

LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ANÁLISIS DE DIVERSOS SUPUESTOS PRÁCTICOS

Francisca Ramón Fernández

Profesora Titular de Derecho civil
Universitat Politècnica de València

Resumen

El presente trabajo analiza un tema de gran relevancia dentro del Derecho de familia, como es el caso de la gestación por sustitución y la protección del menor. En numerosas ocasiones leemos noticias relacionadas con la filiación a través de la subrogación relacionadas con personajes conocidos. Nos proponemos, pues, estudiar a través de diversos supuestos prácticos en los que se ha pronunciado los tribunales, así como la Dirección General de los Registros y del Notariado, los principales conflictos surgidos por la inscripción de los nacidos fuera de nuestro país y el reconocimiento de la filiación, desde la postura de la protección e interés superior del menor. Nos proponemos ver la postura adoptada por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en un asunto marcado por una legislación que está prevista se modifique en el futuro.

Palabras clave: Menor, protección, in vitro, gestación por sustitución, legislación española, supuestos prácticos

Abstract

This paper discusses an issue of great importance in family law, as in the case of surrogacy and child protection. Many times we read news related to filiation through the related subrogation familiar characters. We propose, therefore, to study through various practical cases in which the court has ruled and the Directorate General of Registries and Notaries, the main conflicts arising from the registration of children born out of our country and the recognition of parenthood, from the position of the protection and best interests of the child. We intend to see the position taken by the legislation, doctrine and jurisprudence in a case marked by a law which is scheduled to change in the future.

Keywords: Minor, protection, in vitro, subrogacy, spanish legislation, practical cases

1. INTRODUCCIÓN

El avance en las técnicas de reproducción asistida (Véase: Zamora, 1998; Loret, 2006, y Grado, 2011) ha permitido tener descendencia a muchas parejas que, sin ellas, no hubieran podido lograrlo. Dentro de estas técnicas se encuentra la gestación por sustitución o subrogación mediante la cual se implanta un óvulo fecundado *in vitro*, que puede ser propio o donado, dentro del útero de una gestante que presta su cuerpo para la gestación, renunciando a la maternidad y entregando el recién nacido a los que suscriben el contrato, que pueden ser una persona o pareja, soltera o casados, de igual o de diferente sexo, y que pueden aportar o no sus gametos, y que puede realizarse de forma gratuita u onerosa (Velarde, 2012).

En el presente trabajo nos proponemos reflexionar sobre uno de los temas más delicados en el ámbito del Derecho de familia, como es la gestación por sustitución, conocida también como maternidad subrogada o madres de alquiler, y la protección del menor nacido mediante la misma. Son varias las cuestiones que nos planteamos en relación con la inscripción y el reconocimiento de la filiación, pero desde el prisma de la protección e interés superior del menor, y que vamos a analizar a través de la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto.

2. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En nuestro ordenamiento jurídico, la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988), no lo permitía (Sobre ello, Salvador, 1997), y la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006), tampoco considera válido, en el art. 10, el contrato mediante el cual una persona contrata la gestación ajena, ya que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, gratuita u onerosa, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos mediante esta forma será determinada por el parto. La acción de reclamación de paternidad por parte del padre biológico queda a salvo. Sin embargo, sí que se permite la inscripción (Moreno, 2012; Salas, 2010; Serrallonga, 2010) en el registro civil (De la Iglesia, 2011) y el reconocimiento de la filiación (Álvarez, 2010; Díaz, 2010, Lamm, 2012). El art. 10.3 de la mencionada norma permite el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por parte del hijo, así como la del padre biológico respecto a la filiación paterna que le pudiera corresponder. Se remite a los arts. 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil y al art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto al procedimiento.

Por tanto, las partes no pueden acordar ningún tipo de contrato que tenga como objeto la gestación por sustitución, ni tan siquiera en virtud del principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 Código civil.

La normativa extranjera permite la subrogación y la renuncia a la filiación de la gestante por sustitución (Díaz, 2010; Velarde, 2012). La doctrina ha discutido la posibilidad de regular la gestación por subrogación mediante una propuesta de convenio, al haberse planteado diversos problemas en la práctica referente a la protección de los intereses del menor nacido de madres de alquiler (Vela, 2011 a, b y c).

