuros padres⁷⁸.

Lo que de momento es una realidad irrefutable es que el turismo reproductivo conlleva multitud de problemas que se presentan cuando los comitentes desean llevar al Estado de origen al recién nacido, para una vez allí instar la inscripción del certificado de nacimiento extranjero o ejercitar la acción de reconocimiento de dicho certificado o de la sentencia extranjera que acredita la filiación legal del niño.

2.5. SITUACIÓN LEGAL EN ESPAÑA.

2.5.1. La nulidad de pleno derecho.

En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, regula la gestación por sustitución, en los mismos términos que venía manteniendo la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de

⁷⁶ En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C., *ob. cit.*, pág. 10: “Si ello es así (que hay casos en que la maternidad subrogada sólo tiene por móvil el dinero), es obvio concluir que, de una forma u otra, el niño nacido in vitro puede terminar convirtiéndose en algo cercano a un objeto, que además estaría dentro del comercio, conclusión que es absolutamente atentatoria y contraria al respeto a la dignidad humana, como lo es igualmente permitir el alquiler del cuerpo humano, el de la madre gestante”.

⁷⁷ AMADOR JIMÉNEZ, M., *ob. cit.*, pág. 199: “Se estima que en India hay 200.000 clínicas privadas que ofrecen servicios de reproducción asistida. La Federación india de la industria afirma que el negocio proyecta generar 2.3 billones de dólares anuales. Por su parte la Comisión Legislativa India al referirse a este mercado lo define como “una mina de oro”.

⁷⁸ LAMM, E., *ob. cit.*, pág. 22.

reproducción asistida. A saber: la prohibición clara y tajante del contrato de gestación por sustitución.

Ya la Ley 35/1988 disponía en su artículo 10 la prohibición del contrato de gestación por sustitución en los siguientes términos: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Como puede observarse, la dicción del artículo 10 de dicho cuerpo legal (ya derogado) se ha mantenido íntegra en la vigente Ley 14/2006, pues su artículo 10 posee el mismo contenido: la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, quedando la filiación materna determinada por el parto. En otras palabras, para nuestro ordenamiento jurídico es madre quien da a luz, siendo cualquier contrato de gestación por sustitución nulo de pleno derecho. Pervive aún la vigencia del viejo aforismo romano *mater semper certa est*, con independencia de la voluntad de las partes o del origen de los gametos femeninos. Así, la madre del niño nacido será la mujer gestante con independencia de la procedencia del material reproductor⁷⁹. En consecuencia, la filiación se inscribirá a nombre de la madre (gestante) y ésta no podrá manifestar la identidad del padre a no ser que esté ya determinada (art. 122 CC: “*Cuando un progenitor hiciera el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente*”).

Como ya se ha visto en el apartado anterior, al establecer la nulidad de pleno derecho del contrato de maternidad subrogada y considerar madre legal a la que ha dado a luz, la

⁷⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *ob. cit.*, pág. 11: “La legislación española, pues, opta por prohibir radicalmente la maternidad subrogada, y si, pese a la prohibición, se lleva a efecto en cualquiera de las modalidades antes descritas, se ignora a la madre genética, en su caso, y se atribuye directamente la maternidad a la madre gestante”; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *ob. cit.*, pág. 3: “La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante, y no, a la biológica (en el caso de que ésta sea distinta de aquélla)”; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEIGU J.M., *ob. cit.*, pág. 146: “El legislador español ha optado por la atribución de la maternidad por el hecho del parto, siguiendo el sistema tradicional, tomado de la común experiencia y recogido por los juristas romanos, que proclama: *mater semper certa est*. La madre siempre está determinada y sólo habrá que atender al hecho del alumbramiento y a la identidad del hijo”.

legislación española coincide con lo previsto en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos⁸⁰.

Esta sanción de nulidad es coherente con el sistema establecido en nuestro ordenamiento jurídico puesto que este contrato sería sancionado con la misma nulidad absoluta por ilicitud de la causa al ir en contra de la ley o la moral (art. 1275 CC), y por estar su objeto fuera del comercio de los hombres (art. 1271 CC), en la medida que ni se puede comerciar con personas, por lo que no puede considerarse a un niño como objeto de un contrato, ni puede olvidarse que la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una *res extra commercium*. Asimismo, parece que también incumple los límites de la autonomía privada establecidos en el art. 1255 CC por ir en contra de la ley, la moral y el orden público, ya que en este último caso no hay que olvidar que las normas relativas a la filiación y al estado civil de las personas son indisponibles para los particulares, por ser normas imperativas y de orden público⁸¹. Es más, muchos autores consideran que, aunque no se estableciese expresamente la nulidad del contrato de maternidad subrogada por el art. 10 LTRHA, éste sería nulo de acuerdo con las normas civiles de nuestro Derecho que se acaban de exponer⁸².

Como consecuencia de esta sanción de nulidad por parte del ordenamiento jurídico, el comitente no podrá obligar a la mujer gestante a entregar al niño tras el parto, es decir, no procede acción de cumplimiento de contrato. Tampoco podrá exigirle indemnización por los daños producidos como consecuencia de ese incumplimiento, ni exigirle que reintegre las cantidades que se le han entregado para hacer frente a los

⁸⁰ *Vid. ut supra* Capítulo I, 2.3. Derecho comparado, apartado a) Prohibición de la gestación por sustitución.

⁸¹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 368; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEIGU J.M., *ob. cit.*, pág. 139; DE LA IGLESIA MONJE, M.I., *ob. cit.*, pág. 1672; VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada...”, *cit.*, pág. 4.

⁸² FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., *ob. cit.*, pág. 3; VELA SÁNCHEZ, A., “De nuevo sobre la regulación...”, *cit.*, pág. 2 y “La gestación por sustitución o maternidad subrogada...”, *cit.*, pág. 4; DÍAZ ROMERO, M.R., *ob. cit.*, pág. 2; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEIGU J.M. (*ob. cit.*, págs. 136 y siguientes) opinan que el art. 10 LTRHA es innecesario ya que la nulidad del contrato de gestación por sustitución vendría dada por las normas del Código Civil citadas.

gastos generados por el embarazo, pues se trata de un contrato ilícito (arts. 1305 ó 1306 CC)⁸³.

Y lo mismo ocurriría en el caso de que el niño hubiese nacido con taras y los comitentes se hubiesen negado a adoptarlo. Dada la ilicitud del contrato, nada obliga a los comitentes a adoptar el niño y la madre legal del nacido sería la madre que ha dado a luz⁸⁴.

Otro argumento por el que se niega la posibilidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico un contrato de maternidad subrogada es de índole constitucional: permitir la entrada a nuestro ordenamiento de dicho contrato sería contrario a la dignidad de la madre gestante y del hijo (art. 10.1 CE)⁸⁵.

Resulta interesante mencionar que, junto al acuerdo de maternidad subrogada, es frecuente que aparezcan otros convenios conexos o coligados a éste, como el contrato de mediación, de agencia o de comisión mercantil, contrato de prestación de servicios médicos de reproducción asistida, de depósito de embriones o material reproductor, o donaciones de material reproductor o de embriones; lo que nos lleva consecuentemente a preguntarnos si la nulidad de pleno derecho que establece el art. 10 LTRHA para el contrato de maternidad subrogada sería de aplicación a estos otros contratos. Dicho artículo, al referirse a contratante o tercero, parece estar aludiendo directamente a la labor de estos otros sujetos sin los que, en algún caso, sería imposible esta práctica. Por tal razón, la nulidad de pleno derecho del acuerdo de maternidad subrogada, afectaría irremediabilmente a estos otros contratos coligados provocando un efecto en cadena⁸⁶.

2.5.2. La impugnación de la maternidad.

⁸³ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES A., *ob. cit.*, pág. 3; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 369; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M., *ob. cit.*, pág. 142; VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada...”, *cit.*, pág. 4 y “De nuevo sobre la regulación...”, *cit.*, págs. 2 y 3; DÍAZ ROMERO, M.R., *ob. cit.*, pág. 2.

⁸⁴ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M., *ob. cit.*, págs. 143 y 144.

⁸⁵ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 369; VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada...”, *cit.*, pág. 4.

⁸⁶ COBACHO GÓMEZ J.A. e INIESTA DELGADO J.J., *ob. cit.*, pág. 377.

Es importante destacar que, cuando se haya comprobado realmente el hecho del parto y la identidad del nacido, la madre portadora no podrá impugnar su maternidad, ni por vicios del consentimiento, ni por cualquier causa referente al acuerdo de gestación por sustitución. Tampoco el hijo podrá reclamar la filiación materna biológica si fue la madre comitente la que aportó el óvulo, ni tampoco impugnar la existente⁸⁷.

Si se consiguiera la inscripción de la maternidad a favor de la madre comitente, tal inscripción daría publicidad de un hecho falso, por lo que, al margen de las posibles responsabilidades penales⁸⁸, se podría impugnar la filiación materna inscrita indebidamente, bien por la mujer gestante que pudiera haberse arrepentido de la entrega del hijo, reclamando al mismo tiempo su propia maternidad, en base al art. 134 (si la impugnada es matrimonial) o 140 (si no lo es) del CC; bien por los comitentes (lo que parece poco probable, dado que es lo que deseaban, además de las implicaciones penales que supondría para ellos); bien por los herederos forzosos que pudieran resultar afectados por la filiación impugnada de existir posesión de estado o, finalmente por el Ministerio Fiscal. Asimismo, también podría impugnar esa filiación materna y reclamar la filiación de la gestante el propio hijo, en virtud de los arts. 133, 134 y 140 CC⁸⁹.

2.5.3. La vía de la adopción.

A pesar de la prohibición tajante del contrato de maternidad subrogada por parte de nuestro ordenamiento jurídico, LASARTE ÁLVAREZ, DÍAZ ROMERO, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ y MASSIGOGE BENEGIU opinan que se puede alcanzar el mismo resultado que el conseguido mediante la maternidad subrogada haciendo uso de otro procedimiento legalmente previsto. Un hombre casado consiente para que se insemine con su material reproductor a una mujer distinta de la suya. Posteriormente,

⁸⁷ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M., *ob. cit.*, pág. 150.

⁸⁸ *Vid.* arts. 220 y 221 CP que recogen el tipo penal de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor, respectivamente.

⁸⁹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *ob. cit.*, págs. 114 y 115.

una vez nacido el niño y determinada la filiación respecto al padre, su mujer solicita la adopción del hijo, sin necesidad de propuesta de idoneidad (art. 176.2 CC), siempre que la madre gestante preste su asentimiento una vez transcurridos treinta días después del parto (art. 177.2 CC)⁹⁰.

La posibilidad de adopción en los supuestos de maternidad subrogada, supuesta la determinación de la maternidad en la gestante, parece admitirse por la doctrina. Sin embargo, algunos autores, califican de fraude de ley al citado procedimiento, pues si se autoriza la adopción del niño por la pareja o matrimonio comitente, pese a la tajante declaración legal de la maternidad de la gestante y no de la madre genética, se conseguiría el propósito perseguido a través de la gestación de sustitución, totalmente contrario a la voluntad del legislador⁹¹.

Otros, por el contrario, entienden que no debe verse aquí un *fraudem legis*, porque el legislador no prohíbe tal adopción. Lo que hace es que, en el conflicto y colisión de intereses entre la madre gestante y la comitente, se decida la maternidad a favor de la primera, pero después de tal declaración legal de maternidad de la gestante y producido el nacimiento del niño y su inscripción en la que conste su filiación materna a favor de la portadora, no existe prohibición acerca de una adopción posterior por parte de la madre comitente. Todo ello, sin perjuicio de que debe proscribirse cualquier forma de adopción lucrativa. El asentimiento de la gestante es voluntario y no existe vía legal

⁹⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C., *ob. cit.*, pág. 11; DÍAZ ROMERO, M.R., *ob. cit.*, pág. 2 y 3; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEIGU J.M., *ob. cit.*, págs. 151 y 152. Este argumento será utilizado por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, núm. 193/2010, de 15 de septiembre (AC 2010, 1707), como veremos más adelante.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEIGU J.M. (*ob. cit.*, pág. 152) opinan que en caso de que la madre gestante estuviere casada y el titular del gameto masculino fuera, bien el cónyuge de aquella, o un donante desconocido, resultaría el niño inscrito como matrimonial en el primer caso y como extramatrimonial de mujer casada en el segundo. En tal caso, la ulterior adopción por parte de la pareja comitente, aun constanding el consentimiento de la madre gestante y de su cónyuge, requeriría necesariamente propuesta de la Entidad pública y quedaría al arbitrio de ésta, pues el asentimiento de los padres no se refiere a adoptantes determinados.

⁹¹ Entre los autores que mantienen esta postura cabe citar a VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada...”, *cit.*, pág. 2: “Prohibida la gestación por sustitución en el art. 10 LTRHA –como también lo hacía la anterior de 1988 que declaraba nulo cualquier convenio en esta sede–, para salvar esta interdicción sólo cabían supuestos flagrantes de fraude de ley como, por ejemplo, el que siempre explico en clase –y, como se verá, apuntado por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010–: si el hombre presta su consentimiento para la fecundación de una mujer que no es su pareja con sus gametos y consigue que la madre gestante preste su asentimiento para la adopción transcurridos treinta días desde el parto (art. 177.2.2 CC), podría iniciarse el procedimiento de adopción por parte de la pareja del padre genético, convirtiéndose en madre o padre adoptivo (art. 176.2.2 CC), sin requerir siquiera propuesta de la entidad pública competente, esto es, sin necesidad de que medie declaración de idoneidad”.

para exigírselo, de modo que, aunque hubiera habido un acuerdo entre padre biológico y mujer gestante en virtud del cual exigirle este asentimiento en el procedimiento de adopción, si la mujer se niega a prestarlo en el último momento no existe posibilidad de reclamar legalmente el cumplimiento del contrato⁹².

2.5.4. Ausencia de sanción en la LTRHA.

Como puede observarse, el art. 10 LTRHA que regula el contrato de gestación por sustitución y establece la nulidad de pleno derecho de dicho contrato, no establece ningún tipo de sanción administrativa ni penal a los sujetos que intervienen en él, además de la sanción civil de su nulidad⁹³.

La única sanción jurídico-penal que se puede imponer a quienes participan de esta práctica reproductiva se encuentra en los arts. 220-222 CP, que regulan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Sin embargo, sólo cuando los sujetos intervinientes en el contrato de gestación por sustitución realizan las conductas prohibidas por estos artículos se aplica la sanción jurídico-penal⁹⁴.

En el art. 220 CP, que regula la suposición de parto, debe existir simulación primero de la gestación y más tarde del parto y presentarse como dado a luz un niño diferente al que fue⁹⁵. Por su parte, el art. 221 CP tipifica como delito la entrega, mediando

⁹² MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M., *ob. cit.*, pág. 153; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 369.

⁹³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm 15, de Valencia, núm. 193/2010, de 15 de septiembre, (AC 2010, 1707), Fundamento Jurídico Tercero: “La declaración de nulidad del contrato (de gestación por sustitución) no lleva aparejada en dicho texto legal (la LTRHA) sanción administrativa alguna ni la celebración del mismo tiene trascendencia penal (...) el acuerdo de voluntades que supone el contrato no tiene sanción”. En el mismo sentido MUÑOZ DE DIOS, L., *ob. cit.*, pág. 46: “(...) lo que la ley española, sin lugar a dudas, prohíbe es la determinación legal de la filiación de los nacidos por gestación de alquiler a favor de quien o quienes la encargan –el o los comitentes-. Éstos podrán no ser sancionados ni penal ni administrativamente, pero civilmente se les infligirá la peor penalidad imaginable para quien aspira a ser padre o madre: la negación de su paternidad o maternidad.”

⁹⁴ DÍAZ ROMERO, M.R., *ob. cit.*, pág. 3.

⁹⁵ En estos casos, la mujer que da a luz puede ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo (art. 139 CC).

compensación económica, de un hijo eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación de filiación, y castiga a quien lo entrega, a quien lo recibe y al intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. Sólo cabe la entrega de un hijo ya nacido, desprendido del seno materno que lo gestó. Si se ha iniciado ya la gestación y mientras ésta dure, todo lo que se puede hacer es pactar la gestante con terceros la futura entrega del niño para cuando nazca. De modo que, durante la gestación, no parece que quepa propiamente delinquir en esta materia, a menos que el mero pacto para delinquir suponga ya delito en grado de tentativa⁹⁶.

2.5.5. Problemas en la determinación de la paternidad.

En cuanto a la paternidad biológica, es preciso señalar que el art. 10 LTRHA en su apartado tercero deja *“a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad interpuesta por el padre biológico, conforme a las reglas generales”*. En los casos de gestación por sustitución, habría que distinguir, si ésta estuviese admitida por nuestro ordenamiento, varios supuestos⁹⁷:

- a) En caso de que el material reproductor provenga del padre comitente y se insemine con él a una mujer soltera (ponga ésta su óvulo o no), no habría mayor problema porque el art. 10.3 LTRHA deja a salvo la posible acción de reclamación de paternidad por parte del padre biológico. La filiación quedaría determinada como no matrimonial de mujer soltera y hombre casado o soltero. En el supuesto de que el comitente no quisiera reconocer al hijo cabría la reclamación de filiación no matrimonial por parte del hijo, de acuerdo al art. 133 CC. Si el hijo es menor o incapaz, también corresponderá a la madre que ostente la patria potestad y al Ministerio Fiscal (art. 137 CC).

⁹⁶ MUÑOZ DE DIOS, L., *ob. cit.*, pág. 48.

⁹⁷ PÉREZ MONGE, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, págs. 354-356.

- b) En caso de que el material reproductor provenga del padre comitente pero la mujer portadora esté casada, nos encontramos con un óbice: la presunción del art. 116 CC que dice que “*se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*”. Conforme a este artículo, la paternidad se atribuiría al cónyuge de la mujer portadora. Sin embargo, al ser el padre comitente el padre biológico, podrá impugnar y reclamar la paternidad (arts. 131, 133 y 134 CC).
- c) En caso de que el donante de gametos masculinos sea anónimo, no tiene sentido lo que dispone el art. 10.3 LTRHA, pues el art. 8 párrafo tercero y último de la LTRHA trata de excluir al donante del ámbito de la filiación al establecer que “*la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforma al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación*”⁹⁸.
- d) En caso de que el material reproductor provenga de un varón conocido, es decir, que no es anónimo (ya sea, por ejemplo, pareja, cónyuge o no, de la mujer portadora, ya sea simple conocido, etc) dado que el material genético proviene de él, tiene la paternidad biológica y por ende, el derecho de reclamar la paternidad.

2.5.6. Proximidades y diferencias con la adopción.

El contrato de gestación por sustitución guarda cierta analogía con la figura de la adopción, sobre todo en relación con los efectos, en cuanto ambos generan un título de atribución de una filiación que no corresponde por naturaleza. Sin embargo, el elemento diferenciador recae en que, en el caso de la adopción, se confiere un estado de filiación a una persona que ya existe y que no es un mero *concepturus*. Asimismo, difieren en su

⁹⁸ Sobre la situación jurídica del donante *vid.* BARBER CÁRCAMO, R., *ob. cit.*, págs. 33-35 y PÉREZ MONGE, M., *ob. cit.*, págs. 197-247.

causa justificante, pues la adopción se constituye en interés del menor adoptado, generalmente en una previa situación de desprotección, mientras que la gestación por sustitución busca el beneficio de la pareja o persona sola comitente⁹⁹.

⁹⁹ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., *ob. cit.*, pág. 1672; JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *ob. cit.*, pág. 108.

CAPÍTULO II

LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. LA RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

1.1. HECHOS.

La Resolución de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735) de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) aborda un tema complejo y un supuesto muy particular: el acceso al Registro Civil español de una certificación registral californiana en la que consta la filiación de dos menores nacidos en California mediante gestación por sustitución¹⁰⁰.

El caso fue el siguiente: tras varios intentos fallidos de adopción internacional y bajo la creencia de que por su condición homosexual no se les otorgaría el certificado de idoneidad para adoptar en España, dos españoles, varones, residentes y casados entre sí

¹⁰⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Hijos *made in* California”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, Parte Tribuna, 2009, pág. 11; CAMARERO GONZÁLEZ, G.: “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, en *Diario La Ley*, nº 7910, Sección Tribuna, pág. 1; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A., *ob. cit.*, págs. 10 y 11; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *ob. cit.*, pág. 5; FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 4; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 371; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, Vol. 1, nº 2, pág. 295; SALAS CARCELLER, A.: “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, febrero de 2011, pág. 11; GUZMÁN, M.: “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, nº 34, pág. 51.

en España (Valencia) en 2005, decidieron trasladarse temporalmente a California para hallar a una mujer dispuesta a actuar como madre subrogada.