3. LA POSTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN RELACIÓN CON LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Respecto a la gestación por sustitución se han planteado diversos problemas relacionados con la inscripción de los nacidos mediante la misma fuera de nuestro país, y se han interpuesto por parte de españoles recursos contra las resoluciones de Registros civiles consulares al denegar la inscripción.

Ante esta situación, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en diversas ocasiones, como es el caso de la Resolución de 18 de febrero de 2009 (Recuperada el 30 de enero de http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200903/10/sociedad/20090310elpesoc_1_Pes_PDF.pdf) (Pueden verse las aportaciones de Calvo y Carrascosa, 2009, y Camarero, 2012) la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (Comentada por Quiñones, 2009; Guzmán, 2010, y Calvo y Carrascosa, 2011), y la Resolución de 30 de noviembre de 2011.

En la Resolución de 2009 se ordenó la inscripción en el Registro civil de un nacido mediante un contrato de gestación por sustitución.

En la Instrucción de 5 de octubre 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010) (Véase, Guzmán, 2010, y Calvo y Carrascosa, 2011) se establecieron una serie de directrices respecto al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que, en síntesis fueron las siguientes:

1. Necesidad para la inscripción del menor que nazca en el extranjero mediante el contrato de gestación por sustitución de una resolución judicial en la que se determine la filiación.

2. Exequátur para la resolución judicial extranjera. Para la inscripción en el Registro Civil español se necesitará la solicitud y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur.

3. En el caso de que la resolución judicial extranjera tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, se establece un control por parte del encargado del Registro civil, previamente a la inscripción, si dicha resolución judicial extranjera se puede reconocer en nuestro país. El control deberá constatar que la resolución judicial extranjera y demás documentos se han realizado de forma regular y auténtica; la competencia del tribunal de origen en criterios equivalentes a los españoles; garantía de los derechos procesales de las partes, en especial de la gestante; la no vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la gestante, debiéndose verificar que el consentimiento prestado por ella se ha hecho de forma libre y voluntaria y con la capacidad necesaria; la firmeza de la resolución judicial y la prestación irrevocable de los consentimientos.

4. La inadmisión como título que habilite la inscripción del nacimiento y filiación una certificación registral extranjera o simple declaración, junto con certificado médico acreditativo del nacimiento sin constar la identidad de la gestante.

En la Resolución de 2011 (Boletín del Ministerio de Justicia, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro civil), 25 de abril de 2012, p. 9 y sigs.) se indicó que no era inscribible en el Registro español, el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando no existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determine la filiación del nacido, se haga constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y se recoja el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante, de acuerdo con lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

.4. LA POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La Jurisprudencia se ha pronunciado, en diversas ocasiones, sobre la gestación por sustitución. En la mayoría de las ocasiones sobre la filiación, pero, también, más recientemente, sobre la prestación de maternidad en los casos de gestación por sustitución. Vamos a ver algunos casos que han accedido a los Tribunales:

a) Reconocimiento de la filiación. La SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011 (Roj: SAP V 5738/2001; Id Cendoj: 46250370102011100707). Recuperada el 29 de enero de 2013, de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6206345&links=%22gestaci%F3n%20por%20sustituci%F3n%22&optimize=2011209&publicinterface=true> Trata sobre el caso del reconocimiento de la filiación de los hijos, nacidos en el extranjero, de un matrimonio entre dos hombres que habían

celebrado un contrato de gestación por sustitución en Estados Unidos. Solicitan estos la inscripción en el Consulado español en Los Ángeles, que les niega el encargado del mismo dictando Auto denegando la inscripción y la nacionalidad española a los dos niños. Los dos padres interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que estima el mismo y revoca el Auto consultar, ordenando la inscripción de los niños. La Resolución de la Dirección es impugnada por el Ministerio Fiscal, y el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, dicta sentencia el 15 de septiembre de 2010 estimando íntegramente la demanda del Ministerio Fiscal contra la Resolución de la Dirección General de 18 de febrero de 2009, y deja sin efecto la inscripción de nacimiento realizada en el Registro civil Consulta de Los Ángeles de los dos niños, debiendo de procederse a la cancelación de inscripción realizada (Ampliamente comentada por Velarde, 2012).