Una vez allí, contrataron (respetando la legislación californiana) a una mujer portadora que, tras la utilización de TRHA, gestó a dos niños a partir del material genético masculino de los cónyuges españoles. Aunque se desconoce si la pareja lo llevó a cabo de esta manera, la práctica habitual en el caso de parejas homosexuales masculinas es la de mezclar el semen de ambos, siendo muy difícil que aniden al mismo tiempo dos embriones fecundados con el esperma de cada padre. Tampoco queda claro si los óvulos fecundados eran de la madre gestante o fueron donados por otra mujer. El 24 de octubre de 2008 la madre gestante dio a luz a dos niños en San Diego.

Con anterioridad al nacimiento, las autoridades judiciales californianas ya habían declarado que los nacidos debían ser considerados como hijos naturales de los varones españoles (*pre-birth judgement*), y así se hizo constar en el Registro Civil californiano y en la certificación registral californiana de nacimiento presentada para su inscripción en el Registro Civil consular español. Cabe señalar que los certificados de nacimiento de los menores no contenían referencia alguna al modo en que fueron gestados, a su filiación materna, ni a cuál de los hombres había aportado el esperma con el que fueron concebidos¹⁰¹; únicamente declaraban su doble paternidad.

Cuando los cónyuges españoles fueron a instar la inscripción de los certificados de nacimiento ante el Registro Civil Consular español en Los Ángeles, el encargado del mismo les denegó la inscripción mediante Auto de 10 de noviembre de 2008 alegando la categórica prohibición de la gestación por sustitución en el Derecho español, pues el art. 10 de la LTRHA establece la nulidad de pleno derecho de dicho contrato. Con arreglo a dicha Ley, la mujer que da a luz debe ser considerada como madre legal de los nacidos.

A juicio del Consulado, procedía la inscripción sólo a favor de uno de los hombres y, en todo caso, después se podía tramitar la adopción por su cónyuge, algo a lo que se negaban los interesados. Según ellos, el proceso de adopción lleva su tiempo y en el

¹⁰¹ Hecho relevante para el ordenamiento jurídico español pues, como hemos visto, el art. 10.3 LTRHA deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico, que sólo puede ser uno. Actualmente, sólo se permite la doble filiación biológica materna, es decir, de dos mujeres, siempre y cuando estén casadas entre sí (art. 7.3 LTRHA).

intervalo podrían darse situaciones (separación de los cónyuges, muerte del padre inscrito como biológico) que amenazasen la relación del cónyuge que no figurase como padre en el Registro Civil con los niños. Por ejemplo, en caso de fallecimiento del cónyuge inscrito como biológico, los padres de éste (los abuelos) podían negarse a facilitarle las visitas al otro cónyuge, rebajando su protección. Además, esgrimían que los niños eran hijos de los dos por igual.

Así pues, los interesados recurrieron la denegación de la inscripción ante la DGRN, permaneciendo mientras tanto en EE.UU con los menores, pendientes de adquirir un permiso de residencia y a la espera de la decisión de la DGRN. Durante este período, los niños gozaban de la nacionalidad norteamericana.

Por su parte, el Ministerio Fiscal no presentó alegaciones cuando le fue notificado el recurso de la pareja.

Finalmente, la DGRN estimó el recurso de la pareja promotora contra el Auto del encargado del Registro Civil Consular español y acordó la inscripción del nacimiento y la doble filiación paterna.

1.2. ARGUMENTOS DE LA DGRN EN LA RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009 Y CRÍTICAS A LA MISMA.

1.2.1. Los indicios racionales de la generación física.

La DGRN inicia su argumentación partiendo de que existen dos vías para la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de un español en el extranjero: la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 RRC) o la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación (art. 81 RRC), siendo este último nuestro caso.

Con el fin de determinar si el nacimiento y la filiación de los menores deben ser inscritos en el Registro Civil español, la DGRN estudia si los menores nacidos en

California ostentan la nacionalidad española. Para ello atiende a dos preceptos: el art. 15 LRC y el art. 17.1 a) CC¹⁰².

El art.15 LRC dice que, para que el nacimiento acceda al Registro Civil, éste debe haber tenido lugar en España o que el nacido ostente la nacionalidad española. El primer supuesto es obvio que no acontece, pues los niños nacieron en California, pero ¿y el segundo? Aquí es donde entra en juego el art. 17.1 a) CC que dice que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles¹⁰³. Para la DGRN, el precepto no exige que haya quedado determinada legalmente la filiación, lo cual implicaría recurrir al art. 9.4 CC y a la Ley nacional del nacido para acreditar de quién es hijo. Basta que quede acreditado el hecho físico de la generación. Para considerar nacido de español a un individuo, basta con que consten indicios racionales de su generación física por progenitor español, lo cual puede asegurarse, según la DGRN, por posesión de estado o por inscripción en el Registro Civil. En nuestro caso, los niños fueron gestados a partir del material genético de ambos cónyuges y se encuentran bajo custodia de éstos, luego para la DGRN, no cabe duda de que son hijos de español y por ende, que ostentan la nacionalidad española. Así pues, conforme al art. 15 LRC, procede su acceso al Registro Civil español¹⁰⁴.

La férrea convicción de la DGRN de que existen indicios racionales de la generación física de los nacidos por progenitor español ha sido criticada, pues algunos autores entienden que no existen tales indicios, ya que esa generación física se atribuirá tras la realización de las pruebas pertinentes, y en todo caso, a uno sólo de los dos varones

¹⁰² A mi juicio, este análisis tenía que haber sido abordado al principio de la Resolución y no al final, como hizo la DGRN, pues si se concluye que el hecho no es susceptible de inscripción en el Registro Civil español no tiene sentido continuar con el caso.

¹⁰³ Comparto la opinión que manifiesta la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico VI, sobre la precisión del art. 17.1 a) CC introducida por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre de 1990, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad que dispone que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles, y no como ocurría antes que se decía que son españoles los hijos de españoles: “Se trata ésta de una precisión legal extraordinariamente importante (...) En efecto, según el criterio *ius sanguinis* acogido en el art. 17.1 a) del Código Civil son españoles los hijos de españoles. Pero ello plantea un “problema circular”. En efecto, cuando no está acreditada la filiación del hijo se podría producir un “círculo vicioso” o situación de “doble espejo”, pues es necesario saber qué “filiación” ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta “nacionalidad española”, mientras que es necesario también saber qué “nacionalidad” ostenta el sujeto para saber cuál es su “filiación” (art. 9.4 CC), es decir, quiénes son sus padres. Pues bien, el art. 17.1 a) CC utiliza la expresión “nacidos” de padre o madre españoles, porque dicha expresión deshace el *circulus inextricabilis* y rompe el “doble espejo”.”

¹⁰⁴ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico VI.

cuya paternidad se pretende¹⁰⁵. Comparto dicha crítica pues, considero que la posesión de estado y la inscripción en el Registro Civil no son pruebas suficientes para acreditar el hecho físico de la generación. La generación física por progenitor español quedará acreditada una vez realizadas las pruebas pertinentes y por supuesto, de uno sólo de los varones.

1.2.2. Una cuestión de validez extraterritorial de decisiones.

En cuanto al argumento jurídico empleado por el Consulado español en Los Ángeles para proceder a la denegación de la inscripción del acta registral californiana en el Registro español, como hemos expuesto anteriormente, era el siguiente: que la filiación que constaba en la certificación registral californiana no se ajustaba a la Ley sustantiva española, pues el art. 10.2 de la LTRHA indica que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. Además, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno Derecho en el ordenamiento español (art. 10.1 LTRHA).

Sin embargo, la DGRN indica que la cuestión controvertida no suscita un problema de Derecho aplicable a la filiación, sino una cuestión de efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera, es decir, de una cuestión de validez extraterritorial de decisiones en España. Así pues, las autoridades registrales españolas no deben aplicar las normas de conflicto españolas (en este caso, el art. 9.4 CC) como tampoco deben aplicar la Ley sustantiva designada por tales normas de conflicto (es decir, la LTRHA), sino que deben proceder a aplicar las normas específicas que, en Derecho Internacional Privado español, disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, que en concreto sería el art. 81 RRC. La norma de conflicto debe aplicarse, exclusivamente, cuando es necesario determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales que se plantean, por vez primera, ante las

¹⁰⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ob. cit.*, pág. 12. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A., *ob. cit.*, pág. 12.

autoridades españolas. Por el contrario, la norma de conflicto no debe aplicarse cuando ya existe una decisión pronunciada por autoridad registral extranjera¹⁰⁶.

En este sentido, CAMARERO GONZÁLEZ pone de manifiesto una idea de sumo interés: que la distinción realizada por la DGRN entre inscripciones que se practican en virtud de declaración del interesado, en las que existe un control de legalidad, e inscripciones que se practican mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera, donde exclusivamente se discutiría un problema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España, con un control mucho más atenuado de la legalidad, supone un apartamiento, sin una justificación suficiente en la propia Resolución, de la doctrina tradicional de la DGRN¹⁰⁷.

Dicha doctrina tradicional de la DGRN, recogida en las Resoluciones de 1 de abril de 1992, 24 de octubre de 1992, 5 de mayo de 1993 y 5 de marzo de 1986, establece que cuando la filiación consta en un Registro Civil extranjero y se pretende que conste también, en el mismo sentido, en el español, es aplicable (como dice asimismo la Resolución de 18 de febrero de 2009 y comparte gran parte de la doctrina internacionalista) el art. 81 RRC. Sin embargo, la doctrina tradicional añade que dicho precepto exige que quede acreditado un control de legalidad de la filiación determinada en el extranjero, lo cual implicaría aplicar el art. 9.4 CC, en contra de toda la argumentación desarrollada en la Resolución de 18 de febrero de 2009 para evitar precisamente la aplicación de este precepto. De este modo, la interpretación tradicional de la DGRN suponía que sólo pueden acceder al Registro Civil las filiaciones acreditadas en el extranjero si en dicho país se aplicó la Ley nacional del hijo (es decir, la Ley española). Es evidente que, de haberse aplicado tal doctrina, como hizo el encargado del Registro Civil consular, no se podría haber acordado la inscripción de los nacimientos acaecidos en San Diego¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico II.

¹⁰⁷ CAMARERO GONZÁLEZ, G., *ob. cit.*, pág. 3.

¹⁰⁸ CAMARERO GONZÁLEZ, G., *ob. cit.*, pág. 3.

1.2.3. El documento auténtico extranjero con fuerza en España: concepto y requisitos.

a) Concepto.

Como hemos expuesto, para la DGRN se trata de un caso de validez extraterritorial de decisiones en el que es de aplicación el art. 81 RRC, norma que en Derecho Internacional Privado disciplina el acceso de las certificaciones registrales al Registro Civil español. Dicho artículo establece lo siguiente: “*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales*”. Esto supone que cuando se dispone de un documento auténtico (original o testimonio) expedido por autoridades judiciales, administrativas o notariales, no es necesario, para practicar una inscripción en el Registro civil español, instar *ex novo* dicha inscripción, pues dicho documento constituye *título para inscribir el hecho de que da fe*. Ahora bien, el contenido de dicho documento, convertido en asiento tras la inscripción, puede ser anulado por los tribunales y éstos, asimismo, pueden declarar la filiación de los menores como nula¹⁰⁹. El precepto continúa diciendo que habrá de tener fuerza en España, es decir, que dicho título extranjero debe superar un control de legalidad.

La DGRN hace especial hincapié en que la redacción del art. 81 RRC no exige en ningún momento que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea idéntica a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad

¹⁰⁹ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico V: “(...) debe recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas (vid. art. 2 Ley del Registro Civil). Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de “cosa juzgada” (...)”.

En relación a esta cuestión, DÍAZ ROMERO (*ob. cit.*, pág. 12) manifiesta que, dado que cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de la inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria, queda latente la cuestión de la impugnación por la madre gestante. Aplicando el art. 10 LTRHA, los Tribunales podrían ordenar la cancelación de la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, salvo que se reconociera, mediante exequátur, la doble filiación paterna constituida por el Tribunal californiano.

española mediante la aplicación de las normas legales españolas¹¹⁰. Es más, en opinión de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, exigir tal cosa sería chauvinista e imperialista al querer imponer el sistema español al resto de Estados, que cuentan con su propio Derecho y por ende, con su propia forma de resolver las cuestiones jurídicas¹¹¹.

b) Requisitos.

Considera la DGRN que el art. 81 RRC ni establece los requisitos concretos que debe cumplir el documento registral extranjero para poder inscribirse en el Registro Civil español, ni tampoco el método que debe seguirse para lograr esa *fuerza en España*. Ante esta laguna, y contradiciendo, como hemos visto, toda su doctrina tradicional, será la propia DGRN quien concrete cuáles son los requisitos para superar dicho control de legalidad, cuando en realidad, los requisitos y el mecanismo están bien claros: aplicación de la Ley nacional del hijo, es decir, de la ley española, aplicación que implicaría la denegación de la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil en virtud del art. 10 de la LTRH.

No obstante, las condiciones que establece la DGRN para que el documento registral extranjero tenga fuerza en España son las siguientes¹¹²:

- 1) Condiciones formales que garantizan la autenticidad del título registral extranjero en los términos del art. 323 LEC.
- 2) Equivalencia funcional de las autoridades registrales extranjeras con las autoridades registrales españolas.
- 3) Ajuste del impacto legal de la decisión extranjera en el orden público español, requisito que informa todo el sistema de Derecho Internacional Privado en el tema de la validez internacional de decisiones.

¹¹⁰ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico III y IV, último párrafo.

¹¹¹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *ob. cit.*, pág. 306.

¹¹² CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *ob. cit.*, pág. 310.

- 4) Control de la competencia de la autoridad registral extranjera.
- 5) Control de los derechos de defensa de los implicados en el procedimiento registral llevado a cabo en el Estado de origen.

Por su complejidad, nos centraremos en estudiar los tres primeros requisitos, ya que el control de la competencia de la autoridad registral extranjera y el control de los derechos de defensa de los implicados no suscita mayor problemática.

1. Documento autorizado por autoridad extranjera.

En relación al primero de los requisitos, la DGRN remite al art. 323 LEC que en su apartado segundo dispone: *“Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos: 1. Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2. Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”*. Así pues, en primer lugar, se exige que la certificación registral extranjera sea un documento público, esto es, un documento autorizado por una autoridad extranjera.

Con arreglo a dicho art. 323.2 LEC, un documento extranjero puede ser considerado como público cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como documento público o documento que hace prueba plena en juicio y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 RRC) o apostilla. Aquí la DGRN recuerda que quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le consta directamente al Encargado del Registro, o los que le han llegado por vía oficial o por diligencia bastante. En este caso, según la DGRN, no cabe dudar de la autenticidad de la certificación registral extranjera, que se ha presentado con las exigencias formales exigidas por la legislación española. Asimismo, se exige

igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (art. 86 RRC), como también ha sucedido en el caso¹¹³.

2. Equivalencia funcional de las autoridades registrales extranjeras con las autoridades registrales españolas.

El segundo requisito exige que la certificación haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas, interviniendo en la constatación registral del nacimiento y de la filiación, mediante un control de ajuste de los hechos y de los actos a la ley californiana aplicable¹¹⁴. Para la DGRN, no hay duda de que dicho control se ha llevado a cabo¹¹⁵.

3. Ajuste del impacto legal de la decisión extranjera en el orden público español.

En el tercer requisito, que alude al orden público internacional, la DGRN despliega varias líneas de argumentación para demostrar que el acceso de la certificación registral californiana en nuestro ordenamiento jurídico no vulnera los intereses generales del país, ni daña la cohesión moral y jurídica de la sociedad española.

- a) El principio del interés superior del menor.

¹¹³ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico IV, párrafo segundo. QUIÑONES ESCÁMEZ (*ob. cit.*, pág. 12) pone de manifiesto que tanto España como EE.UU son Estados parte del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 (conocido como “convenio apostilla”) que suprime la exigencia de legalización diplomática o consular de los actos públicos extranjeros y lo sustituye por el sistema de apostilla. El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 está en vigor para España desde el 25 de septiembre de 1978.

¹¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ob. cit.*, pág. 11; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., *ob. cit.*, pág. 11.

¹¹⁵ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico IV, párrafo tercero.

Entre estos argumentos, el más importante se basa en el concepto de “interés superior del menor” recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, en vigor para España desde el 5 de enero de 1991¹¹⁶. Afirma la DGRN que denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores exige que éstos queden al cuidado de 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”¹¹⁷.

Sin embargo, algunos autores han destacado que no es cierto que el interés superior del menor necesite de una solución como la propiciada por la Resolución de 18 de febrero de 2009. Dicho precepto exige, ciertamente, que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres. Sin embargo, y comparto totalmente esta opinión, dicha finalidad puede ser igualmente cumplida con la figura de la adopción¹¹⁸.

El principio del interés superior del menor cobra especial relevancia para la DGRN pues, en su opinión, en caso de que se rechazase la inscripción de la filiación californiana en el Registro Civil español, ello podría desembocar en la negación de una filiación de los menores inscrita en el Registro Civil español, menores que son, como antes se ha dicho, sujetos de nacionalidad española. Además, esa filiación negada no se sustituiría por ninguna otra filiación, lo que supondría que los niños, pese a ser españoles (art. 17.1. a CC), quedarían sin una filiación proclamada por el Registro Civil e irían directamente al orfanato o devueltos a los EE.UU, donde también sufrirían un destino similar, a menos que sus padres se trasladaran a vivir permanentemente a dicho país¹¹⁹.

¹¹⁶ BOE núm. 313 de 31 diciembre 1990.

¹¹⁷ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico V, párrafo cuarto.

¹¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ob. cit.*, pág. 13. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A., *ob. cit.*, pág. 13.

¹¹⁹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *ob. cit.*, págs. 311 y 312.

En mi opinión, esta argumentación, demagógica y tergiversadora, encuentra fácilmente su refutación en los hechos expuestos pues, como ya se ha visto, en ningún momento el Registro Civil negó la filiación española a los menores al ofrecer el propio Registro consular una vía alternativa a la inscripción que pretendía el matrimonio homosexual y que era la inscripción de los menores respecto del varón que es el padre biológico de los mismos y la posterior adopción de los nacidos por parte del otro cónyuge varón. De esta manera, los menores verían reconocida su filiación y gozarían de la nacionalidad española. Asimismo, tampoco es cierto que en caso de que no se admitiera la inscripción de la doble filiación paterna pedida por el matrimonio homosexual español, los menores se quedarían sin filiación alguna pues, como se ha visto, mientras el matrimonio esperaba el pronunciamiento de la DGRN, los niños sí gozaban de una filiación, que es la determinada por su ley personal, teniendo en cuenta que desde su nacimiento gozaban de la nacionalidad norteamericana.

Cuestión distinta, y es la que subyace a la decisión de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, es la de estimar que la filiación que consta en la certificación registral californiana es la filiación que mejor encaja con el interés superior del menor, pues las personas que constan en ella como padres son las más indicadas para serlo ya que toman las precauciones, atenciones y cuidados necesarios al efecto. Desde este punto de vista, siempre será más beneficioso para el menor tener como padres aquellos que decidieron y prestaron su consentimiento para ello, que la mujer gestante que, si bien es verdad que dio a luz, no es menos cierto que se limitó a cumplir su parte contractual en el contrato de gestación por sustitución¹²⁰.

b) El derecho a una identidad única.

Otro argumento esgrimido por la DGRN es que el menor tiene derecho a una identidad única, es decir, a una filiación única y válida en varios países, derecho que quedaría vulnerado en caso de que se nieguen efectos jurídicos a la filiación que consta en la certificación californiana, pues ello supondría que los menores tendrían padres

¹²⁰ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *ob. cit.*, pág. 312.

distintos (o filiación distinta) según el país del que se trate. Esto resultaría intolerable desde el punto de vista jurídico pues los menores son titulares del derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de las fronteras estatales. Como apoyo a esta argumentación, citan la STJUE de 2 de octubre de 2003, caso *García Avelló*, y la STJUE de 14 de octubre de 2008, caso *Grunkin Paul*¹²¹.

A este respecto, no hay que olvidar que no deja de ser jurisprudencia comunitaria y ambas en materia de apellidos, es decir, que no están relacionados con el caso¹²². La DGRN, sin embargo, manifiesta que dicha jurisprudencia tiene valor supracomunitario, lo cual encajaría perfectamente con el principio de interés superior del menor anteriormente mencionado¹²³. No obstante, aun ostentando valor supracomunitario, considero que no son de aplicación a este caso, pues se refiere a una problemática relativa sólo a la normativa aplicable a los apellidos.

¹²¹ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico V, párrafo quinto.

La STJUE de 2 de octubre de 2003, caso *García Avelló*, trata el siguiente supuesto: Esmeralda y Diego, hijos de una pareja en la que el padre era español y la madre belga, ostentaban la doble nacionalidad y figuraban inscritos en el Registro Civil español como “García Weber”, al haberse tomado el primer apellido del padre y de la madre, según la tradición española. Sin embargo, las autoridades belgas no admitieron este uso, por considerar que, según la Ley belga, el hijo debía figurar en el Registro con los apellidos del padre: “García Avelló” o alternativamente, solo como “García”. Finalmente, los hijos pudieron conservar “García Weber” en virtud de los derechos comunitarios a una identidad única y a la libre circulación y residencia.

La STJUE de 14 octubre de 2008, *Grunkin-Paul*, trata el supuesto siguiente: el día 27 de junio de 1998 nace en Dinamarca el niño Leonhard Matthias Grunkin-Paul, hijo de la Sra. Paul y del Sr. Stefan Grunkin. Los padres de Leonard Matthias Grunkin-Paul eran entonces cónyuges y poseían ambos la nacionalidad alemana. Este niño tenía la nacionalidad alemana y residía en Dinamarca desde la fecha de su nacimiento. Cuando el Sr. Stefan Grunkin trata de inscribir al niño en el Registro Civil danés, el Encargado del Registro le indica que la ley aplicable a la inscripción es la ley danesa (ley del domicilio). Así, se le da la opción de elegir por el apellido “Grunkin”, “Paul” o “Grunkin-Paul”, optando éste por la última opción. Sin embargo, cuando los padres pretenden posteriormente inscribirlo en el Registro Civil alemán como Leonhard Matthias Grunkin-Paul, se les deniega dicha inscripción porque en virtud del art.10 BGB “*el apellido de una persona se rige por la ley del Estado de su nacionalidad*”, que en este caso es la alemana, y el Derecho sustantivo alemán no permite que se atribuya a un hijo un “apellido doble” compuesto por el apellido del padre y de la madre: o se opta por uno o por el otro. La STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*, reafirma que si la Ley de un Estado miembro otorga un nombre y apellidos a un ciudadano comunitario, dicha persona tiene derecho a utilizarlo en los demás Estados miembros, con total independencia de los puntos de conexión de las normas de conflicto del Estado miembro de destino, pudiéndose hacer extensible esta afirmación no sólo a casos similares al de Leonhard Matthias (materia de apellido) sino también a aquellas situaciones jurídicas legalmente creadas en un Estado miembro, situaciones que en caso de implicar un “cruce de frontera” no se consideran válidas y existentes en los demás Estados miembros, ocasionando un perjuicio al derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario.

¹²² CAMARERO GONZÁLEZ, G., *ob. cit.*, pág. 5.

¹²³ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico V, párrafo quinto.

c) Discriminación por razón de sexo.

También expone la DGRN como argumento a favor de la inscripción de tales menores en el Registro Civil español, el hecho de que denegar tal inscripción supondría una discriminación que vendría motivada por el hecho de ser ambos cónyuges varones, pues la LTRHA en su art.7.3 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*”. Es decir, que la legislación española permite establecer la filiación natural respecto de dos mujeres, aun cuando el hijo fuera biológicamente de una de ellas únicamente¹²⁴. Luego, si no se permite para el caso de que ambos fuesen varones, se estaría incurriendo en una discriminación por razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 CE¹²⁵.

Sin embargo, se ha criticado este argumento por entender que no es cierto que dicho trato sea discriminatorio, es decir, permitir la inscripción biológica para los matrimonios homosexuales integrados por mujeres y no permitir la para los integrados por varones, por la sencilla razón de que se trata de situaciones distintas¹²⁶.

Continúa diciendo la DGRN que no puede olvidarse el hecho de que en el Derecho español se admite la filiación a favor de dos varones en caso de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la ley, de acuerdo con el art. 14 CE. Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar

¹²⁴ Sobre esta materia, *vid. ut supra* págs. 6 y 7, nota a pie de página 11.

¹²⁵ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico V, párrafo tercero. En este sentido, MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA (*ob. cit.*, pág. 1391) indica que son ya varios los recursos contra decisiones de Jueces encargados del Registro Civil que se han negado a practicar la inscripción de la doble filiación materna matrimonial. Sin embargo, la DGRN, no sólo reconoce el alcance del art. 7.3 LTRHA, como en la Resolución de 18 de febrero de 2009, sino que, en las Resoluciones de 17 de abril de 2008, de 17 de mayo de 2008 y de 22 de mayo de 2008, ha resuelto a favor de la inscripción de la filiación a favor de la esposa de la madre biológica, sin que sea necesario acudir a la adopción.

¹²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ob. cit.*, pág. 13. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., *ob. cit.*, pág. 13 y MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., *ob. cit.*, pág. 1391.

establecida a favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales¹²⁷.

A este respecto, resulta interesante la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, que dicen que no es cierto que el artículo 14 CE determine la igualdad entre hijos adoptados e hijos naturales, puesto que las diferencias legales que puedan establecerse entre uno y otros no derivan de discriminación por razón de nacimiento. De hecho la continuada vigencia de la disposición transitoria segunda de la Ley 21/1987, en materia de adopción, constituye un ejemplo indiscutible. Es más, aunque en términos generales nuestra regulación de la adopción atribuya los mismos derechos a los hijos por naturaleza que a los hijos por adopción, existen claras diferencias entre el régimen jurídico de unos y otros, como resulta del art. 179 y 180.2 CC¹²⁸.

En mi opinión, por el hecho de que el Derecho español permita la filiación a favor de dos varones en caso adopción no implica que deba permitirse para el caso de filiación biológica por una sencilla razón: la imposibilidad física de que un menor sea hijo biológico de dos padres. Se trata de situaciones totalmente distintas.

d) El orden público internacional atenuado.

CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, apoyando la afirmación de la DGRN de que no existe vulneración del orden público internacional, sostienen la idea de que debe exigirse un orden público atenuado. Dicha figura permite reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones prohibidas en nuestro Derecho. Resulta innegable el hecho de que en España es nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución (art.10.1 de la LTRHA) y, por ende, que dicho contrato sería inejecutable en España porque dañaría gravemente la estructura legal básica española. Sin embargo, resulta innegable también que dicho contrato ni se ha celebrado en España

¹²⁷ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico V, párrafo segundo.

¹²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ob. cit.*, págs. 12 y 13; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., *ob. cit.*, pág. 13

ni pretende ser ejecutado en España. El acceso de los menores al Registro Civil español no es más que una mera consecuencia última y periférica del contrato de gestación por sustitución. Así pues, el orden público internacional español, que opera de un modo radical contra la validez y ejecución en España del contrato de gestación por sustitución, no debe intervenir frente a la certificación de la filiación de unos menores nacidos como consecuencia de dicho contrato, del mismo modo que, por ejemplo, una sentencia extranjera que concede alimentos a la segunda esposa de un varón polígamo puede surtir efectos en España sin que ello suponga que ese segundo matrimonio poligámico sea considerado válido en España¹²⁹.

En mi opinión, la inscripción de unos menores nacidos como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada no es una consecuencia última y periférica de dicho contrato, sino la razón de ser o la causa del mismo. Luego la permisión de la inscripción de tales menores no supone atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está permitiendo la recepción sustantiva de la misma¹³⁰.

1.2.4. El fraude de ley.

Por último, uno de los problemas a los que tiene que dar solución esta Resolución es si los sujetos han cometido fraude de ley, figura contemplado en el art. 12.4 CC, que establece “*se considerará como fraude de Ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una Ley imperativa española*”.

Para la DGRN, los interesados no han utilizado una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española, luego no cabe hablar de fraude de ley¹³¹. Sin embargo, hay que distinguir entre fraude de ley sustantivo y fraude de ley procesal. El primero de ellos es el contemplado en el art. 12.4 CC, mientras que el fraude de ley en su vertiente procesal es lo que los internacionalistas privados conocen como *Bad Forum*

¹²⁹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *ob. cit.*, pág. 315.

¹³⁰ En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *ob. cit.*, pág. 9.

¹³¹ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico V, párrafo sexto.

Shopping o Forum Shopping fraudulento y se produce cuando los particulares sitúan la resolución de un caso ante tribunales o autoridades de un Estado que no presenta una relación sustancial con el caso en cuestión¹³². A mi juicio, los particulares no han utilizado ninguna norma de conflicto para eludir la aplicación de la ley imperativa española; sin embargo, sí han situado el caso de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir una norma imperativa española: el art. 10 LTRHA. Luego los particulares sí han cometido fraude de ley, pero en su vertiente procesal.

En este sentido, se ha destacado que ya el Tribunal Constitucional dejó claro en su momento que no había fraude de ley ni *Bad Forum Shopping* en otros casos parecidos como el de españolas que viajaban a Londres para realizarse abortos cuando la legislación española lo prohibía, o el de aquellos que viajaban a otros países a consumir estupefacientes que en España son ilegales, o los llamados “niños toreros españoles” que van a México porque allí se permite torear con 14 años o menos, siendo la edad reglamentaria de 16 años en España¹³³. Sin embargo, estimo que en ninguno de esos casos se utiliza una norma de conflicto con el fin de eludir la ley española (fraude ley) ni se sitúa una cuestión litigiosa en manos de autoridades extranjeras con el fin de eludir una norma imperativa española (*Bad Forum Shopping*). Luego la opinión del TC al respecto es acertada pero irrelevante para nuestro caso.

1.2.5. La relación causa-efecto existente entre la resolución judicial extranjera y el certificado registral de nacimiento.

Un aspecto de interés que me gustaría resaltar, y que la DGRN no ha dado importancia a lo largo de toda la Resolución que estudiamos, es la relación causa-efecto existente entre la sentencia judicial californiana que ordena la expedición de los certificados registrales de nacimiento y éstos últimos, relación que hace a la sentencia inseparable de los documentos administrativos, pues es la razón de ser de los mismos.

¹³² CAMARERO GONZÁLEZ, G., *ob. cit.*, pág. 2.

¹³³ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *ob. cit.*, pág. 318.

La DGRN centra toda su atención en los certificados registrales de nacimiento y en el art. 81 RRC, siendo para ella estos documentos los que deben inscribirse en el Registro Civil español, con el control de legalidad exigido por dicho artículo. Sin embargo, cabría preguntarse si, de haberse tenido en cuenta la sentencia judicial extranjera, el control de legalidad hubiera estado sujeto a un previo exequátur conforme al art. 83 RRC, que establece que “*no podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido (...)*”. Dado que entre España y EE.UU no hay Tratado en relación con el reconocimiento de las decisiones extranjeras, habría que acudir al art. 954 y siguientes de la LEC. No es, en absoluto, desdeñable esta idea ya que no puede olvidarse que, a fin de cuentas, es la decisión judicial extranjera la que homologa y ejecuta el contrato de maternidad subrogada, estableciendo la filiación antes del nacimiento de los menores, y ordena la inscripción en el Registro Civil norteamericano y la expedición de los certificados de nacimiento de los mismos¹³⁴.

1.2.6. El método del reconocimiento.

Por otro lado, y siguiendo la opinión de QUIÑONES ESCÁMEZ, el criterio que sigue la DGRN al exigir el método del reconocimiento, y no el conflictual, de las situaciones creadas en el extranjero, tiene más sentido que se realice en un ámbito europeo que con el Estado de California. Con el método del reconocimiento se desplaza el control al país de origen en el marco de la confianza mutua entre Estados Miembros y del reconocimiento mutuo. Parece más plausible que se llevase a cabo tal reconocimiento dentro un marco comunitario donde los criterios de competencia son uniformes, y donde se tiende a suprimir el exequátur al considerar las decisiones de los otros Estados Miembros como nacionales dentro de un espacio común integrado. Cabe dudar que la maternidad subrogada sea una materia proclive al reconocimiento mutuo; y en todo caso, que lo sean las sentencias californianas. En este ámbito la competencia judicial internacional no está coordinada¹³⁵.

¹³⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *ob. cit.*, pág. 13.

¹³⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *ob. cit.*, pág. 26.

1.2.7. El certificado registral extranjero: ¿decisión o no?

Otro aspecto de interés que conviene resaltar es que a lo largo de toda la Resolución, la DGRN no entra a debatir si la certificación registral extranjera puede considerarse o no decisión. Simplemente lo afirma. Para CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ dicha certificación registral constituye una auténtica decisión extranjera, apoyando dicha afirmación en tres casos en los que el Derecho Comunitario hace una interpretación amplia del concepto de decisión¹³⁶:

1. El acta registral de matrimonio es considerada una decisión y como tal es tratado por el Convenio de la Haya de 14 de marzo de 1978 relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio.
2. El TJCE ha calificado como decisión un acta registral en la que consta el nombre de un menor y, en consecuencia, la ha tratado como tal. La STJUE de 14 de octubre de 2008, as. C-353/06, *Grunkin-Paul*, ya expuesta, es buena prueba de ello.
3. Las resoluciones o certificaciones de los registros oficiales en las que consta una sociedad como legalmente constituida e inscrita en un Estado miembro, también han sido calificadas como decisiones y también han sido sometidas a las normas que siguen el método de reconocimiento y no a las normas de conflicto. Así se aprecia en la STJCE de 9 marzo de 1999, as. C-212/97, *Centros*, STCE de 5 noviembre de 2002, as. C-208/00, *Uberseering*, STJCE de 30 de septiembre de 2003, as-C-167/01, *Inspire Art*¹³⁷.

¹³⁶ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *ob. cit.*, págs. 301-303.

¹³⁷ El caso CENTROS se refería al establecimiento en Dinamarca, Estado miembro de acogida, de una sociedad, Centros Ltd, constituida válidamente en el Reino Unido, en cuyo territorio se encontraba su domicilio social estatutario sin que ejerciera en él actividad económica alguna. Centros Ltd deseaba crear una sucursal en Dinamarca para ejercer en dicho Estado sus principales actividades económicas. Las autoridades danesas no cuestionaban la existencia de dicha sociedad inglesa, sino que le denegaban el derecho a ejercer su libertad de establecimiento en Dinamarca mediante la constitución de una sucursal en dicho país, porque constaba que dicha forma secundaria de establecimiento tenía por objeto eludir la aplicación de las normas danesas sobre la constitución de sociedades, en especial las relativas al desembolso de un capital mínimo. La sociedad estaba formada por un matrimonio danés residente en

Estos casos, que han favorecido la extensión del llamado principio de mutuo reconocimiento en el ámbito comunitario, a mi juicio, no son de aplicación a este caso, pues, que sea doctrina del TJCE el considerar decisiones a los certificados que provengan de otros Estados miembros diferentes al de acogida, no significa que tengamos que considerar decisiones a cualquier certificado que provenga de otro Estado diferente al de acogida, en este caso EE.UU. No puede olvidarse que se trata de casos comunitarios y de certificados comunitarios, siendo nuestro caso un certificado registral californiano.

Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto otro aspecto que resulta de interés: que la DGRN se aleja del concepto de decisión que utilizan los internacionalistas acuñado por la *Cour de Cassation* francesa el 17 de octubre de 2000. Según dicho concepto, una decisión es un acto de voluntad de una autoridad pública extranjera o asimilada, que resuelve la cuestión de Derecho Internacional Privado, y que produce efectos jurídicos en relación a las personas, o en relación con sus bienes, derechos y obligaciones. De modo que una resolución dictada por autoridad extranjera que se limita a dar fe de una situación jurídica, como es una certificación registral de nacimiento, no es una decisión¹³⁸.

2. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, NÚMERO 15, DE VALENCIA, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010.

Dinamarca que decide realizar actividades en Dinamarca operando como una sociedad inglesa con el objeto de evitar la aplicación de las normas sobre capital mínimo del derecho danés.

El caso ÜBERSEERING se refiere a una sociedad válidamente constituida en los Países Bajos y con domicilio social estatutario en dicho Estado. Con posterioridad a la constitución de dicha sociedad, todo su capital fue adquirido por nacionales alemanes residentes en Alemania, circunstancia que no le hizo perder la personalidad jurídica de que disfrutaba con arreglo al ordenamiento jurídico neerlandés. Las autoridades alemanas le negaron la personalidad jurídica y por tanto, la capacidad procesal y exigieron la reconstitución de la sociedad en Alemania al entender que la sociedad había trasladado su domicilio social efectivo a territorio alemán a raíz de la adquisición de todas las particiones sociales por nacionales alemanes, con la consecuencia de que la sociedad no podía, en el Estado miembro de acogida, acudir ante los tribunales para defender sus derechos derivados de un contrato, salvo si se constituye de nuevo con arreglo al Derecho de dicho Estado de acogida.

El caso INSPIRE ART se refiere a una sociedad británica que abre sucursal en los Países Bajos y allí le exigen el cumplimiento de una serie de requisitos.

La consecuencia que se extrae de estas tres sentencias es que un Estado miembro está obligado a reconocer a una sociedad válidamente constituida conforme a otro Estado miembro.

¹³⁸ CAMARERO GONZÁLEZ, G., *ob. cit.*, pág. 4.

2.1. HECHOS.

La Fiscalía de Valencia, en defensa de la legalidad y en base a la posible existencia de un fraude documental, pues en la documentación presentada a la hora de instar la inscripción en el Registro consular no figuraba ninguna madre (lo cual es legal en EE.UU, pero no en España), interpuso demanda contra la DGRN, que se resolvió mediante Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, núm. 193/2010, de 15 de septiembre (AC 2010, 1707). Dicha sentencia estimó íntegramente el suplico de la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, que no es otro que cancelar la inscripción ordenada por dicho Centro Directivo en su Resolución de 18 de febrero de 2009, que permitía la inscripción en el Registro Civil como hijos biológicos de un matrimonio homosexual español, de unos menores nacidos en California (San Diego) mediante gestación por sustitución.

Hay que destacar que el Ministerio Fiscal no presentó alegaciones cuando se le notificó el recurso interpuesto por los interesados ante la denegación de dicha inscripción por parte del Encargado del Registro Civil consular en Los Ángeles. No obstante, aunque tardía, su reacción ante este caso ha sido capital para defender la legalidad española.

La defensa de los interesados, que en ningún momento niega que se trate de un supuesto de maternidad subrogada, argumenta en su contestación al escrito de demanda del Ministerio Fiscal que lo que se insta por la Fiscalía es que el Juzgado efectúe un control de legalidad sobre unos documentos (las certificaciones registrales de nacimiento) que no se encuentran aportados al procedimiento. Según la defensa, esa no es la naturaleza de este procedimiento cuyo objeto es el control de legalidad de la RDGRN de 18 de febrero de 2009 y no de los certificados¹³⁹.

Uno de los hechos que pone de manifiesto la sentencia, y que resulta sumamente interesante, es que el contenido del recurso interpuesto por los interesados contra el auto denegatorio de la inscripción por parte del Registro consular y las argumentaciones sostenidas por la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009 son totalmente

¹³⁹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, Fundamento Jurídico III.

idénticas. La DGRN recoge punto por punto los argumentos del escrito del recurso, llegando incluso a transcribir párrafos enteros del mismo que hace suyos en su totalidad. Así pues, y como no podía ser de otra manera, la conclusión a la que llegan recurso y resolución al unísono es la misma¹⁴⁰. En mi opinión, la DGRN debería haber intentado basarse más en argumentos propios, y no tanto en los ya expuestos en el recurso contra el auto denegatorio.

2.2. EL DOBLE CONTROL DE LEGALIDAD Y REALIDAD DEL ART. 23 LRC.

Como se ha expuesto ampliamente en el apartado anterior, la DGRN diferencia dos vías para la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de un español en el extranjero: la vía declarativa recogida en el art. 168 RRC y el acceso al registro mediante la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación, que es nuestro caso.

Para situaciones como ésta, es decir, para los supuestos de inscripción en el Registro Civil español por aportación de una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos, según se argumenta en la RDGRN de 18 de febrero de 2009, deben aplicarse las normas específicas que, en Derecho Internacional Privado español, disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, que en concreto sería el art. 81 RRC.

Para la DGRN, nos encontramos ante un caso de validez extraterritorial de decisiones en España en el que no debe aplicarse la norma de conflicto (el art. 9.4 CC) ni tampoco la Ley sustantiva a la que remite dicha norma de conflicto, que sería la LTRHA, pues no se trata de determinar el derecho aplicable a la filiación. En este caso, la filiación ya ha sido determinada.

El art. 81 RRC, que sirve de base para toda la Resolución de 18 de febrero de 2009, en realidad, como bien estima la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de

¹⁴⁰ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, Fundamento Jurídico II, in fine.