Contra la sentencia de 2010 se interpuso recurso de apelación por parte del matrimonio. La Audiencia resuelve que desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de Instancia.

Los argumentos que expone la sentencia son los siguientes:

1. La sentencia de 2011 indica que se trata de decidir si una certificación registral extranjera que documenta una filiación que es consecuencia de la gestación por sustitución, puede acceder al Registro civil español pese a la prohibición de la legislación española. A esta cuestión precisa la sentencia que el art. 23 de la Ley de Registro civil de 8 de junio de 1857 hace referencia a la legalidad conforme a la legislación española, y el art. 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución, y ni el art. 81 y 85 del Reglamento del Registro civil se pueden invocar para contrariar, en virtud del principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución. Por tanto, continua indicando la sentencia, previamente a acordar la inscripción de la certificación extranjera tiene que superar el control de legalidad, siguiendo la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2. Respecto al argumento de los recurrentes respecto del reconocimiento de las decisiones extranjeras que implica la consideración de las certificaciones registrales extranjeras como auténticas decisiones susceptibles de ser incorporadas al ordenamiento jurídico español, y que resultan de la aplicación de la norma de conflicto propia del Estado de origen, la sentencia de 2011 considera que no se puede proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación, aun sin exigir que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Los motivos son la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español que coinciden con las razones por las que el legislador no permitió el contrato de gestación subrogada: la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, y, por tanto, conforme a los arts. 1271 y sigs. del Código civil no puede ser objeto de un contrato. También alude la sentencia los arts. 10.1, 15. 39.2

Constitución, al art. 10 de la Ley 14/2006, y el art. 9.1 del Reglamento 593/2008 aplicable a las relaciones contractuales.

3. La postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se hace referencia en la Sentencia a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de octubre de 2010 que, como precisa la Sentencia, «establece la posibilidad de la inscripción del nacimiento de menores en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución mediante la presentación de una resolución judicial en la que se determine la filiación del nacido, o si la resolución judicial tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, mediante el reconocimiento incidental ante el encargado del Registro, siempre previa la constatación de que se ha respetado el interés del menor y los derechos de la madre contratante gestante, así como que conste su identidad, además de otros requisitos de carácter formal y procesal». La Sentencia señala que la resolución judicial de la certificación californiana no consta, ni tampoco consta la identidad de la madre gestante, por lo que no se puede indicar que se aplique la Instrucción para la inscripción en el Registro Civil español. No se trata de que los demandados hayan utilizado una norma de conflicto para eludir una norma imperativa española (sería el fraude de ley al utilizar una norma de conflicto con la finalidad de eludir una norma imperativa española) sino que han huido de la norma española yéndose a California para suscribir allí un contrato que sí que permite la ley de allí que además trata de la filiación y el estado civil que son indisponibles. Como indica Velarde (2012), «también podemos decir que recurren a lo que se ha llamado *forum shopping fraudulento*. Esto es, que contraponen la regulación del país donde es legal la maternidad subrogada y la española que la prohíbe, con la esperanza que entre dos posibles legislaciones, les sea aplicable la más conveniente a sus intereses».

4. La infracción del principio de igualdad y no discriminación sexual. La Sentencia considera que no hay infracción del principio de igualdad, ya que no se puede considerar discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual (se refiere a la alegación de que se permitiría la inscripción de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no se permitiría la inscripción a favor de dos hombres). También indica que en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta, insiste la Sentencia, en la modalidad que la ley española considera nula.