Valencia, no sería de aplicación, pues la DGRN se olvida del art. 23 LRC, precepto que prevalece sobre el reglamentario, al poseer un mayor rango normativo. En palabras de la propia sentencia, “la DGRN fundamenta jurídicamente su argumentación en el art. 81 RRC obviando que dicho reglamento desarrolla y completa un texto como es la LRC de evidente valor mayor normativo y que en dicha Ley y en su art. 23 se establece: “*Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española*”¹⁴¹.

De la dicción del art. 23 LRC se extrae la conclusión de que, para que pueda practicarse la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera es necesario, en primer lugar, que se compruebe por el Encargado del Registro la realidad del hecho inscrito. Dicho control de la realidad del hecho inscrito abarcaría tanto un control en sentido formal como de fondo. Es decir, el Encargado no sólo debe realizar un control formal de la certificación, sino que, además, no debe tener ninguna duda de que lo establecido en dicha certificación es real. En nuestro caso, el control formal se cumple pues en la certificación registral extranjera consta que ambos solicitantes son los padres de los menores cuya inscripción se pretende. Por el contrario, no puede decirse lo mismo del control de fondo, que en este caso no se cumple pues biológicamente es imposible que dos menores nazcan de dos varones sin el concurso de una mujer que aporte sus gametos y/o útero para llevar a cabo la gestación. Así pues, surge la duda sobre la realidad del hecho inscrito¹⁴².

Continuando con el art. 23 LRC, vemos que el examen de la realidad no es el único que tiene que llevar a cabo el Encargado del Registro, ya que todavía queda un segundo examen que consiste en ver si la inscripción que se pretende es conforme con la ley española. Obsérvese aquí que el legislador no utiliza expresiones genéricas como el orden público. Ni siquiera un término un poco más concreto como legislación u

¹⁴¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, Fundamento Jurídico III.

¹⁴² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, Fundamento Jurídico III.

ordenamiento jurídico español. El art. 23 LRC se refiere expresamente a que el deber del Encargado del Registro es examinar si la certificación que se presenta es legal conforme a la ley española, es decir, que en caso de que el hecho hubiera ocurrido en España si éste se consideraría legal. Según la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, es en este contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la LTRHA¹⁴³.

Un hecho que manifiesta la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia y que considero de sumo interés es que la posición mantenida por la DGRN en multitud de resoluciones sobre cuestiones de nacimiento y filiación aboga por la realización del doble examen de realidad y legalidad establecido por el art. 23 LRC. Como ejemplo cita la Resolución de 19 de noviembre de 2008, la de 24 de febrero de 2009 y la de 30 de enero de 2009. Todas ellas, como puede observarse, muy cercanas temporalmente a la de 18 de febrero de 2009 (una de ellas, curiosamente, hasta posterior) en la que se aleja de dicho criterio¹⁴⁴. En tales Resoluciones, la DGRN manifiesta la idea de que para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro Civil español es necesario que afecte a algún ciudadano español, pudiendo prescindirse de la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo cuando se presente certificación del asiento extendido en un Registro extranjero, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española (art. 23 LRC), y siempre que el Registro extranjero sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la

¹⁴³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, Fundamento Jurídico III.

¹⁴⁴ VELA SÁNCHEZ (“De nuevo sobre la regulación...”, *cit.*, pág. 5) aún cita más Resoluciones en las que la DGRN afirma que la certificación extranjera tiene que superar el control de legalidad del art. 23 LRC. Como ejemplo, cita las Resoluciones de 18 de diciembre de 2000, 28 de abril de 2008, 9 de febrero de 2009, 19 de febrero de 2009 y 27 de febrero de 2009. Como puede observarse, ocurre lo mismo que con las que cita la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia: no sólo son cercanas temporalmente a la RDGRN de 18 de febrero de 2009, sino también posteriores a la misma. Es más, el autor, con el objetivo de manifestar que esta doctrina no es reciente, sino que esta postura de la DGRN es mantenida desde hace tiempo, expone las RRDGRN de 14 de febrero y de 8 de julio de 1989 que mantenían lo siguiente: “la inscripción de un nacimiento en el Registro Civil español, sin necesidad de expediente y por medio de la certificación extranjera del registro local, es un procedimiento que se utiliza frecuentemente en los Registros Consulares y en el Central y que tiene su apoyo directo en los establecido por los arts. 23 LRC y 85 RRC. Esta permisión, sin embargo, no es absoluta, pues, además de otras condiciones de autenticidad, se requiere, en todo caso, que no haya duda de la legalidad del hecho inscrito conforme a la ley española”.

inscripción por la ley española (art. 85 RRC)¹⁴⁵. Como puede observarse, con la Resolución de 18 de febrero de 2009, la DGRN no hace más que alejarse de la legalidad y de su propia doctrina¹⁴⁶.

Así pues, no cabe ninguna duda de que el Encargado del Registro viene compelido por el art. 23 LRC a examinar si la certificación registral extranjera vulnera o no el contenido de la legalidad española, más concretamente, de la LTRHA, que, como ya sabemos, prohíbe en su art. 10 el contrato de gestación por sustitución al establecer su nulidad de pleno derecho y que la filiación de los hijos nacidos mediante esa técnica será determinada por el parto.

Como ya hemos destacado anteriormente, en la certificación registral californiana no consta de ninguna manera que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. Sin embargo, como bien señala la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, que en la certificación registral no conste tal hecho no implica que la gestación por sustitución no fuese la vía de generación de los menores, como implícitamente es reconocido a través de todo el proceso. En ningún momento la defensa de los interesados niega que los menores hayan nacido mediante gestación por sustitución, aparte de que se trata de un presupuesto del que parten tanto auto denegatorio, como el recurso interpuesto contra el mismo, como la Resolución de 18 de febrero de 2009. En consecuencia, al no negarse en ningún momento que se trata de un supuesto de gestación por sustitución, se presume que es un hecho asumido por las partes¹⁴⁷.

Al ser el nacimiento de los menores mediante maternidad subrogada un hecho no controvertido, el Juzgado de Primera Instancia de Valencia no duda en afirmar que no se cumple el requisito de la legalidad del hecho inscrito del art. 23 LRC, pues el art. 10 LTRH establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, con independencia de que medie o no precio, y que la filiación de los nacidos mediante dicha técnica será determinada por el parto, es decir, que la filiación del menor así

¹⁴⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, Fundamento Jurídico III.

¹⁴⁶ En relación con esta cuestión *vid. ut supra* Capítulo II, apartado 1.2.

¹⁴⁷ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, Fundamento Jurídico III.

engendrado se otorga por disposición de la ley a la madre que le ha dado a luz. Por lo tanto, el Encargado del Registro no debe permitir la inscripción del certificado registral extranjero en nuestro Registro Civil.

2.3. CONTRAARGUMENTOS EN RELACIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

Los argumentos esgrimidos por la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009 con el fin de justificar que la inscripción no vulnera el orden público internacional español, son refutados por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, en su Fundamento Jurídico IV.

2.3.1. El trato desigual de los hijos naturales.

La primera refutación recae sobre el argumento de que si el ordenamiento jurídico español permite que los hijos adoptados puedan tener dos padres varones (ex art. 44.2 CC, tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio) y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales (ex art. 108.2 CC), los hijos naturales deben poder tener dos padres naturales. Este argumento, que en mi opinión se asienta sobre un silogismo erróneo, es refutado fácilmente por el Juzgado de Primera Instancia que estima que los hijos naturales no pueden tener dos padres naturales por una sencilla razón de carácter biológico: en el estado actual de la ciencia, dos varones no pueden concebir ni engendrar entre sí un hijo.

En este sentido, ALBERT MÁRQUEZ manifiesta, a mi juicio acertadamente que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico ha admitido y regulado el matrimonio homosexual y la adopción por parte de parejas del mismo sexo, esto no implica que pueda ni deba certificarse un hecho imposible, como es el de la filiación natural por

parte de personas del mismo sexo, por más que esa filiación sea anhelada por las parejas homosexuales¹⁴⁸.

2.3.2. La modalidad de la gestación.

La segunda refutación recae sobre el argumento de que no permitir la inscripción de la filiación por naturaleza en el Registro Civil a favor de dos varones en base a que se trata de sujetos del mismo sexo resultaría discriminatorio por razón de sexo (art. 14 CE), pues el art. 7.3 de la LTRHA sí que permite la filiación natural para el caso de dos cónyuges mujeres, aun cuando biológicamente también es imposible. El Juzgado de Primera Instancia de Valencia estima que la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los menores han nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. Según la sentencia, esta consecuencia jurídica le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos, sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento. Quizá en supuestos de mujeres o parejas heterosexuales existirá el problema del conocimiento por parte del Encargado del Registro de que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución, pero una vez conocida esta circunstancia la consecuencia deber ser la misma: denegar la inscripción¹⁴⁹.

¹⁴⁸ ALBERT MÁRQUEZ, M., *ob. cit.*, pág. 6.

¹⁴⁹ Esta línea sigue la jurisprudencia francesa en el caso resuelto por la Sentencia de la Corte de Apelación de Rennes, de 4 de julio de 2002, la cual anuló el reconocimiento de un hijo, hecho por dos franceses de distinto sexo, convivientes *more uxorio*, que habían suscrito en California un contrato de alquiler de útero con una mujer estadounidense, por la que ésta, a cambio de veinte mil dólares, se comprometía a consentir la implantación en su útero de los embriones, obtenidos en una fecundación in vitro realizada con los gametos de la pareja. La razón de celebrar este contrato era que la mujer francesa, por una enfermedad congénita, no podía llevar adelante un embarazo. La mujer estadounidense tuvo dos gemelos, que fueron inscritos en el registro de nacimientos de California, como hijos de ambos convivientes, a pesar de que la conviviente no era la madre gestante de los niños, sino, tan sólo, su madre biológica. Posteriormente los convivientes reconocieron en Francia a los niños, reconocimiento que fue anulado por el Tribunal utilizando tres argumentos. En primer lugar, el tenor del art. 16.7 y 9 del Código Civil francés, que lleva a calificar el contrato de gestación por sustitución como incurso en una nulidad de orden público. Según el Tribunal es patente en el Derecho francés el principio de que la madre es la que lleva al hijo y la que le da la vida trayéndolo al mundo y que, en consecuencia, no es la mera realidad genética la que crea la filiación materna. En segundo lugar, se invocan los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas. Y en tercer lugar, se dice que el derecho al respeto de la vida privada y familiar conduce a no admitir la incitación al abandono de un niño por su madre mediante

En este sentido, resulta interesante la aportación de FARNÓS AMORÓS, que opina que el argumento que sostiene la DGRN de que denegar la inscripción supondría una discriminación que vendría motivada por el hecho de ser ambos cónyuges varones es, cuanto menos discutible. Entiende que el salto cualitativo que da la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009 no está lo suficientemente justificado. La equiparación con las parejas de dos mujeres con el fin de considerar discriminatorio que una pareja de dos hombres que recurre a la maternidad subrogada no pueda ver declarada su doble filiación biológica paterna respecto del menor que pueda nacer es, como mínimo, controvertida, ya que por razones biológicas las parejas de dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer que lleve a cabo la gestación. Al tener la diferencia una base biológica, en principio, estaría justificado el trato desigual que comporta la prohibición del art. 10.1 LTRHA para las parejas de dos hombres. Es más, según dicha autora, afirmar que la nulidad de los acuerdos de maternidad subrogada en España discrimina a las parejas de dos hombres implica asumir que el art. 10 LTRHA es inconstitucional, cuando no lo es¹⁵⁰.

En mi opinión, es más acertada la argumentación utilizada por el Juzgado de Primera Instancia para refutar este argumento de la DGRN, pues al matrimonio homosexual no se lo está negando la inscripción porque sean ambos varones, sino que, como bien les manifestó el Encargo del Registro consular, la certificación registral no accede al Registro Civil español porque el hecho no supera el control de legalidad que exige el art. 23 LRC, al establecer el art. 10 LTRHA la nulidad de pleno derecho del contrato de maternidad subrogada. Lo determinante no es el sexo, sino el modo de alumbramiento. Por supuesto, no hay duda de que, desde el punto de vista de la labor del Encargado, habrá situaciones más fáciles de descubrir que otras. En este caso, en el que ambos son varones, está claro que para engendrar a los menores han utilizado la técnica de la maternidad subrogada. Sin embargo, en el caso de una mujer sola, pareja heterosexual o pareja de mujeres, el caso se complica, pues recordemos que tanto en el documento del hospital como en el certificado registral ya no aparece el nombre de la mujer gestante, sino que aparece directamente el de los padres comitentes. Pero con independencia de la

una contraprestación económica y el uso del cuerpo de otro para satisfacer el deseo personal de tener un hijo.

¹⁵⁰ FARNÓS AMORÓS, E., *ob. cit.*, pág. 15. Como puede observarse, FARNÓS AMORÓS comparte la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO expuesta en el apartado anterior de este trabajo al considerar ambas situaciones diferentes.

mayor o menor dificultad a la hora de descubrir los casos de maternidad subrogada, la consecuencia jurídica es la misma en cuanto se conozca dicha circunstancia: la no inscripción en el Registro.

Injustamente se ha tachado de homófoba la actuación de la Fiscalía del Registro al recurrir la inscripción permitida por la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009, pues como acabo de sostener, su actuación no se basa en que ambos cónyuges sean varones, sino en que dicha inscripción es contraria a la legalidad española, independientemente del sexo. No obstante, la Federación Española de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (FELGTB) ha denunciado que no se investiga ningún caso de maternidad subrogada cuando es una pareja heterosexual la que inscribe a sus hijos en los consulados españoles en EE.UU, por lo que considera que la Fiscalía muestra una actitud homófoba, discriminando sólo a los menores con padres solteros o matrimonios homosexuales¹⁵¹. Como ya se ha manifestado, no es que no se investiguen los casos de mujeres y parejas heterosexuales, lo que ocurre es que éstos son más difíciles de descubrir.

2.3.3. Las vías del ordenamiento jurídico español.

El tercero de los argumentos utilizados por la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009 y que también será refutado por parte del Juzgado de Primera Instancia de Valencia es el del interés superior del menor. En base a dicho principio, la DGRN aconseja la inscripción en el Registro Civil español de la misma filiación que consta en el Registro californiano, pues, en caso contrario, los menores quedarían privados de filiación inscrita en el Registro Civil español y éstos tienen derecho a una identidad única.

Para el Juzgado de Primera Instancia “el fin no justifica los medios” y opina, con buen criterio, que el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los niños consten inscritos como hijos

¹⁵¹ *Vid.* el artículo “La fiscalía recurre el registro del hijo de una pareja gay que lo tuvo con “madre de alquiler” en <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/02/26/valencia/1267208815.html>.

de la pareja de varones. En ningún caso, la consecución de la inscripción de los menores puede legitimar actuaciones contrarias al propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece.

Se ha destacado que esta sentencia haga un guiño a la posibilidad de que el matrimonio de varones pueda alcanzar el mismo resultado que se le ha negado utilizando otros mecanismos ofrecidos por nuestro ordenamiento jurídico. Parece que esta alusión se refiere a la posibilidad, ya expuesta, de que aquel de los varones que hubiera aportado su material reproductor reclamara la paternidad de los menores, haciendo uso de la posibilidad que le brinda el último párrafo del art. 10 de la LTRHA y posteriormente su cónyuge iniciara un procedimiento de adopción siempre que contara con el asentimiento de la madre gestante¹⁵².

Es decir, dado que el art. 10.3 de la LTRHA establece que “*queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”, la solución a la cuestión que ofrece la sentencia sería que, aquél varón que fuera el padre biológico de los menores ejercitara la acción de reclamación de paternidad y que, posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, los hijos fueran adoptados por el otro cónyuge, sin necesidad de mediar declaración de idoneidad¹⁵³.

En mi opinión, esta solución parece resolver de una forma bastante satisfactoria la cuestión estudiada y, como ya he expuesto anteriormente, está bastante aceptada por la doctrina mayoritaria, ya que finalmente ambos cónyuges varones consiguen ser padres de los menores y no se vulnera la legislación española. Por el contrario, otros autores opinan que esta solución, aunque es viable según la ley española, no deja de ser un tanto absurda, ya que, en definitiva, supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se persiguen mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución. Según estos autores, lo lógico sería que se admitiera directamente la gestación por sustitución, evitándose así un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado¹⁵⁴.

¹⁵² JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 374.

¹⁵³ Art. 176.2 CC: “ (...) *no se requiere propuesta (de idoneidad) cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...) 2. Ser hijo del consorte del adoptante. (...)*”.

¹⁵⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *ob. cit.*, págs. 5 y 6; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A., *ob. cit.*, pág. 15.

Otra postura, más radical, define la posibilidad expuesta por la sentencia como una artimaña legalmente factible, un fraude de ley, una posibilidad no deseable que no tiene más remedio que admitirse¹⁵⁵.

A mi juicio, con la adopción no se consiguen los efectos que se persiguen mediante el contrato de maternidad subrogada, pues con éste lo que se pretende es la filiación biológica a favor de ambos padres comitentes, mientras que con la adopción la filiación biológica queda determinada a favor de uno sólo de los cónyuges, que es el padre biológico, ya que el otro cónyuge sería el adoptante de los menores.

2.3.4. El fraude de ley en su vertiente procesal.

El último de los argumentos expuestos por la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009 es la ausencia de fraude de ley por parte de los interesados. Sigo manteniendo mi postura, expuesta en el apartado anterior, basada en la distinción de que los interesados no incurrieron en fraude de ley sustantivo, que sería aquél que está recogido en el art. 12.4 CC, pero sí que incurrieron en fraude de ley procesal o Forum Shopping Fraudulento. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia no entra a valorar el carácter fraudulento o no de la acción de manera expresa. Sin embargo, a mi parecer, sí que deja entrever que los interesados han incurrido en Forum Shopping Fraudulento al manifestar que la “única justificación posible a su acción es (que) son concedores (de) que en España la gestación por sustitución está prohibida y que, de producirse el alumbramiento en este país, no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos. Es por ello, y no por otra razón, por la que acuden a California, con el conocimiento de que allí está permitido y que allí los bebés podrán ser inscritos en su Registro Civil como hijos naturales de ambos”. En mi opinión, aunque el texto de la sentencia no diga expresamente que los interesados han incurrido en fraude de ley procesal, del mismo texto se infiere tal idea.

Ciertamente, la Resolución de 18 de febrero de 2009 propicia un fraude de ley, pues considera que, a partir de ahora, todos los matrimonios que deseen tener hijos naturales

¹⁵⁵ VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada...”, *cit.*, pág. 6.

a través de una gestación por sustitución, tanto si se trata de matrimonios heterosexuales como si se trata de matrimonios homosexuales, saben que basta con trasladarse a California (o a cualquier otro país cuya legislación autorice la gestación por sustitución) para conseguirlo. Como han puesto de manifiesto ciertos autores, con la Resolución de 18 de febrero de 2009 la puerta está abierta para defraudar la prohibición del art. 10 LTRHA, a pesar de que la inscripción en nuestro Registro Civil de hijos naturales mediante gestación por sustitución es contraria a nuestro orden público internacional, al ser manifiestamente contrario a la dignidad que la CE y nuestra sociedad reconoce a la mujer y a los principios básicos de nuestro Derecho¹⁵⁶. Sin embargo, con la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, se cierra este posible fraude.

3. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OTUBRE DE 2010, SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

3.1. LAS DIRECTRICES DE LA DGRN EN LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.

Al mes siguiente de dictarse la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, y estando en curso el recurso de apelación interpuesto por los interesados contra la misma, la DGRN dicta la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución¹⁵⁷. En ella, y en virtud de las atribuciones que le confieren los arts. 9 LRCC y 41 RRC¹⁵⁸, la DGRN establece una serie de directrices para la

¹⁵⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ob. cit.*, pág. 13. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A., *ob. cit.*, pág. 13.

¹⁵⁷ BOE n° 243, de 7 de octubre de 2010.

¹⁵⁸ Art. 9 LRC: “*El Registro Civil depende del Ministerio de Justicia. Todos los asuntos a él referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los encargados del Registro, cualesquiera que sean los cargos o empleos que desempeñen, deben cumplir, para todo cuando*

calificación, por parte de los Encargados del Registro Civil, de las solicitudes de inscripción de nacimiento, formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero mediante la técnica de gestación por sustitución, y señala que “a estas directrices deberá ajustarse la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica”¹⁵⁹.

3.1.1. Directriz primera.

a) Apartado primero.

La primera directriz que expone la DGRN en dicha Instrucción se divide, a su vez, en tres apartados. El primer apartado reza lo siguiente: “1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”.

La razón de este requisito la explica la DGRN de la siguiente manera: “La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño,

se refiere al Registro Civil, las órdenes e instrucciones del Ministerio de Justicia y de la Dirección General del ramo, aun cuando les fueren comunicadas directamente”.

Art. 41 RRC: “*Dentro del Ministerio de Justicia, compete a la Dirección General de los Registros y del Notariado la dirección e inspección de los servicios del Registro Civil. En general, le corresponde cumplir y hacer cumplir la Ley, el Reglamento, preparar las propuestas de cuantas disposiciones en la materia hayan de revestir forma de Orden o Real Decreto e informar sobre las cuestiones propias del Registro Civil”.*

¹⁵⁹ Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, párrafo séptimo.

violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores”¹⁶⁰.

Asimismo, la DGRN justifica “el requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial en la previsión contenida en el art. 10.3 LTRHA que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución”¹⁶¹.

Me parece acertado el giro que ha tomado la DGRN en esta Instrucción de 5 de octubre de 2010 al exigir la resolución judicial del país de origen a la hora de inscribir la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. En primer lugar, como ya manifesté¹⁶², porque tal exigencia supone tener presente la relación causa-efecto existente entre la resolución judicial extranjera que ordena la expedición de los certificados registrales de nacimiento y éstos últimos, situación que puede darse en muchos casos, sobre todo estadounidenses, y más concretamente en el de la RDGRN de 18 de febrero de 2009. Supone tener en cuenta que los documentos registrales tienen su razón de ser en la sentencia judicial que ordena su expedición, sin la cual no existirían. Además, no puede olvidarse que en muchas ocasiones, como en el caso de la RDGRN de 18 de febrero de 2009, y de los casos procedentes de EE.UU en general, es en la sentencia judicial extranjera donde se homologa y ejecuta el contrato de maternidad subrogada, es decir, que es el momento en el que se estudia la legalidad del contrato, los consentimientos prestados por las partes y donde aparecen identificadas todas las partes que intervienen, incluida la madre portadora, que ya no vuelve a aparecer en ningún otro

¹⁶⁰ Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, párrafo octavo.

¹⁶¹ Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, párrafo noveno. Dicha Instrucción expone también que el art. 10.3 LTRHA permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna.

¹⁶² En este sentido, *vid. ut supra* Capítulo II, apartado 1.2.5. La relación causa-efecto existente entre la resolución judicial extranjera y el certificado registral de nacimiento.

documento; por no mencionar que es la sentencia judicial extranjera la que establece la filiación de los menores. Luego, en mi opinión, es el documento más adecuado que puede exigirse para que la filiación de los nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada pueda acceder a nuestro Registro Civil.

Además, al exigir la resolución judicial se gana en seguridad jurídica, pues se eleva el rango del título formal, que, de administrativo, pasa a ser judicial. Ya no basta con un acto emanado del poder ejecutivo, sino que ha de dimanar del poder judicial. Ambos poderes, se supone, han de cumplir y hacer cumplir las leyes de cada Estado de Derecho, pero parece que el judicial garantiza, desde su independencia de los gobernantes, mejor que la Administración pública, el sometimiento a la legalidad¹⁶³.

b) Apartado segundo.

El segundo apartado de la primera directriz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 continúa exponiendo que “salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur”.

Por consiguiente, la atribución de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debe basarse en una previa resolución judicial extranjera que, salvo que resulte de aplicación un Convenio Internacional, deberá ser objeto de exequátur, conforme al procedimiento establecido en los arts. 954 y siguientes LEC 1881.

Como bien expone la Instrucción de 5 de octubre de 2010, con este apartado segundo se “incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo”, según la cual “serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión (judicial extranjera) ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC

¹⁶³ MUÑOZ DE DIOS, L., *ob. cit.*, pág. 47.

1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social”¹⁶⁴.

c) Apartado tercero.

El apartado tercero de la primera directriz expone que “en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental, deberá constatar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se haya producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado”.

¹⁶⁴ Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, párrafo décimo.

Para la redacción de este apartado, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ha vuelto a tener presente la doctrina del Tribunal Supremo que dice que “en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, sino que basta a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción”¹⁶⁵.

En definitiva, y parafraseando la propia Instrucción de 5 de octubre de 2010, “si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción. En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el art. 10.3 LTRHA, y arts. 764 y siguientes LEC”¹⁶⁶.

3.1.2. Directriz segunda.

Siguiendo con la exposición y el análisis de las directrices desarrolladas en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, encontramos que la directriz segunda (y última) afirma lo siguiente: “En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple

¹⁶⁵ Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, párrafo décimo.

¹⁶⁶ Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, párrafos undécimo y duodécimo.

declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”¹⁶⁷.

Como puede observarse, la DGRN abandona la posición que tan firmemente había defendido en la Resolución de 18 de febrero de 2009, en la que sí había admitido la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español la filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución a través de un mero certificado registral de nacimiento, lo que ya no será posible¹⁶⁸. En mi opinión, este alejamiento de la postura mantenida en la Resolución de 18 de febrero de 2009 supone un acierto ya que el certificado registral de nacimiento es, a todas luces, un documento inexacto, en el sentido de que no refleja toda la realidad de la situación, pues no recoge la homologación y ejecución del contrato de maternidad subrogada, el consentimiento de las partes, la identidad de la madre gestante y el establecimiento de la filiación de los menores; aspectos que, por su parte, sí refleja la sentencia judicial extranjera. De ahí que, como ya he expuesto, me parezca más adecuado exigir el exequátur de la resolución judicial extranjera para que pueda acceder a nuestro Registro Civil la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución.

3.2. CRÍTICAS A LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010, a mi juicio, no ofrece una solución adecuada para la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante maternidad subrogada. Considero que la Instrucción, al igual que la Resolución de 18 de febrero de 2009, vuelve a olvidarse de exigir el requisito de la legalidad, es decir, que la

¹⁶⁷ La exigencia de que debe constar la identidad de la madre gestante en los documentos que van a ser objeto de inscripción concuerda con la exigencia que señala la Instrucción de 5 de octubre de 2010, párrafo quinto, de que no se vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el art. 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999. Acerca de este derecho *vid.* FERNÁNDEZ SANCHO-TAHOSES A.: “El derecho a conocer sus orígenes por los hijos adoptados” en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, UNED-IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006, págs. 595-600.

¹⁶⁸ SALAS CARCELLER, A., *ob. cit.*, págs. 12 y 13; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *ob. cit.*, pág. 7; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 375.

resolución judicial extranjera cuya inscripción se pretende en el Registro Civil no debe ser contraria a la legalidad española, como bien establece el art. 23 LRC. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 insiste en la equivocada doctrina sostenida inicialmente en la Resolución de 18 de febrero de 2009, ofreciendo una insólita solución jurídica que quiebra el principio de legalidad del sistema registral español, mermando la seguridad jurídica que constituye el fin básico del Registro Civil en España¹⁶⁹.

Es verdad que el requisito de la legalidad se exige en el caso de exequátur, pues el art. 954 LEC establece que las ejecutorias tendrán fuerza en España si se cumple el requisito de que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España. Luego en caso de que se inste mediante exequátur el reconocimiento de una resolución judicial extranjera, el control de legalidad conforme a la ley española está asegurado, denegándose la inscripción. Sin embargo, dicho control no está asegurado en el caso del reconocimiento incidental por parte del Encargado del Registro, pues, como hemos visto, el requisito de la legalidad no es una de las exigencias a constatar.

En esa enumeración de requisitos, la DGRN se olvida del requisito fundamental exigido por la ley española y por la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el control incidental del reconocimiento de las resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos análogos al de jurisdicción voluntaria en España: la conformidad del hecho o acto jurídico inscribible con la ley española. En el caso concreto que nos ocupa, el control de legalidad supone examinar por la autoridad competente, si la determinación de la filiación derivada de maternidad subrogada por resolución extranjera en trámite de jurisdicción voluntaria o procedimiento análogo es conforme a la legalidad española, que no lo es¹⁷⁰.

En la Instrucción de 5 de octubre de 2010 falta una referencia al orden público español, ya que lo que realmente está en la base de la decisión extranjera cuya eficacia

¹⁶⁹ Esta es la opinión de SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, en http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html Día de la consulta: 29.03.2013.

¹⁷⁰ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., *ob. cit.* Día de la consulta: 29.03.2013.

extraterritorial se pretende en España es el establecimiento de una filiación que colisiona con una prohibición de nuestro ordenamiento¹⁷¹.

Considero que la función de seguridad jurídica y la presunción de veracidad y de legalidad de los hechos y actos inscritos que cumple el Registro Civil es tan importante que, en ningún caso, puede obviarse el control de legalidad del art. 23 LRC. De no ser así, podrían acceder al Registro Civil hechos que no fueran veraces o legales¹⁷².

Además, la DGRN no sólo se olvida de exigir el requisito de la legalidad, sino que obvia por completo el hecho de que en España la aplicación de las reglas generales remiten al correspondiente juicio civil verbal a fin de ejercitar la acción de reclamación de la filiación paterna biológica, procedimiento jurisdiccional que en España no integra en ningún caso la jurisdicción voluntaria¹⁷³.

Por otra parte, en mi opinión, parece que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 en lugar de ofrecer una solución general al problema de la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución, ofrece una solución concreta al caso que dio lugar a la Resolución de 18 de febrero de 2009, o más aún, que tiene como objetivo permitir el acceso al Registro Civil de todos aquellos casos de maternidad subrogada que hayan tenido lugar en EE.UU, dado que es el país al que más suelen acudir los españoles, pues la directrices expuestas por la DGRN en dicha Instrucción, en la práctica suponen la inscripción en nuestro Registro Civil de la resolución judicial dictada en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (que curiosamente, sería el caso de EE.UU), exigiendo a las resoluciones judiciales dictadas en procesos de naturaleza contenciosa el correspondiente exequátur que, como hemos visto, exige el control de legalidad, lo cual conlleva la denegación automática de la inscripción de tal resolución en nuestro Registro Civil¹⁷⁴.

La doctrina de la DGRN supone en la práctica que toda resolución judicial extranjera de estado civil dictada en procedimiento de jurisdicción voluntaria o procedimiento análogo es directamente inscribible en el Registro Civil español si el Encargado del

¹⁷¹ GUZMÁN, M., *ob. cit.*, pág. 52.

¹⁷² En el mismo sentido se manifiesta QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *ob. cit.*, pág. 14.

¹⁷³ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., *ob. cit.* Día de la consulta: 29.03.2013.

¹⁷⁴ En este sentido, *vid.* ALBERT MÁRQUEZ, M., *ob. cit.* pág. 7.

Registro Civil controla previamente que se cumplen los requisitos de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, aunque no sea conforme con la ley española¹⁷⁵.

Por lo tanto, en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la DGRN si bien cambia el criterio mantenido en la Resolución de 18 de febrero de 2009, continúa admitiendo la posibilidad de inscribir en el Registro Civil los nacimientos producidos en el extranjero consecuencia de un contrato de gestación por sustitución¹⁷⁶.

Un aspecto que conviene resaltar es el hecho de que en la Exposición de Motivos de la Instrucción se expone que, para que la filiación derivada de gestación por sustitución tenga acceso al Registro Civil español, es necesario que “uno de los progenitores sea de nacionalidad española”, en relación con lo dispuesto en el art. 10.3 LTRHA, que *“permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna”*. Sin embargo, la primera directriz de la Instrucción exige únicamente resolución judicial extranjera que determine la filiación del nacido, sin exigir que uno de los progenitores sea de nacionalidad española. Si atendemos a la primera directriz, puede ocurrir que se determine la filiación únicamente en base al convenio de gestación por sustitución, aunque el material reproductor sea ajeno a los padres contratantes, resultado que precisamente parece que quiere evitar. La exigencia de que uno de los padres contratantes sea progenitor excluye los casos de intervención exclusiva de personas ajenas en la inseminación artificial o en el embarazo de la madre gestante y puede fundamentarse en la idea de que el convenio de maternidad subrogada sólo sería concebible como instrumento para el logro de la paternidad biológica de, al menos, uno de los miembros de la pareja, aspiración que, de otro modo, no sería posible, por la incapacidad de gestar¹⁷⁷.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 ha desatado un alud de críticas. Un número importante de autores consideran que dicha Instrucción es totalmente incompatible con la legislación española.

¹⁷⁵ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., *ob. cit.* Día de la consulta: 29.03.2013.

¹⁷⁶ SALAS CARCELLER, A., *ob. cit.*, pág. 12; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, pág. 375.

¹⁷⁷ En este sentido, VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada...”, *cit.*, págs. 8 y 9.

En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ opina que “la Instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues en realidad, pretende que cuanto la Ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque sólo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de ocurrencias ministeriales de urgencia”. Para este autor, la Instrucción altera gravemente el sistema de fuentes constitucionalmente establecido¹⁷⁸.

Apoyando esta línea de argumentación, en mi opinión acertada, JIMÉNEZ MARTÍNEZ entiende que “la DGRN en una Instrucción que, curiosamente ha sido dictada pocos días después de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, vuelve a utilizar el principio general de la protección del interés del menor para justificar una posición similar a la mantenida en la Resolución de 2009 y permitir así, lo que a mi juicio supone un fraude de ley, esto es la posibilidad de inscribir en el Registro Civil el nacimiento y la filiación a favor de un español de los niños nacidos en el extranjero como consecuencia de la existencia de un contrato de maternidad subrogada. Por ello, considero que el contenido de la citada resolución no respeta la regulación contenida en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que por vía reglamentaria pretende resolver un problema para el que no tiene competencia”. Continúa su argumentación destacando que el hecho de que “la Resolución de la DGRN infrinja claramente el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 de la CE justifica que se predique su nulidad”¹⁷⁹.

Para DE VERDA Y BEAMONTE “la Instrucción no es correcta porque, en definitiva, está prestando cobertura administrativa a un turismo reproductivo, el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10.1 de la LTRHA), que, claramente, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma ésta, que creo que debe ser considerada de orden público; y ello, en la medida en que responde al principio, común en los países de la Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer,

¹⁷⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *ob. cit.*, pág. 12.

¹⁷⁹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *ob. cit.*, págs. 376 y 377.

porque esto supondría poner en el comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad”¹⁸⁰.

Asimismo, continúa diciendo con buen criterio, “podría replicarse que en la actualidad la idea de orden público atenuado permite reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones desconocidas en nuestro Derecho. Esta idea ha posibilitado, por ejemplo, que, existiendo varias mujeres unidas a un único varón, el matrimonio pueda ser tenido en cuenta en orden a la percepción de una pensión de viudedad (...). Sin embargo, en estos casos, no se admite la recepción sustantiva de la institución misma, es decir, no se permite la inscripción de un matrimonio en el que los cónyuges sean más de dos personas (...) No es que la Instrucción pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible”¹⁸¹.

Una crítica realmente interesante es la realizada por VELA SÁNCHEZ, que considera que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 supone una discriminación evidente entre los españoles que tienen medios o recursos económicos para acceder a un convenio de gestación por sustitución en país extranjero y aquellos que no, o, incluso, que pretenden realizar dicho contrato en España. Según este autor, el principio fundamental de igualdad de todos los españoles sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier condición o circunstancia personal o social (art. 14 CE) impide la aplicación de esta Instrucción en nuestro país por ser inconstitucional. El interés superior del menor, que tanto peso tiene para la DGRN, en ningún caso puede servir para encubrir actuaciones contrarias a nuestro ordenamiento, máxime cuando el mismo ordenamiento español proporciona vías legales para normalizar la situación: la vuelta del menor con su madre biológica, el acogimiento o la adopción¹⁸².

Por su parte, para FERNÁNDEZ SANCHO-TAHOSES resulta sorprendente que, siendo la maternidad subrogada una práctica prohibida en España, se reconozca por un tribunal español una resolución extranjera que sí lo permite, máxime si ha sido dictada en el marco de un procedimiento contencioso sobre un objeto que se plantea ilícito en

¹⁸⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, *ob. cit.*, pág. 9.

¹⁸¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, *loc. ult. cit.*

¹⁸² VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada...”, *cit.*, pág. 8 y “De nuevo sobre la regulación...”, *cit.*, pág. 9.

España. Y lo mismo puede decirse en caso de que no hubiese necesidad de exequátur porque la resolución judicial extranjera haya sido dictada en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. En opinión de la autora, con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 se ha regulado la inscripción en el Registro de los nacidos en el extranjero mediante una práctica que en España es ilegal¹⁸³.

Otros autores, por el contrario, se manifiestan a favor de permitir la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada, no ya en la línea marcada por la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sino en la de la Resolución de 18 de febrero de 2009, que en su opinión, exige unos requisitos más laxos¹⁸⁴.

3.3. CASOS EN LOS QUE SE HA APLICADO LA DOCTRINA DE LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.

Existen casos en los que se ha aplicado la doctrina de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, pudiéndose agrupar estos de la siguiente manera: por un lado, los que han dado lugar a pronunciamientos de la DGRN, es decir, a Resoluciones; y por otro lado, los que han dado lugar a pronunciamientos judiciales.

a) Casos que han dado lugar a Resoluciones de la DGRN.

Tras la publicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, los Encargados de Registros Civiles consulares (sobre todo en EE.UU y la India) han seguido denegando la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida

¹⁸³ FERNÁNDEZ SANCHO-TAHOSES, A., *ob. cit.*, pág. 19.

¹⁸⁴ *Vid. ut supra* Capítulo II, apartado 1.2. Argumentos de la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009 y críticas a la misma. Critican esta Instrucción y en este sentido CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Notas crítica en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2011, Vol. 3, nº 1, págs. 247-262.

en el extranjero mediante maternidad subrogada en base a que la ley posee mayor rango normativo que la Instrucción y por ende, prevalece sobre ésta¹⁸⁵.

Dichas denegaciones consulares dieron lugar a recursos interpuestos por los interesados ante la DGRN, la cual finalmente se pronunció bien permitiendo bien denegando la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución, en función de si se cumplen o no los requisitos exigidos por la Instrucción, es decir, si se presenta o no resolución judicial extranjera como documento apto para la inscripción. Las Resoluciones que he conocido hasta el momento son las siguientes:

- RDGRN núm. 1/2011, de 3 de mayo (1ª) (JUR 2012, 107637).

En este caso, el Encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción alegando falta de competencia y vulneración del art. 10 LTRHA. Interpuesto recurso por los interesados, la DGRN revocó la calificación consular impugnada, afirmando la competencia del Registro Civil Consular español de Los Ángeles para la inscripción del nacimiento (arts. 1, 15 y 16 LRC) y acordando la inscripción en el Registro de una hija nacida de una madre subrogada, a partir del material genético de ambos recurrentes y de una mujer donante distinta de la madre gestante por cumplirse todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por lo que no cabe apreciar motivo alguno para denegar el reconocimiento de la Sentencia de la Corte Superior del Estado de California.

- RDGRN núm. 4/2011, de 6 de mayo (4ª) (JUR 2012, 110698).

En este caso, el Encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción alegando vulneración del art. 10 LTRHA. Interpuesto recurso por los interesados, la DGRN revocó la calificación consular impugnada, acordando la inscripción por la que se constituye una relación de

¹⁸⁵ En este sentido, *vid.* “La situación legal en España de los niños de “vientre de alquiler”: ¿pueden o no ser registrados?” en <http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/vientre-de-alquiler/registro-civil/bebes/> y “Paternidad atrapada en la India” en el diario El Mundo, martes 27 de agosto de 2013, pág. 11.

filiación a favor de un ciudadano español y un ciudadano francés en el Registro civil español de dos hijos nacidos de una madre subrogada, a partir del material genético de uno de los recurrentes y de una mujer donante anónima por cumplirse todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por lo que no cabe apreciar motivo alguno para denegar el reconocimiento de la Sentencia de la Corte Superior del Estado de California.

- RDGRN núm. 5/2011, de 6 de mayo (5ª) (JUR 2012, 114782).

Este caso versa sobre un hombre solo que viaja a la India con el fin de tener un hijo mediante maternidad subrogada. El Encargado del Registro Civil consular en Mumbai (República India) deniega la inscripción de la filiación alegando vulneración del art. 10 LTRHA. Interpuesto recurso ante la DGRN, ésta se pronunció denegando la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución en base a que el interesado pretendía inscribirla aportando únicamente el certificado registral de nacimiento del menor, cuando los requisitos de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 exigen resolución judicial extranjera.

- RDGRN núm. 6/2011, de 6 de mayo (6ª) (JUR 2012, 147776).