5. El principio del interés del menor. La alegación de este principio que se disciplina en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1959, en la Constitución Española y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor no se puede conseguir con infracción de ley. La Sentencia considera que la ley española ofrece cauces para realizar la inscripción de la filiación de los menores. También indica que se podría defender que la prohibición de la gestación tiene como finalidad o persigue, como precisa exactamente la Sentencia, la defensa del interés del menor, argumentando que pretende impedir que la vida del ser humano sea objeto del comercio. Del mismo modo precisa la sentencia que la misma consideración se puede realizar respecto de la vida

privada y familiar que reconoce el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

Los recurrentes alegaban que en el caso de que no se les estimara la pretensión, el destino de los menores sería un orfanato o regresar a Estados Unidos con un destino parecido. La Sentencia indica que no se admite por no existir ninguna prueba que fundamente dicha alegación.

El Ministerio Fiscal al oponerse al recurso de apelación indica que no atenta la sentencia recurrida contra la identidad única de los menores, ya que éstos tienen la que resulta de la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil de España si acceden a él según la normativa española.

b) La prestación de maternidad en el caso de gestación por sustitución. La STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (Roj: STS CAT 12193/2012; Id Cendoj: 08019340012012107789). Recuperada el 30 de enero de 2013, de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=6607887&links=%22gestaci%F3n%20por%20sustituci%F3n%22&optimize=20130122&publicinterface=true> Dicha Sentencia consideró su admisión por reunir los requisitos legales para el reconocimiento del derecho al descanso por maternidad, reconociendo a la maternidad por sustitución equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, y que su denegación de sus efectos cuando responde a la misma causa, supone una vulneración del principio de igualdad, ya que la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio. También resulta de interés la STSJ Madrid de 18 de octubre de 2012 (Roj: STSJ MAD 13355/2012; Id Cendoj: 28079340042012100632). Recuperada el 30 de enero de 2013, de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=6556233&links=%22gestaci%F3n%20por%20sustituci%F3n%22&optimize=20121129&publicinterface=true>

Por su parte, la STSJ Asturias de 20 de septiembre de 2012 (Roj: STSJ AS 3514/2012; Id Cendoj: 33044340012012102307). Recuperada el 30 de enero de 2013, de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=6509885&links=%22gestaci%F3n%20por%20sustituci%F3n%22&optimize=20121004&publicinterface=true> Sobre la prestación de maternidad indicó que: «La atención o cuidado del menor y el estrechamiento de los lazos del padre y la madre con el mismo es lo prioritario y fundamental y así se deduce de datos tales como que el legislador atribuya la condición de beneficiario no sólo a la madre sino también al padre, que sea superior el período de tiempo reconocida para el cuidado del menor que para la recuperación de la madre biológica o que se haga extensiva la protección en los supuestos de adopción y acogimiento. A este respecto, merece la pena traer a colación que el Tribunal Supremo reconoció la prestación de maternidad incluso en aquellos casos en los que la menor adoptada ya se encontraba incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del período de descanso por maternidad, conviviendo con la adoptante, argumentando que la finalidad de la integración del

adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir de la resolución judicial que la constituye cuando se establece la situación de hijo del adoptante y cuando pasa a integrarse en la nueva familia (Sentencia de 15 septiembre 2010 RJ 2010\7428 resolviendo recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2289/2009) (..)

La interpretación generosa de la referencia contenida en el Art. 2 del Real Decreto 295/2009 que considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea su denominación, lleva a concluir que los supuestos de filiación están también amparados en la norma».

De igual modo, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo de 9 de abril de 2012 (Roj: SJSO 14/2012; Id Cendoj: 33044440022012100001). Recuperada el 30 de enero de 2013 de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6378215&links=%22gestaci%F3n%20por%20sustituci%F3n%22&optimize=20120521&publicinterface=true> (Véase el comentario de Hierro, 2012), reconociendo también la prestación por maternidad en estos casos, argumentó que la maternidad es un hecho indubitado, y que si en los supuestos distintos de la maternidad natural se reconoce el derecho al subsidio para procurar al menor las atenciones necesarias, incluso cuando no es un lactante o bebé, «la misma causa existe en el presente en que el menor ni siquiera tiene un año y se trata de una filiación no de un acogimiento temporal que también está amparado por la norma.