El Encargado del Registro Civil consular en Chicago denegó la inscripción alegando vulneración del art. 10 LTRHA. Interpuesto recurso por los interesados, la DGRN revocó la calificación consular impugnada, acordando la inscripción del nacimiento y filiación en el Registro Civil de un hijo nacido de una madre subrogada, a partir del material genético de uno de los recurrentes por cumplirse todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por lo que no cabe apreciar motivo alguno para denegar el reconocimiento de la resolución dictada por autoridad extranjera.

- RDGRN núm. 1/2011, de 9 de junio (1ª) (JUR 2012, 151437).

En este caso, el Encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción alegando falta de competencia del Registro consular de Los

Ángeles y vulneración del art. 10 LTRHA. Interpuesto recurso por los interesados, la DGRN revocó la calificación consular impugnada, afirmando la competencia del Registro Civil Consular español de Los Ángeles para la inscripción del nacimiento y filiación, partiendo de la equiparación de los hijos con independencia de su filiación e identidad de razón, y acordando la inscripción en el Registro de un hijo nacido de una madre subrogada en California por cumplirse todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por lo que no cabe apreciar motivo alguno para denegar el reconocimiento de la Sentencia de la Corte Superior del Estado de California.

- RDGRN núm. 2/2011, de 9 de junio (2ª) (JUR 2012, 151438).

El Encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción alegando falta de competencia del Registro Civil consular de Los Ángeles y vulneración del art. 10 LTRHA. Interpuesto recurso por los interesados, la DGRN revoca la calificación impugnada, afirmando la competencia del Registro Civil Consular español de Los Ángeles para la inscripción del nacimiento y filiación (arts. 1, 15 y 16 LRC) y acordando la inscripción en el Registro de un niño nacido de una madre subrogada en California, a partir del material genético de ambos recurrentes, por cumplirse todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por lo que no cabe apreciar motivo alguno para denegar el reconocimiento de la Sentencia de la Corte Superior del Estado de California.

- RDGRN núm. 3/2011, de 9 de junio (3ª) (JUR 2012, 151439).

Este caso versa sobre un hombre solo que acude a EE.UU para ser padre de dos hijas mediante gestación por sustitución. El Encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción en base al art. 10 LTRHA. Interpuesto recurso por el interesado, la DGRN revocó la calificación consular impugnada, acordando la inscripción en el Registro de dos hijas nacidas de una madre subrogada y de una mujer donante distinta de la madre gestante por cumplirse todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por lo que no cabe apreciar

motivo alguno para denegar el reconocimiento de la Sentencia de la Corte Superior del Estado de California.

- RDGRN núm. 1/2011, de 27 de junio (1ª) (JUR 2012, 151441).

El Encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción alegando falta de competencia del Registro Civil consular y vulneración del art. 10 LTRHA. Interpuesto recurso por los interesados, la DGRN revocó la calificación consular impugnada, afirmando la competencia del Registro Civil Consular español de Chicago para la inscripción del nacimiento y filiación y acordando la inscripción en el Registro de un hijo nacido de una madre subrogada en Illinois, a partir de material genético de uno de los recurrentes y de una mujer donante distinta de la madre gestante.

- RDGRN núm. 2/2011, de 23 de septiembre (2ª) (JUR 2012, 168312).

Este caso versa sobre un hombre solo que viaja a la India con el fin de tener dos hijos mediante maternidad subrogada. El Encargado del Registro Civil consular en Mumbai (República India) deniega la inscripción de la filiación alegando vulneración del art. 10 LTRHA. Interpuesto recurso ante la DGRN, ésta se pronunció denegando la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución en base a que el interesado pretendía inscribir la filiación de los menores no aportando resolución judicial extranjera que garantizara que no se ha vulnerado el interés superior de los menores y que recoja el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante, como exige la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

- RDGRN núm. 4/2011, de 23 de septiembre (4ª) (JUR 2012, 168313).

En este caso, el Encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción alegando falta de competencia del Registro Civil consular y vulneración del art. 10 LTRHA. Interpuesto recurso por los interesados, la DGRN revoca la calificación consular impugnada, acordando la inscripción del nacimiento y filiación en el Registro Civil, al haber

obtenido un nacional español y otro de nacionalidad alemana la paternidad de una menor nacida en California mediante la técnica de gestación por sustitución, y cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por lo que no cabe apreciar motivo alguno para denegar el reconocimiento de la resolución dictada por autoridad extranjera.

- RDGRN núm. 5/2011, de 23 de septiembre (5ª) (JUR 2012, 168314).

El Encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción alegando que la filiación no ha quedado determinada conforme a las normas de Derecho español. Interpuesto recurso por los interesados, la DGRN revocó la calificación consular impugnada, acordando la inscripción del nacimiento y filiación en el Registro Civil, al haber obtenido dos nacionales españoles la paternidad de una menor nacida en California mediante la técnica de gestación por sustitución, y cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por lo que no cabe apreciar motivo alguno para denegar el reconocimiento de la resolución dictada por autoridad extranjera, ya que lo que se pretende del Encargado del Registro Consular es que inscriba una relación de filiación previamente declarada por una autoridad judicial extranjera (en este caso californiana), es decir, una tutela por reconocimiento de las autoridades españolas.

- RDGRN núm. 1/2011, de 12 de diciembre (1ª) (JUR 2012, 307191).

Este caso versa sobre una pareja heterosexual, ambos de nacionalidad española, que recurren a la técnica de gestación por sustitución en Ohio (EE.UU). Producido el nacimiento de la menor, vuelven a España y solicitan la inscripción de nacimiento y de la filiación paterna y materna matrimonial en el Registro Civil Central, cuyo Encargado, previo informe negativo del Ministerio Fiscal, lo deniega por no quedar acreditada la verdadera filiación biológica de la menor. Interpuesto recurso por los interesados, la DGRN se pronunció permitiendo la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero

mediante gestación por sustitución al cumplirse todos los requisitos exigidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

- RDGRN núm. 4/2011, de 22 de diciembre (4ª) (JUR 2012, 307190).

Este caso versa sobre una pareja heterosexual, de nacionalidad española, que recurre a la técnica de gestación por sustitución en EE.UU. Tras denegarse la inscripción por el Encargado del Registro Civil consular e interpuesto recurso ante la DGRN, ésta se pronunció permitiendo la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante maternidad subrogada al cumplirse los requisitos exigidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por lo que procede el reconocimiento de la resolución judicial extranjera.

Las citadas Resoluciones ponen fin al recurso interpuesto por los interesados contra la calificación jurídica inicial realizada por el Encargado del Registro Civil consular de España en el país en que se ha realizado la gestación por sustitución, denegando, acertadamente, en mi opinión, la inscripción de dicha filiación por ser contraria a la ley española.

Los casos en los que la DGRN se ha pronunciado denegando la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante maternidad subrogada, son los casos procedentes de la India. En estos supuestos, aunque la denegación de la inscripción es fruto de la aplicación de la doctrina de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, pues los interesados no presentaron para inscribir la filiación la resolución judicial extranjera, como se exige, el resultado final es el adecuado, no vulnerándose la legalidad española. Considero que la denegación de la inscripción tenía que haber sido consecuencia de la aplicación de la ley española. No obstante, a pesar de que no se siguió esta vía, el resultado final fue el mismo: la denegación de la inscripción.

Por el contrario, la DGRN se ha pronunciado permitiendo la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante maternidad subrogada en los casos procedentes de EE.UU. Considero que el Ministerio Fiscal tenía que haber interpuesto demanda ante el órgano jurisdiccional

competente solicitando la cancelación de la inscripción en aras de la legalidad española (art. 23 LRC y art. 10 LTRHA). Es más, en mi opinión, sería adecuado que se dictara una Instrucción por parte del Ministerio de Justicia que ordenara a todos los Fiscales a que interpusieran demanda en estos casos con el fin de evitar la entrada a nuestro Registro Civil de una filiación prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

Al estimar los recursos interpuestos, todos ellos relativos a casos de origen estadounidense, la DGRN ordena al Encargado del Registro Civil consular que practique las inscripciones de nacimiento de los menores nacidos en el extranjero con la filiación determinada en el extranjero en el Registro Civil español.

Algunas de las citadas Resoluciones resuelven en primer lugar el problema de competencia planteado por los Encargados de los Registros Civiles consulares en el extranjero, afirmando la competencia del Registro Civil consular español para la inscripción del nacimiento y filiación, procediendo, por tanto, a revocar la calificación impugnada.

Añádase un dato de interés, que es que en los Registros Civiles consulares no hay Ministerio Fiscal, siendo el Canciller quien ejerce las funciones de esta figura¹⁸⁶.

Una vez eliminada la primera objeción sobre la competencia, la DGRN entra a examinar el segundo de los motivos por el que los Encargados del Registro Civil consular se niegan a practicar la inscripción solicitada: si tiene eficacia en España una filiación determinada en el extranjero por gestación por sustitución respecto a progenitores españoles.

Al examinar el segundo de los defectos expresados en la nota de calificación basado en la supuesta vulneración del art. 10 LTRH, la DGRN concluye que tal defecto no puede ser confirmado, y aplicando su propia Instrucción, no duda en reconocer la eficacia en España de la resolución judicial estadounidense mediante su directa homologación e inscripción en el Registro Civil español.

¹⁸⁶ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., *ob. cit.* Día de la consulta: 6.7.2013.

Para ello se basa en el siguiente argumento: que no hace falta exequátur judicial porque es una resolución extranjera obtenida en jurisdicción voluntaria o procedimiento análogo.

La doctrina del Tribunal Supremo en relación con el control incidental de las resoluciones extranjeras en jurisdicción voluntaria se aplica cuando en España también el procedimiento judicial adecuado es la jurisdicción voluntaria. Así, la constitución de la adopción en España se tramita en jurisdicción voluntaria, por lo tanto, la resolución extranjera, judicial, administrativa, notarial, etc en la que conforme a la aplicación de la ley extranjera se constituya la adopción internacional por autoridad extranjera competente, puede ser homologada por la autoridad española competente, generalmente el Juez Encargado del Registro Civil (art. 29 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional), sin necesidad de acudir al exequátur judicial, siempre que concurren los requisitos exigidos en la propia Ley 54/2007, enumerados en el art. 26, y que la adopción constituida por autoridad extranjera judicial o no judicial, equivalga en cuanto a sus efectos con la adopción española¹⁸⁷.

Por el contrario, cuando tenemos por ejemplo un divorcio administrativo o notarial de una autoridad extranjera conforme a la ley del país en el que se resuelve el matrimonio, la DGRN ha venido exigiendo el exequátur judicial de dicho documento administrativo, dado que en España el divorcio sólo es judicial¹⁸⁸.

La aplicación de las reglas generales en España remiten al correspondiente juicio civil verbal a fin de ejercitar la acción de reclamación de la filiación paterna biológica, procedimiento jurisdiccional que en España no integra en ningún caso la jurisdicción voluntaria, luego no procedería el reconocimiento incidental de la resolución. Habría que instar el correspondiente exequátur con aplicación del art. 954 LEC¹⁸⁹.

¹⁸⁷ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., *ob. cit.* Día de la consulta: 6.7.2013.

¹⁸⁸ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., *ob. cit.* Día de la consulta: 6.7.2013. En este sentido BONILLO GARRIDO, L.: “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, en *Diario La Ley*, nº 8070, Sección Tribuna, 25 de abril de 2013, año XXXIV, pág. 1.

¹⁸⁹ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., *ob. cit.* Día de la consulta: 6.7.2013.

Como puede observarse, no todas las Resoluciones de la DGRN en las que se ha aplicado la doctrina de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 se han pronunciado permitiendo la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. En los casos que se han producido en la India, dicha inscripción ha sido finalmente denegada por dicho Centro Directivo, al no cumplirse los requisitos exigidos por la Instrucción, pues los interesados pretendían inscribir la filiación surgida en la India mediante maternidad subrogada no aportando resolución judicial extranjera (en uno de ellos se instaba la inscripción presentado certificado registral de nacimiento). Ante la ausencia de dicho documento, la DGRN no permitió la inscripción de los menores en el Registro Civil.

En mi opinión, la DGRN es coherente y aplica en todos los casos que se le plantean la doctrina de la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Sin embargo, como ya he expuesto, el reconocimiento incidental que se exige en dicha Instrucción para las resoluciones que provienen de procedimientos de jurisdicción voluntaria adolece del control de legalidad, lo cual conlleva que se permita la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución cuando ésta haya sido determinada en un proceso de jurisdicción voluntaria, que en la práctica se traduce en permitir el acceso de los casos que han tenido lugar en EE.UU.

Por otra parte, cabe mencionar que cuando la DGRN deniega la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante maternidad subrogada, no la deniega en un claro ejercicio y respeto de la legalidad española, sino que dicha denegación es fruto de la aplicación de la doctrina de su propia Instrucción. Aunque el resultado final sea el mismo que si se hubiera aplicado la legalidad española, no puede olvidarse que la coincidencia de resultados es producto de la casualidad y no de la aplicación de la ley, como, en mi opinión, debería ser.

b) Casos que han dado lugar a pronunciamientos judiciales.

Aunque la ley española prohíbe expresamente el contrato de gestación por sustitución, lo cierto es que los juzgados españoles, siguiendo la doctrina de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, están homologando las sentencias norteamericanas que determinan la filiación surgida en EE.UU mediante maternidad subrogada¹⁹⁰.

Buen ejemplo de ello, y además reciente, es el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm. 1, de Pozuelo de Alarcón (Provincia de Madrid), de 25 de junio de 2012 (AC 2013, 281), en el que se acuerda el procedimiento de exequátur de la resolución judicial extranjera.

En este caso una madre española de dos gemelos nacidos en 2009 en Los Ángeles (EE.UU) mediante gestación por sustitución ha conseguido que el Registro Civil inscriba a los menores como hijos biológicos suyos. Para ello ha tenido que aportar la resolución de un juzgado de primera instancia (en este caso, de Pozuelo de Alarcón) homologando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de California, Condado de San Diego, por la que se validaba la filiación¹⁹¹.

Otra línea jurisprudencial que están siguiendo los tribunales y que no está estrictamente basada en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (aunque puede que sigan su doctrina de manera tangencial) es la de otorgar la prestación de maternidad por parto a aquellas personas que han tenido hijos en el extranjero mediante gestación por sustitución, en base a que se trata de una figura asimilada a la maternidad por nacimiento de hijo, tales como la adopción y el acogimiento familiar, que están claramente asimiladas por el legislador como figuras que generan derecho a la suspensión del contrato de trabajo en donde “ambos progenitores” pueden disfrutar del período de suspensión, simultánea o sucesivamente. Buenos ejemplos de esta línea jurisprudencial son la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), núm. 668/2012, de 18 de octubre (AS 2012, 2503), y la Sentencia del Tribunal

¹⁹⁰ BONILLO GARRIDO, L., *ob. cit.*, pág. 2.

¹⁹¹ *Vid.* EUROPA PRESS: “El Registro Civil inscribe por primera vez a unos gemelos nacidos de madre de sustitución”, en *Diario La Ley*, nº 8054, Sección Hoy es Noticia, 3 de abril de 2013, págs. 1-2.

Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2320/2012, de 20 de septiembre (AS 2012/2485)¹⁹².

4. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011.

Tras el fallo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, los interesados interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia que, con fecha de 23 de noviembre de 2011, ratificó la decisión acordada por el Juzgado de Primera Instancia, de dejar sin efecto la inscripción realizada en el Registro Civil consular de Los Ángeles de la filiación surgida en EE.UU mediante maternidad subrogada.

¹⁹² El supuesto enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), núm. 668/2012, de 18 de octubre (AS 2012, 2503) es el siguiente: a una pareja de homosexuales se les denegó por parte del INSS el disfrute de la prestación de maternidad por parto en base a que, al ser ambos varones, era biológicamente imposible que cualquiera de ellos pudiera beneficiarse de tal prestación. Dicha pareja, que había tenido a la menor en Los Ángeles (EE.UU) mediante gestación por sustitución, inscribieron en el Registro Civil español la filiación biológica determinada en la sentencia judicial extranjera en virtud de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Ante la denegación de la prestación, interpusieron demanda, fallando el Juzgado de Primera Instancia que no había lugar al disfrute de la prestación de maternidad por parto pues la razón de ser de ésta es el descanso y la interrupción del contrato de trabajo para aquella mujer que ha dado a luz, situación que no se ha producido al ser ambos varones. Por otro lado, la pareja de varones no había solicitado el acogimiento o la adopción de la menor, pues constaban inscritos como padres biológicos de ésta, luego tampoco cabía aplicar por analogía estas figuras y otorgar la prestación. Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid falló a su favor y les otorgó la prestación de maternidad en base a que, si bien es verdad que no puede otorgarse la prestación de maternidad por parto al no haber dado a luz ninguno de ellos, no es menos cierto que puede otorgarse por analogía la prestación de maternidad derivada de acogimiento y adopción pues cumple la misma finalidad: el cuidado del menor.

Cabe mencionar que la inscripción en el Registro Civil de este supuesto de filiación surgida mediante maternidad subrogada en EE.UU es precisamente el de la RDGRN núm. 1/2011, de 3 de mayo (1ª) (JUR 2012, 107637), ya explicado.

En cuanto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2320/2012, de 20 de septiembre (AS 2012/2485), versa sobre un supuesto muy parecido al anterior, sólo que en lugar de tratarse de una pareja de varones homosexuales, se trata de una pareja heterosexual. En este caso, la mujer solicitó la prestación de maternidad por parto, la cual le fue denegada por el INSS en base a que dicha prestación está dirigida a aquellas mujeres que han dado a luz, situación que no se ha producido pues el menor nació en el extranjero mediante gestación por sustitución. Aunque el Juzgado de Primera Instancia sí se la otorgó, el INSS recurrió en suplicación. Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias otorgó la prestación de maternidad a la mujer, si bien la derivada de las figuras de acogimiento y adopción por aplicación analógica, pues no cabe otorgar la prestación de maternidad por parto al no haber dado a luz ésta.

4.1. EL DOBLE CONTROL DE LEGALIDAD Y REALIDAD DEL ART. 23 LRC.

El primero de los argumentos que esgrime la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), núm. 826/2011, de 23 de noviembre (AC 2011, 1561) se desprende del texto del art. 23 de la LRC que dice que *“las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”*. Dicho argumento ya fue utilizado por el Juzgado de Primera Instancia y por el Ministerio Fiscal al presentar la demanda que inició el procedimiento, y consiste en que el texto de la ley manifiesta un impedimento claro para la inscripción de la filiación certificada por los funcionarios estadounidenses consistente en ser contraria a la legalidad española, y en concreto con el art. 10 LTRHA, que declara la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. Asimismo, continúa diciendo que ni el art. 81 ni el 85 RRC pueden ser invocados para contrariar lo dispuesto por el precepto legal transcrito, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 CE. Por lo tanto, previamente a acordar su inscripción, la certificación extranjera tiene que superar un control de legalidad que deriva del art. 23 LRC¹⁹³.

Como ya estimó acertadamente el Juzgado de Primera Instancia, en ningún caso una norma de rango inferior puede contradecir lo dispuesto en una de rango superior, en virtud del principio de jerarquía normativa que impera en nuestro ordenamiento jurídico. Luego, los arts. 81 y 85 RRC no son de aplicación, y sí lo es el art. 23 LRC, el cual impone claramente los criterios de realidad y legalidad del hecho inscrito; requisitos que, como ya se ha comentado, no se cumplen pues, por un lado, en el estado actual de la ciencia resulta imposible la filiación biológica por parte de dos varones, y por otro lado, los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en nuestro ordenamiento en virtud del art. 10 LTRHA.

¹⁹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico I.

4.2. LA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

El segundo de los argumentos que utiliza la Audiencia Provincial es que la inscripción de la certificación registral californiana supondría una infracción del orden público internacional español, tal como prescriben para sus respectivos ámbitos los arts. 954.3 LEC 1881, 23 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y 34.1 del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que establecen claramente que, en ningún caso, serán de aplicación las leyes extranjeras o las decisiones o resoluciones judiciales que no sean lícitas en España¹⁹⁴.

Para la Audiencia Provincial, las razones que llevan a afirmar que existiría vulneración del orden público internacional español coinciden con las que llevaron al legislador español a prohibir, en su día, el contrato de gestación por sustitución. En palabras de la propia sentencia, “se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o la propia dignidad de la persona, principios reflejados, además de en el art. 10.1 CE, en su art. 15, que reconoce el derecho a la integridad moral, en el art. 39.2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualesquiera que sea su estado civil, el art. 1271 CC, que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el art. 1275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita.

¹⁹⁴ Art. 954.3 LEC: “(...) las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: (...) 3. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España. (...)”.

Art. 23 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: “En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español”.

Art. 34.1 del Reglamento CE N°44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: “Las decisiones no se reconocerán: 1) Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido. (...)”.

Incluso puede considerarse al art. 10 LTRHA como una norma de policía, en el sentido del art. 9.1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”¹⁹⁵.

4.3. EL FRAUDE DE LEY EN SU VERTIENTE PROCESAL.

El tercero de los argumentos alude a la existencia de fraude de ley por parte de los recurrentes. Para la Audiencia Provincial, “la conexión previa de los demandantes con el Estado de origen que ha dictado la decisión es inexistente, porque los dos son ciudadanos españoles que buscaron la jurisdicción extranjera mediante la suscripción de un contrato de gestación por sustitución que posibilitó a las autoridades de California determinar la filiación de los menores nacidos allí aplicando sus propias normas de conflicto, huyendo tanto de la aplicación de la norma de conflicto española, como de los más exigentes requisitos que establecen otras legislaciones que admiten el contrato de gestación por maternidad subrogada”¹⁹⁶.

Como puede observarse, la opinión de la Audiencia Provincial sigue, acertadamente, la línea de la del Juzgado de Primera Instancia al afirmar la existencia de fraude de ley en su vertiente procesal o Forum Shopping Fraudulento. En palabras de la propia sentencia, que suscribo en su totalidad, “no puede decirse que los demandados hayan utilizado una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, como prevé el art. 12.4 CC, sino que, simplemente hay indicios consistentes para pensar que han huido de ella, poniendo la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas mediante el desplazamiento a aquel Estado y la suscripción allí de un

¹⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico II.

Art. 9.1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”.

¹⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico III.

contrato permitido según la ley de California, que tiene por objeto además una materia, como es la filiación y el estado civil, caracterizado por la indisponibilidad”¹⁹⁷.

Como ya he expuesto en apartados anteriores, considero que los recurrentes no incurrieron en fraude de ley sustantivo, que sería el contemplado en el art. 12.4 CC, pues no utilizaron una norma de conflicto con el fin de eludir la ley imperativa española. Sin embargo, sí que incurrieron en fraude de ley en su vertiente procesal o Forum Shopping Fraudulento al situar la cuestión ante un Estado con el que no tenían conexión alguna con el fin de huir de la ley española al ser la estadounidense más favorable a este respecto¹⁹⁸.

4.4. LA NO APLICACIÓN AL SUPUESTO DE LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.

Del Fundamento Jurídico III de la Sentencia de la Audiencia Provincial se extrae la idea de que los apelantes, ante la publicación en el transcurso del procedimiento de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, alegaron la inscripción de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución, al permitir dicha Instrucción llevarla a cabo presentando la resolución judicial que determinó la filiación de los nacidos. Sin embargo, la Audiencia Provincial refutó tal argumento en base a que, si bien es verdad que la certificación californiana ha sido expedida por orden de una previa decisión judicial, no es menos cierto que dicha resolución judicial no consta en el procedimiento, ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no es posible aseverar que, conforme a la nueva Instrucción, la filiación californiana de los menores se inscribiría en el Registro Civil español.

¹⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico III.

¹⁹⁸ Sobre esta materia, *vid. ut supra* Capítulo II, apartado 1.2.4. El fraude de ley, y apartado 2.3.4. El fraude de ley en su vertiente procesal.

4.5. LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y LA MODALIDAD DE LA GESTACIÓN.

Otro argumento refutado por la Audiencia Provincial es que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia implique una infracción del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo, consagrados en el art. 14 CE, en cuanto que el art. 7.3 LTRHA permite la inscripción en el Registro de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no se permite la inscripción a favor de dos hombres. Para la Audiencia Provincial, las parejas formadas por dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación, de modo que no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual. Además, siguiendo la línea del Juzgado de Primera Instancia, en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución para tener un hijo también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, que la ley española considera nula. Lo contrario supondría afirmar la inconstitucionalidad del art. 10 LTRHA, lo que no se ha hecho, ni tendría suficiente base jurídica¹⁹⁹.

4.6. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ATENUADO.

Otro de los argumentos refutados por la Audiencia Provincial es el sostenido en la RDGRN de 18 de febrero de 2009 relativo a la aceptación por parte del ordenamiento jurídico español de los efectos derivados de figuras prohibidas en nuestro país, como por ejemplo la poligamia. Para dicha Resolución y para los recurrentes, deberían aceptarse los efectos derivados de la certificación registral californiana, pues el contrato

¹⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico IV. En esta línea, VELARDE D'AMIL (*ob. cit.*, pág. 65) opina que “lo que se está permitiendo es la inscripción de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres porque, en principio, no necesitan recurrir a otra mujer para procrear. Por el contrario, no puede admitirse la inscripción de la filiación por naturaleza a favor de dos hombres porque, biológicamente, los hombres no pueden concebir ni procrear, por lo que no pueden figurar ambos como padres biológicos de los menores, ya que es inviable e imposible científicamente. De manera que la madre portadora será siempre la que lleva a cabo la gestación, ya que por mucho que haya avanzado la ciencia, un embrión viable no se convierte en un ser humano sin su implantación y anidamiento en el útero de una mujer”.

de gestación por sustitución ni se ha celebrado en España ni pretende ser ejecutado en España. La filiación establecida en California de los menores accede al Registro Civil español como una mera consecuencia última y periférica del contrato de gestación por sustitución. Es decir, abogan por una aplicación atenuada del orden público internacional español.

Sin embargo, la Audiencia Provincial opina que no puede equipararse “el supuesto que nos ocupa y los casos de instituciones no admisibles en el Derecho español, que sin embargo producen determinados efectos derivados de ellas, como es el caso de la poligamia, que puede dar lugar a la percepción de pensiones de viudedad (...) porque en el caso presente, lo que se solicita es la inscripción en el Registro Civil de algo mucho más vinculado al contrato prohibido, como es la filiación a que da lugar, mientras que el caso citado más arriba, se reconocen en España unos efectos considerablemente más alejados de la esencia de la institución prohibida. No se admite, en consecuencia, que como dicen los apelantes, la filiación sea sólo “una consecuencia última y periférica de dicho contrato”, sino que constituye su causa para los comitentes y el objeto de la prestación de la madre gestante, conforme al art. 1274 CC español, y por ello, un elemento esencial del mismo”²⁰⁰.

Como ya he manifestado en apartados anteriores, coincidiendo con el criterio de la Audiencia Provincial, la inscripción de unos menores nacidos como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada no es una consecuencia última y periférica de dicho contrato, sino la razón de ser o la causa del mismo. Luego la permisión de la inscripción de tales menores no supone atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está permitiendo la recepción sustantiva de la misma²⁰¹.

4.7. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LAS VÍAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

²⁰⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico IV.

²⁰¹ En este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *ob. cit.*, pág. 9.

Respecto al principio del interés superior del menor, la Audiencia Provincial afirma lo siguiente: “Es cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor, tanto por aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, que proclama este principio en su artículo 3, como por aplicación del artículo 39 de la CE o de las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, así como de las normas concordantes del Código Civil, pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (art. 10 LTRHA y art. 175 y siguientes del Código Civil)”²⁰².

Así pues, para la Audiencia Provincial, y siguiendo la línea del Juzgado de Primera Instancia, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir que la filiación conste a nombre de la pareja de varones. En ningún caso, la consecución de la inscripción de los menores puede legitimar actuaciones contrarias al propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el Derecho español establece.

No obstante, cabe destacar que la Audiencia Provincial, a diferencia del Juzgado de Primera Instancia, que simplemente las dejaba entrever, se atreve a concretar las vías que el ordenamiento jurídico español establece a tal efecto, que son el art. 10 LTRHA y los arts. 175 y siguientes del CC. Es decir, dado que el art. 10.3 de la LTRHA establece que “*queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”, la solución a la cuestión que ofrece la sentencia sería que, aquél varón que fuera el padre biológico de los menores ejercitara la acción de reclamación de paternidad y que, posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, los hijos fueran adoptados por el otro cónyuge, sin necesidad de mediar declaración de idoneidad.

En este sentido, hay que destacar que la ley española prevé en los apartados 2 y 3 del art. 10 LTRHA los mecanismos jurídicos para determinar la filiación de un menor nacido como consecuencia de gestación por sustitución. En consecuencia, la no

²⁰² Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico V.

aceptación del cumplimiento de estas medidas supondría una vulneración del principio de legalidad²⁰³.

Resulta interesante mencionar la opinión de la Audiencia Provincial sobre la defensa del principio del interés superior de menor, pues, a mi juicio, pone de manifiesto que dicho principio no tiene una única interpretación, como pretenden hacer creer tanto la Resolución de 18 de febrero de 2009 como los recurrentes. Según la Audiencia “también podría defenderse que la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio. La misma consideración puede hacerse respecto del respeto a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. No existe prueba alguna que acredite la afirmación de los recurrentes de que en el caso de que su pretensión no fuera estimada, el destino de los menores sería “ir a un orfanato o ser devueltos a los Estados Unidos donde también sufrirían un destino similar”,²⁰⁴.

La prohibición del contrato de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico tiene como finalidad primordial evitar que la vida de los menores pueda ser objeto de contrato, es decir, de transacción o de comercio entre los hombres. En este sentido, cabe citar el art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone que los Estados Partes adoptarán las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma²⁰⁵.

Asimismo, continúa diciendo que, tal como alega el Ministerio Fiscal en su oposición al recurso de apelación, la sentencia recurrida no atenta contra el derecho a la identidad única de los menores, pues éstos tienen la que resulta de la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil español si acceden a él de acuerdo con la ley. Es decir, que no tendrían identidades distintas dependiendo del país en que se encuentren, como dice la Resolución de 18 de febrero de 2009 y alegan los

²⁰³ VELARDE D’AMIL, Y., *ob. cit.*, pág. 64.

²⁰⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico V.

²⁰⁵ VELARDE D’AMIL, Y., *ob. cit.*, pág. 65.

recurrentes. Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que citan los recurrentes no tiene por objeto supuestos de gestación por sustitución²⁰⁶.

4.8. LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Al margen de los argumentos utilizados por la Audiencia Provincial para refutar el recurso de apelación interpuesto, resulta significativo que dicho tribunal se haya atrevido a esbozar una definición del convenio de gestación por sustitución indicando que “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”²⁰⁷. En mi opinión, resulta significativo porque el texto de la LTRHA no define el contrato de gestación por sustitución, limitándose a establecer su nulidad de pleno derecho. Las definiciones del contrato de maternidad subrogada tenían origen doctrinal.

4.9. LA AUSENCIA DE PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.

VELA SÁNCHEZ opina que resulta curioso que la Audiencia Provincial no se haya manifestado sobre la evidente contradicción de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 con el sistema jerárquico de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico (ex arts. 9.3 CE y 1.2 CC), y por ende, de su nulidad radical por contrariar una norma de rango superior

²⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico IV.

Alude a las STJUE de 2 de octubre de 2003, caso *García Avelló*, y a la STJUE de 14 de octubre de 2008, caso *Grunkin Paul*, ya expuestas, que versan sobre materia de apellidos.

²⁰⁷ VELA SÁNCHEZ, A., “De nuevo sobre la regulación...”, *cit.*, pág. 6.

(el art. 10 LTRHA)²⁰⁸. Comparto la opinión de que la Instrucción supone admitir por vía reglamentaria lo que por ley se prohíbe, vulnerándose de esta manera el principio de jerarquía normativa consagrado en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, a mi juicio, la Audiencia Provincial actuó correctamente al no pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de esta Instrucción dado que no era el objeto del procedimiento ni tiene competencia para ello.

4.10. EL FALLO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL.

Tanto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, como la SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, coinciden en la resolución de la cuestión planteada: no pueden inscribirse en el Registro Civil español como hijos de matrimonio homosexual español (o heterosexual o de persona sola) los nacidos mediante convenio de maternidad subrogada, oneroso o gratuito, aun válidamente celebrado en el extranjero, por aplicación del art. 10 LTRHA que prohíbe el contrato de gestación por sustitución. La aplicación de dicho artículo se debe a que, en virtud del art. 23 LRC, el Encargado del Registro Civil consular tiene que examinar, con carácter previo a su inscripción, que el certificado extendido en registro extranjero es conforme a la legalidad española.

VELA SÁNCHEZ opina, con buen criterio, que si se recurriera el fallo judicial de la SAP de Valencia al Tribunal Supremo, éste no tendrá más remedio que desestimar el recurso y confirmar las resoluciones anteriores que no hacen sino aplicar correctamente la actual normativa imperativa (ex art. 10 LTRHA)²⁰⁹.

²⁰⁸ VELA SÁNCHEZ, A., “De nuevo sobre la regulación...”, *cit.*, págs. 7 y 8.

²⁰⁹ VELA SÁNCHEZ, A., “De nuevo sobre la regulación...”, *cit.*, pág. 11.

CAPÍTULO III

LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA NUEVA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL

1. LA NUEVA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DEL REGISTRO CIVIL.

1.1. INTRODUCCIÓN.

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil ha llevado a cabo una de las reformas de mayor proyección social y jurídica en el ámbito del Derecho Civil desde la entrada en vigor de la Carta Magna, incidiendo, en concreto, en el Derecho de la persona y en el Derecho de familia. Pendiente aún de desarrollo reglamentario, tiene una *vacatio legis* de 3 años, con las excepciones previstas en la misma (entre otras, la nueva redacción del art. 30 CC, ya vigente)²¹⁰.

Los objetivos más importantes que se ha propuesto cumplir la nueva Ley del Registro Civil podrían reducirse a tres:

1. Acomodar el Registro Civil a la sociedad y a la legislación vigente.
2. Desjudicializar la función registral, en sintonía con los procesos modernizadores que se han emprendido en otros países de nuestro entorno.
3. La constitución de un Registro Civil único y en línea para toda España y accesible para todos los ciudadanos²¹¹.

²¹⁰ LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Tratado del Registro Civil. Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 23.

²¹¹ MARTÍN MORATO, M.: “El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 30, mayo de 2013, pág. 8.

La nueva Ley del Registro Civil ha desatado un alud de críticas desde su publicación en el BOE de 22 de julio de 2011. Significativamente dura es la crítica de ESPINAR VICENTE pues, aunque dicho autor le reconoce a la nueva Ley del Registro Civil un bienintencionado propósito de modernizar la actual estructura del Registro Civil, agilizar su funcionamiento y simplificar su planta, considera que “no es una buena ley, sobre todo desde un punto de vista estrictamente técnico, pues en ella se puede apreciar un conjunto de contradicciones no desdeñables, imprecisiones que generan perplejidad, regulaciones que desasosiegan e incluso un mal uso de la técnica jurídica, particularmente acusado en los preceptos destinados a resolver los problemas de tráfico internacional”²¹², título que precisamente nos interesa.

Algunos de los aspectos más controvertidos que suscita la nueva Ley del Registro Civil son la desjudicialización del Registro Civil, lo cual supondría convertirlo en un registro meramente administrativo; su dilatada *vacatio legis* y la reducción de supuestos en los que se permite la intervención del Ministerio Fiscal, entre otros²¹³.

1.2. NOVEDADES EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

La nueva Ley del Registro Civil dedica su Título X a recoger las normas de Derecho internacional privado. En su Exposición de Motivos destaca la importancia del elemento internacional en la nueva Ley del Registro Civil en los siguientes términos: “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 la creciente importancia del elemento extranjero con acceso al Registro Civil. La coherencia del modelo exige a este respecto mantener la unidad, dentro de las particularidades inherentes a cada sector”.

²¹² ESPINAR VICENTE, J.M.: “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil”, en *Diario La Ley*, nº 7771, Sección Doctrina, 9 de enero de 2012, año XXXIII, pág. 1.

²¹³ *Vid.* SALVADOR GUTIÉRREZ, S., *ob. cit.* Día de la consulta: 29.03.2013; MARTÍN MORATO, M., *ob. cit.*, págs. 31-36.

Sin embargo, el problema de la maternidad subrogada no aparece ni en el texto de la ley, ni en los diarios de sesiones de las comisiones en las que fue discutida. Únicamente encontramos en la Exposición de Motivos dedicada a la introducción de ese nuevo título relativo al Derecho internacional privado que “una de las mayores novedades se centra en la inscripción de documentos judiciales extranjeros”²¹⁴.

Parece fuera de toda duda que la filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante contrato de gestación por sustitución sería materia que, a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, deberá regirse por lo que en ella se disponga, al constituir dicho contrato una relación jurídica de Derecho internacional privado. En consecuencia, dejaría de aplicarse la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (al menos, en lo que fuera contraria a la nueva regulación), pues siendo el contenido de ambas distinto, el conflicto entre las dos regulaciones habría de resolverse a favor de la norma de mayor rango, que en este caso sería la Ley, máxime si ésta recoge ahora una regulación específica de los problemas de Derecho internacional privado²¹⁵.

El Título X de la nueva Ley del Registro Civil recoge en los arts. 94 a 100 las normas de Derecho internacional privado. Sin embargo, procederé a analizar aquellos artículos que estén más íntimamente vinculados con la inscripción en el Registro Civil español de la filiación surgida en el extranjero mediante contrato de gestación por sustitución, al ser el objeto de mi trabajo.

1.2.1. La traducción y legalización de documentos.

En primer lugar, cabe decir que el art. 95, que versa sobre la traducción y legalización de documentos, permite al Encargado del Registro prescindir de ambas acciones cuando le constare el contenido y la autenticidad del documento. Como bien opina ESPINAR VICENTE, estas dos dispensas, pensadas con el fin de agilizar el

²¹⁴ ALBERT MÁRQUEZ, M., *ob. cit.*, págs. 7 y 8.

²¹⁵ ALBERT MÁRQUEZ, M., *ob. cit.*, pág. 8.

sistema, pueden también abrir una peligrosa puerta hacia un espacio donde la buena fe de los Encargados puede ser sorprendida²¹⁶.

1.2.2. El acceso al Registro Civil de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras.

Según este autor, opinión que comparto, peligrosísima vía abre también el art. 96, que aborda el tema de acceso al Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, al establecer que:

“1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

- a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.
- d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar exequátur

²¹⁶ ESPINAR VICENTE, J.M., *ob. cit.*, pág. 10.

de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40, si así se solicita expresamente.

3. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales.”

El art. 96 permite, al margen del correspondiente exequátur, el reconocimiento incidental de una resolución judicial extranjera a través del Encargado del Registro, es decir, a través de un órgano no jurisdiccional, cuando el reconocimiento del mandato de un poder judicial extranjero sólo puede ser asumido por el poder judicial español. En opinión del autor, puede incluso que la norma manifieste ciertos principios de inconstitucionalidad²¹⁷.

En mi opinión, a pesar de que el art. 96 ha sido redactado en coherencia con la recomendación nº 9 de la Comisión Internacional de Estado Civil y con Instrucciones y Resoluciones de la DGRN sobre la materia²¹⁸, dicho artículo, al permitir la inscripción en el Registro Civil de resoluciones judiciales extranjeras a través de un mero control incidental por parte del Encargado del Registro, sea dicha resolución resultado de un procedimiento contencioso o voluntario, no está respetando la doctrina del Tribunal Supremo ya expuesta de que el reconocimiento incidental se permite cuando las resoluciones judiciales extranjeras son fruto de procedimientos voluntarios, exigiéndose el exequátur a aquellas que provengan de procedimientos contenciosos.

Dada la redacción del art. 96, no puedo evitar plantearme el supuesto de coexistencia de dicho artículo con la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en la que se exige el reconocimiento de la resolución judicial extranjera en la que aparece determinada la filiación derivada de gestación por sustitución. Dicha Instrucción exige el procedimiento del exequátur para aquellas resoluciones que provengan de procedimientos contenciosos, y un control incidental para aquellas resoluciones que

²¹⁷ ESPINAR VICENTE, J.M., *ob. cit.*, pág. 13.

²¹⁸ LINACERO DE LA FUENTE, M., *ob. cit.*, pág. 465.

provengan de procedimientos voluntarios. En caso de que un individuo quiera reconocer una resolución judicial extranjera en la que se homologa un contrato de maternidad subrogada, con el fin de inscribir la filiación determinada en la misma en el Registro Civil español, parece adecuado pensar que prevalecerá el texto del art. 96 de la nueva Ley del Registro Civil sobre el de la Instrucción, al poseer la ley mayor rango normativo. De tal manera que podrá reconocerse (e inscribirse) la resolución mediante un control incidental por parte del Encargado del Registro, provenga dicha resolución de procedimiento contencioso o voluntario.