El hecho de que la maternidad por sustitución no esté reconocida en España, es más, esté prohibida, no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio, porque en otras situaciones ilegales o irregulares, existe la protección del sistema para los afectados. Así sucede en el caso de la pensión de viudedad de las esposas de un causante de nacionalidad extranjera, natural de un país que reconoce la poligamia, institución que en el derecho español está tipificada como delito».

.5. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR Y LA PROTECCIÓN DE OTROS INTERESES EN ESTOS CASOS

Después de exponer la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la jurisprudencia, uno de los aspectos que nos interesa reflexionar es la protección interés superior del menor en estos casos, y también la protección de los intereses de la madre gestante.

La protección del interés superior del menor es primordial, ya que se deben establecer de forma clara cuáles son los criterios de acceso a la inscripción en el Registro civil de España de los menores nacidos fuera de ella mediante un contrato de gestación por sustitución. Es importante tener en cuenta los criterios de adquisición de la nacionalidad española cuando uno de los progenitores tiene esa nacionalidad, sería el caso, de la donación de semen por parte del varón progenitor.

La inscripción no debe realizarse para encubrir casos irregulares de tráfico de menores, y el interés superior del niño debe no vulnerar su derecho a conocer su origen biológico, si así lo decide, en su caso. A ello hay que aplicar la normativa internacional como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Por esos motivos, tal y como expresó la Dirección General será un requisito previo para la inscripción en los nacidos mediante gestación por sustitución que se presente una resolución judicial dictada por Tribunal competente, y ello en aras de que el contrato de gestación por sustitución se haya realizado de acuerdo con los requisitos de perfección y contenido en la legislación aplicable. También así se facilita, como señala la Instrucción de 2010, la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada fuera de España, siempre que se reconozca en nuestro país.

Otros de los intereses a proteger son el de las madres que suscriben el contrato, con renuncia a la maternidad. Por tanto, la mujer gestante deberá tener la capacidad de obrar y jurídica necesaria, así como que haya prestado un consentimiento que no esté viciado por error, ni haber estado sometida a violencia, engaño o coacción, ni que se haya otorgado un contrato simulado o encubierto bajo la normativa de la legislación aplicable según el país en que se haya realizado.

6. LA POSTURA DE LA DOCTRINA RESPECTO DE LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

Llegados a este punto de la exposición del trabajo, nos interesa exponer cuál ha sido la postura de la doctrina tras los pronunciamientos de la Dirección General y de la Jurisprudencia.

La postura no ha sido unánime, ya que, por parte de un sector doctrina se aboga por la necesidad de un convenio de gestación por sustitución (Vela 2011 a y b), que supondría la reforma del Código civil y de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, ya que la regulación contractual evitaría muchos de los problemas que hemos venido exponiendo.

La doctrina también ha expuesto su crítica sobre la postura de la Dirección General, en concreto sobre la de 2010, ya que no se aleja de aportar soluciones en el caso de las

inscripciones en los registros civiles consulares en el extranjero, y no ha contribuido a simplificar la tramitación. No obstante, también indica la doctrina que la presentación ante el Registro civil de la resolución judicial es importante para la seguridad jurídica (Velarde, 2012).

También la doctrina ha considerado que en muchas ocasiones se altera el orden de fuentes establecido, y que la Instrucción precisamente es contraria a la norma vigente, intentando admitir por vía reglamentaria lo prohibido por ley (Velarde, 2012).

Se indica por parte de la doctrina que sería deseable una regulación uniforme a nivel internacional (Velarde, 2012) respecto a la inscripción registral de los nacidos mediante contrato de sustitución. En este sentido, hay que tener en cuenta la Conferencia de Derecho Privado de la Haya de 2011 sobre Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements (Velarde, 2012) y el Informe preliminar de 2012 publicado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements (Velarde, 2012).

7. CONCLUSIONES

Hemos visto a lo largo de este trabajo cuál ha sido la postura tanto de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como de la jurisprudencia y de la doctrina especializada en la materia.

Observamos, pues, la falta de coherencia, en muchas ocasiones, sobre cómo resolver un tema que afecta a la inscripción de un nacimiento derivado de un contrato de subrogación, y en el que las partes acceden al registro y se encuentran con la denegación de la indicada inscripción.