No obstante, el art. 96 presenta un elemento positivo y es que en dicho control incidental se exige que “la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”, lo cual implica que opere el art. 10 LTRHA en calidad de norma de policía, impidiendo el reconocimiento de la resolución. Si el interesado optara por el exequátur, sabemos que el control de legalidad está asegurado en virtud del art. 954 LEC.

Por otra parte, el art. 96 parece que entra en contradicción con el art. 85.2, pues éste último 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”, mientras que el art. 96 dice que “el Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la DGRN en los términos previstos en la presente ley”. Como bien apunta ESPINAR VICENTE, “o lo uno o lo otro. O sólo cabe la solicitud del exequátur o se puede recurrir ante la Dirección General”²¹⁹.

En relación con el control incidental del art. 96.2, cabe mencionar que cierta preocupación despierta en este autor el requisito b) que debe verificar el Encargado del Registro a la hora de realizar el reconocimiento incidental de una resolución judicial extranjera pues, en su opinión, tal requisito recae en un bilateralismo ya superado al

²¹⁹ ESPINAR VICENTE, J.M., *ob. cit.*, pág. 13.

exigir “que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española”²²⁰.

1.2.3. Los documentos extranjeros extrajudiciales.

El art. 97, que versa sobre los documentos extranjeros extrajudiciales, establece que éstos serán títulos para inscribir el hecho o acto de que dan fe siempre que se cumplan una serie de requisitos: competencia de la autoridad emisora del documento, equivalencia de las funciones realizadas por ésta con las de una autoridad española en la materia, que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado y la excepción de orden público. En opinión de ESPINAR VICENTE, el tercer requisito resulta un tanto discutible, pues no encuentra necesario que el efecto jurídico producido por los hechos y actos que se contienen en el documento deba de ser el que se hubiese derivado de la aplicación de nuestras normas de Derecho internacional privado a tales acontecimientos y conductas. Para este autor, “no es una redacción coherente” y “no constituye una técnica adecuada en Derecho internacional privado, ni siquiera desde la óptica de unas pretensiones de universalidad ya superadas”²²¹.

1.2.4. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros.

Por último, el art. 98, dedicado a la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, presenta la siguiente redacción:

“1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

²²⁰ ESPINAR VICENTE, J.M., *ob. cit.*, pág. 13.

²²¹ ESPINAR VICENTE, J.M., *ob. cit.*, pág. 11.

- a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.
 - b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.
 - c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.
 - d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.
2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley.
3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan”.

Analizando el art. 98, observamos que éste diferencia dos supuestos: por un lado, las certificaciones registrales extranjeras que no reflejan una resolución judicial previa (apartado primero); y por otro lado, las certificaciones registrales extranjeras que son un mero reflejo registral de una sentencia judicial previa (apartado segundo).

El apartado 1 letra b exige “que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la Ley española”. La imposición del artículo de “análogas garantías” nos lleva a acudir al art. 13 de la nueva Ley del Registro Civil, pues es este artículo el que recoge los principios o garantías que han de regir la actividad del Registro. Dicho artículo recoge el principio de legalidad y de realidad al establecer que “los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos”.

A este respecto, ALBERT MÁRQUEZ opina, con buen criterio, que dicha letra b no exige que el Registro extranjero tenga en consideración idénticas garantías que el español, sino garantías “análogas”, lo cual nos lleva a pensar que no pueden exigirse

con seguridad que se respeten los requisitos de legalidad y realidad establecidos en el art. 13 de la nueva LRC. Además, ocurre que, “en cualquier caso, ese control se llevará a cabo conforme a la legalidad del Derecho interno del Estado al que pertenezca el Registro”²²².

Por otra parte, en mi opinión, el legislador ha actuado correctamente al introducir el requisito de que la certificación registral extranjera no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español, pues, aunque la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ya no la considera título válido para inscribir la filiación surgida en el extranjero mediante maternidad subrogada, no deja de ser un requisito que garantizaría la denegación de la inscripción del certificado registral, asimismo reforzado por el apartado 3 que establece que “se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan”.

El apartado 2 del art. 98 versa sobre las certificaciones registrales extranjeras que son mero reflejo registral de una sentencia judicial previa. Considero que el legislador ha obrado correctamente al establecer que será la resolución judicial extranjera la que tenga acceso al Registro, pues como ya he mencionado en anteriores apartados, en caso de maternidad subrogada, el certificado registral es un documento inexacto por naturaleza que no refleja toda la información sobre la filiación y el contrato de gestación por sustitución. Para el reconocimiento de dicha sentencia judicial previa, el art. 98.2 remite al art. 96, precepto bastante criticable, como ya he manifestado con anterioridad.

²²² ALBERT MÁRQUEZ, M., *ob. cit.*, pág. 9.

CONCLUSIONES

1. La LTRHA establece en su art. 10 la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, pero no entra a definirlo ni a contemplar sus distintos supuestos. Ello ha propiciado que en nuestro país sea una materia especialmente de tratamiento doctrinal. De entre todas las denominaciones que recibe esta figura, considero más adecuado referirse a ella como gestación por encargo pues esta locución, además de eliminar otras con cierta connotación peyorativa (como madres de alquiler, alquiler de vientre, etc), aborda mejor el tema al incluir no sólo a las mujeres que optan por este instrumento contractual para ser madres (en cuyo caso sí convendría el término maternidad subrogada o gestación por sustitución), sino también a los hombres, solos o en pareja homosexual.
2. La actual polémica sobre la inscripción en el Registro Civil español de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución tiene su origen en el caso planteado por un matrimonio de varones que, tras el nacimiento de dos menores mediante dicha técnica en el Estado de California (EE.UU), intentaron su inscripción como hijos naturales de ambos en el Registro Civil consular de Los Ángeles, aportando para tal fin el certificado registral extranjero de nacimiento de los menores.
3. En respuesta al caso planteado por el matrimonio homosexual, la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 admite el certificado registral extranjero de nacimiento como título válido para inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. En mi opinión, esta Resolución, que gira en torno al art. 81 RRC, obvia por completo el doble control de legalidad y realidad exigido por el art. 23 LRC para practicar las inscripciones en el Registro Civil, norma que prevalece sobre la reglamentaria al poseer mayor valor normativo. En este sentido se manifiestan la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011, pues su argumento principal es la prevalencia de dicho precepto legal sobre el reglamentario.

4. La aplicación del art. 23 LRC conllevaría la denegación automática de la inscripción pretendida por el matrimonio homosexual al no cumplir ni el control de legalidad, pues el art. 10 LTRHA prohíbe el contrato de gestación por sustitución y establece que la filiación quedará determinada por el parto; ni el control de realidad, ya que, en el estado actual de la ciencia, resulta imposible la filiación biológica por parte de dos varones. La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 no sólo no aplica la ley, sino que supone un alejamiento de la propia doctrina de dicho Centro Directivo, que sí exige el doble control de legalidad y realidad del art. 23 LRC a la hora de practicar las inscripciones en el Registro Civil español.
5. Según la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009, no cabe hablar aquí de fraude de ley, ni en su vertiente sustantiva (art. 12.4 CC) ni en su vertiente procesal (*Bad Forum Shopping* o *Forum Shopping Fraudulento*). En mi opinión, no puede decirse que los particulares hayan incurrido en fraude de ley en su vertiente sustantiva porque no han utilizado ninguna norma de conflicto para eludir la aplicación de la ley imperativa española. Sin embargo, sí incurren en fraude de ley en su vertiente procesal, más conocida como *Bad Forum Shopping* o *Forum Shopping Fraudulento*, al situar la determinación de la filiación ante las autoridades californianas con el fin de eludir una norma imperativa española: el art. 10 LTRHA. Además, no puede olvidarse que la filiación y el estado civil son cuestiones que se caracterizan por su indisponibilidad.
6. Una forma bastante satisfactoria de solucionar el caso que dio lugar a la Resolución mencionada, es que el varón que sea el padre biológico de los menores ejercite la acción de reclamación de la paternidad, en virtud del art. 10.3 LTRHA, y que la madre que dio a luz a los menores consienta en dar en adopción a éstos, para que posteriormente sean adoptados por el otro cónyuge varón. Esta solución, que fue propuesta tanto por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, como por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, respeta la legalidad española y permite que los menores puedan ser inscritos en el Registro Civil como hijos de ambos cónyuges varones.
7. En la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la DGRN exige como documento para permitir la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el

extranjero mediante gestación por sustitución, la resolución judicial extranjera, lo cual supone un cambio de criterio con respecto a la Resolución de 18 de febrero de 2009, en la que la DGRN exigía el certificado registral extranjero de nacimiento. Considero este giro muy acertado, pues frecuentemente (sobre todo en EE.UU, que es el país al que más suelen acudir los españoles para llevar a cabo la gestación por sustitución) existe una relación causa-efecto entre la sentencia judicial extranjera y los certificados registrales de nacimiento, relación que, en mi opinión, hace a la sentencia inseparable de los documentos administrativos, pues es la razón de ser de los mismos. Además, los certificados registrales extranjeros de nacimiento son por naturaleza inexactos al no contener toda la información relativa al contrato de maternidad subrogada, cosa que no sucede con la resolución judicial, que sí contiene todos los datos, entre ellos la identidad de la madre subrogada, con lo que se respeta el derecho del hijo a conocer su origen biológico. Por otra parte, al exigir un documento judicial en lugar de uno administrativo, se gana seguridad jurídica.

8. Asimismo, considero acertado que la Instrucción exija exequátur de la resolución judicial extranjera en caso de que ésta proceda de procedimiento contencioso, y que exija control incidental si ésta procede de procedimiento voluntario, pues supone seguir y respetar la doctrina del Tribunal Supremo. En el caso del exequátur, el control de legalidad está asegurado, pues el art. 954.3 LEC exige que la obligación sea lícita en España, luego se denegaría la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Sin embargo, el control de legalidad no se encuentra entre los requisitos a cumplir en el control incidental, a pesar de que así lo exige la doctrina del Tribunal Supremo. Sin el requisito de la adecuación con la legalidad española, la Instrucción está permitiendo la entrada automática al Registro Civil español de las resoluciones judiciales extranjeras que determinen filiaciones surgidas mediante contrato de gestación por sustitución que provengan de procedimientos voluntarios, que son, en la práctica, los casos surgidos en EE.UU, cuando no debería ser así, pues la legislación española prohíbe en su art. 10 LTRHA el contrato de gestación por sustitución y determina la filiación materna por el parto. La Instrucción vulnera el sistema de

fuentes constitucionalmente establecido al admitir por vía reglamentaria lo que por ley se excluye.

9. En mi opinión, en dicho control incidental debe incluirse el control de legalidad, pues así lo exige la doctrina del Tribunal Supremo para que se respete la adecuación de la resolución judicial extranjera con la legislación española. Una manera de garantizar que se cumpla dicho control de legalidad sería incluir como requisito del control incidental que la inscripción de la resolución judicial extranjera no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español, aparte de los requisitos ya exigidos por la DGRN. Exigir que no se vulnere el orden público español supondría la aplicación del art. 10 LTRHA en calidad de norma de policía, lo que conllevaría la denegación de la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante maternidad subrogada, respetándose la legalidad española.
10. A pesar de la publicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, los Encargados de los Registros Civiles consulares han seguido denegando la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución, en virtud del doble control de legalidad y realidad consagrado en el art. 23 LRC, en un claro ejercicio, a mi juicio, de respeto a la legalidad vigente (art. 10 LTRHA), a la doctrina del Tribunal Supremo y al sistema de fuentes constitucionalmente establecido, pues la ley prevalece sobre la Instrucción, al tener ésta rango reglamentario.
11. Sin embargo, la DGRN ha seguido aplicando la doctrina de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 en todos sus pronunciamientos, permitiendo la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución cuando los interesados presentaban resolución judicial extranjera fruto de un procedimiento jurisdiccional voluntario, que son los casos estadounidenses, y denegándola cuando presentaban un documento distinto, como son los casos procedentes de la India, en los que los interesados instaban la inscripción presentado certificado registral de nacimiento.
12. Aplicando la doctrina de su propia Instrucción, la DGRN ha logrado, en ocasiones, alcanzar el resultado deseado por la legislación española: la denegación de la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el

extranjero mediante maternidad subrogada. Sin embargo, dicha coincidencia ha sido fruto de la casualidad y no de un claro ejercicio de la legislación española. En mi opinión, la denegación de la inscripción debe proceder de la aplicación de la ley española, no ser un efecto secundario de la aplicación de otros criterios.

13. Por otra parte, algunos recursos interpuestos ante la DGRN han terminado administrativamente de la manera que la legislación española desea, pues dicho Centro Directivo se ha pronunciado denegando la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida en el extranjero mediante maternidad subrogada. Sin embargo, en muchos otros, la DGRN ha permitido dicha inscripción, vulnerando la legalidad española. Con el fin de evitar la entrada en nuestro Registro Civil de una filiación prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, considero capital la intervención del Ministerio Fiscal solicitando, mediante demanda, la cancelación de tal inscripción. Incluso sería conveniente, en mi opinión, que el Ministerio de Justicia dictara una Instrucción que ordenase a los Fiscales a intervenir judicialmente en estos casos, en aras de la legalidad española (art. 23 LRC y art. 10 LTRHA).
14. Por último, respecto de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, cabe señalar que el art. 96, que aborda el tema del acceso al Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, presenta, en mi opinión, importantes lagunas pues, dicho artículo, al permitir la inscripción en el Registro Civil de resoluciones judiciales extranjeras a través de un mero control incidental por parte del Encargado del Registro, sea dicha resolución resultado de un procedimiento contencioso o voluntario, no está respetando la doctrina del Tribunal Supremo ya expuesta de que el reconocimiento incidental se permite cuando las resoluciones judiciales extranjeras son fruto de procedimientos voluntarios, exigiéndose el exequátur a aquellas que provengan de procedimientos contenciosos.
15. En caso de coexistencia del art. 96 de la nueva Ley del Registro Civil con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, prevalecerá el primero al poseer la ley mayor rango normativo. Por lo tanto, se podrá reconocer una resolución judicial extranjera mediante un mero control incidental, provenga ésta de un procedimiento contencioso o voluntario. No obstante, el art. 96 incluye en

dicho control incidental el requisito de que “la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”, lo cual implica que opere el art. 10 LTRHA en calidad de norma de policía, impidiendo el reconocimiento de la resolución, respetándose la legalidad española.

16. En mi opinión, a pesar de que el resultado logrado por el art. 96 es el adecuado, no puede decirse lo mismo de los medios, pues no puede admitirse que un órgano no jurisdiccional, como es el Encargado del Registro Civil, pueda reconocer el mandato de un poder judicial extranjero, porque esta función sólo puede ser asumida por el poder judicial español.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M.: “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, en *Diario La Ley*, nº 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, año XXXIII, págs. 1-14.

ALMAGRO NOSETE, J.: “Matrimonio de mujeres y reproducción asistida”, en *Diario La Ley*, nº 7853, Sección Columna, 8 de mayo de 2012, año XXXIII, págs. 1-7.

AMADOR JIMÉNEZ, M.: “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, en *CS*, nº 6, julio-diciembre de 2010, págs. 193-217, http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf

BARBER CÁRCAMO, R.: “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, en *REDUR*, nº 8, diciembre de 2010, págs. 25-37, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf>

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Hijos *made in* California”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, Parte Tribuna, 2009, págs. 11-13.

BONILLO GARRIDO, L.: “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, en *Diario La Ley*, nº 8070, Sección Tribuna, 25 de abril de 2013, año XXXIV, págs. 1-2.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.:

-“Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2009, Vol. 1, nº 2, págs. 294-319.

-“Notas crítica en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2011, Vol. 3, nº 1, págs. 247-262.

CAMARERO GONZÁLEZ, G.: “Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, en *Diario La Ley*, nº 7910, Sección Tribuna, págs. 1-9.

COBACHO GÓMEZ J.A. e INIESTA DELGADO J.J.: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, en *RCDI*, nº 725, mayo de 2011, págs. 1611-1797.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, en *Diario La Ley*, nº 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, año XXXI, págs. 1-9.

DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Diario La Ley*, nº 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año XXXI, págs. 1-17.

ESPINAR VICENTE, J.M.: “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil”, en *Diario La Ley*, nº 7771, Sección Doctrina, 9 de enero de 2012, año XXXIII, págs. 1-15.

EUROPA PRESS: “El Registro Civil inscribe por primera vez a unos gemelos nacidos de madre de sustitución”, en *Diario La Ley*, nº 8054, Sección Hoy es Noticia, 3 de abril de 2013, págs. 1-2.

FARNÓS AMORÓS, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, en *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, enero de 2010, págs. 1-25.

FERNÁNDEZ SANCHO-TAHOSES A.:

-“El derecho a conocer sus orígenes por los hijos adoptados”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, UNED-IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006, págs. 595-600.

-“Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, Parte Estudio, 2011, págs. 1-20.

GUZMÁN, M.: “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, nº 34, págs. 51-55.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V.: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V*, 2012, págs. 365-381.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Colección Jurídica General, Monografías, Madrid, 2012.

LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, en *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, julio de 2012, págs. 1-49.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, en *Diario La Ley*, nº 7777, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012, año XXXIII, págs. 1-15.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Tratado del Registro Civil. Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍN MORATO, M.: “El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 30, mayo de 2013, págs. 1-36.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M.: *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho internacional privado”, en *RCDI*, nº 731, mayo 2012, págs. 1363-1391.

MUÑOZ DE DIOS, L.: “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, nº 34, págs. 45-50.

PÉREZ MONGE, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, en *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, julio de 2009, págs. 1-42.

RODRÍGUEZ DÍEZ, J.: “La aforística jurídica romano-canónica, puente para un nuevo Derecho común europeo”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXVII, 2004, págs. 231-261.

SALAS CARCELLER, A.: “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, febrero de 2011, págs. 9-14.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, en http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html

SCOTTI, L.: “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, en *Pensar en Derecho*, págs. 267-289, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

SOUTO GALVÁN, B.: “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, en *Foro*, Nueva época, nº 1, 2005, págs. 275-292.

VELA SÁNCHEZ, A.J.:

-“La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Diario La Ley*, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, año XXXII, págs. 1-17.

-“De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, en *Diario La Ley*, nº 7815, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2012, año XXXIII, págs. 1-15.

-“La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, en *Diario La Ley*, n ° 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV, págs. 1-14.

VELARDE D’AMIL, Y.: “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n° 3, septiembre de 2012, págs. 61-70.

Páginas web y artículos de prensa

“La fiscalía recurre el registro del hijo de una pareja gay que lo tuvo con “madre de alquiler” en <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/02/26/valencia/1267208815.html>

“La situación legal en España de los niños de “vientre de alquiler”: ¿pueden o no ser registrados?” en <http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/vientre-de-alquiler/registro-civil/bebes/>

“Paternidad atrapada en la India” en el diario El Mundo, martes 27 de agosto de 2013, pág. 11.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, núm. 193/2010, de 15 de septiembre (AC 2010, 1707)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), núm. 826/2011, de 23 de noviembre (AC 2011, 1561)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2320/2012, de 20 de septiembre (AS 2012/2485)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), núm. 668/2012, de 18 de octubre (AS 2012, 2503)

Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm. 1, de Pozuelo de Alarcón (Provincia de Madrid), de 25 de junio de 2012 (AC 2013, 281)

RESOLUCIONES E INSTRUCCIÓN DE LA DGRN

RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735)

RDGRN núm. 1/2011, de 3 de mayo (1ª) (JUR 2012, 107637)

RDGRN núm. 4/2011, de 6 de mayo (4ª) (JUR 2012, 110698)

RDGRN núm. 5/2011, de 6 de mayo (5ª) (JUR 2012, 114782)

RDGRN núm. 6/2011, de 6 de mayo (6ª) (JUR 2012, 147776)

RDGRN núm. 1/2011, de 9 de junio (1ª) (JUR 2012, 151437)

RDGRN núm. 2/2011, de 9 de junio (2ª) (JUR 2012, 151438)

RDGRN núm. 3/2011, de 9 de junio (3ª) (JUR 2012, 151439)

RDGRN núm. 1/2011, de 27 de junio (1ª) (JUR 2012, 151441)

RDGRN núm. 2/2011, de 23 de septiembre (2ª) (JUR 2012, 168312)

RDGRN núm. 4/2011, de 23 de septiembre (4ª) (JUR 2012, 168313)

RDGRN núm. 5/2011, de 23 de septiembre (5ª) (JUR 2012, 168314)

RDGRN núm. 1/2011, de 12 de diciembre (1ª) (JUR 2012, 307191)

RDGRN núm. 4/2011, de 22 de diciembre (4ª) (JUR 2012, 307190)

Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE nº 243, de 7 de octubre de 2010)