Tal es así que la rígida legislación nacional española en cuanto a la no admisión de estos contratos, y siendo numerosos los casos que han accedido a los tribunales para solucionar el problema, nos hace reflexionar si no sería conveniente adoptar una solución de ámbito internacional, para evitar situaciones tan dispares.

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011) introduce un nuevo título, el X, referente a las normas de derecho internacional privado, comprendiendo los arts. 94 a 100, que hay que tener en cuenta respecto a la gestión por subrogación (Albert, 2012).

El interés del menor debe primar en todo caso, como interés jurídicamente protegido, es por lo que tienen derecho a la identidad y a la determinación de la filiación, que sí que habilita para ello la Ley 14/2006.

Las directrices de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 son vinculantes por aplicación del art. 9 de la Ley del Registro Civil y el art. 41 del Reglamento de la misma. El control de la legalidad por parte de los Encargados del Registro se establece por la aplicación de los arts. 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil.

El conflicto surge entre la normativa de la Ley 14/2006 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010, ya que la primera indica la nulidad de pleno de derecho del contrato de gestación por sustitución, y la segunda hace referencia al régimen registral de los nacidos mediante este contrato, y la inscripción de los niños cuando un progenitor es español.

La postura de la doctrina es dispersa en este sentido y parte de ella se inclina por legalizar los contratos como medida para evitar el fraude de ley en que se puede incurrir.

Bibliografía

- Albert Márquez, M. M^a. (2012). Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil. *Diario La Ley*, (7863).
- Álvarez González, S. (2010). Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. En *Anuario español de derecho internacional privado*, 10, 339-377.
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2009). 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. *Cuadernos de derecho transnacional*, 1 (2), 294-319.
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2011). Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos de derecho transnacional*, 3 (1), 247-262.
- Camarero González, G. J. (2012). 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. *Diario La Ley*, (7910).
- Díaz Romero, M^a. del R. (2010). La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. *Diario La Ley*, (7527).

- Grado González, M. De (2011). Semen, óvulos y úteros nómadas: representaciones sobre mujer, maternidad y nuevas técnicas de reproducción asistida. *Icono14*, 9 (1), 161-174.
- Guzmán Zapater, M. (2010). Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la institución DGRN de 5 de octubre de 2010). *Anuario español de derecho internacional privado*, 10, 731-743.
- Hierro Hierro, F. J. (2012). Gestación por sustitución y prestación de maternidad: SJS núm. 2 Oviedo abril 2012 (AS 2012, 942). *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 5 (6), 53-59.
- Iglesia Monje, M^a. I. De La (2011). Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, (725), 1668-1677.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución: Realidad y Derecho. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 1-49.
- Loret De Mola, J. R.: (2006). Actualización sobre la gestación de sustitución por fertilización in vitro. *Cuadernos de medicina reproductiva*, 12, (2), 103-110.
- Moreno Sánchez-Moraleda, A. (2012). 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 español. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, (731), 1363-1394.
- Quiñones Escámez, A. (2009). «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 1-142. Recuperado el 30 de enero de 2013, de www.indret.com/pdf/657_es.pdf
- Salas Carceller, A. (2010). El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (10), 9-14.
- Salvador Idrach, V. (1997). Gestación por sustitución: inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. *Revista General de Derecho*, (632), 5175-5202.
- Serrallonga y Sivilla, M^a. M. (2010). Instrucción sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *La administración pública: enciclopedia de administración municipal*, (11), 1104-1105.
- Vela Sánchez, A. J. (2011 a). La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. *Diario La Ley*, (7608).

- Vela Sánchez, A. J. (2011 b). Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. *Diario La Ley*, (7621).
- Vela Sánchez, A. J. (2011 c). Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico. En *Revista de derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, (53), 67-86.
- Vela Sánchez, A. J. (2012). 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. *Diario La Ley*, (7815).
- Velarde D'Amil, Y. (2012). 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. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (3), 61-70. Recuperado el 28 de enero de 2013, de DOI: <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1298>
- Zamora Bonilla, J. (1998). Úteros en alquiler. *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, (18), 205-212.