

## 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.

**Yvette Velarde D'Amil**

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil  
CUNEF

### Resumen

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia es de momento, el último eslabón de una serie de hechos que tienen como cuestión de fondo el anhelo de la paternidad, la autonomía de la voluntad de las partes, la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución y la situación jurídica de los niños nacidos mediante acuerdos internacionales de maternidad subrogada y su posible contradicción con leyes imperativas españolas y con una serie de principios generales del Derecho consagrados por la Constitución Española, como la jerarquía normativa, la no comercialidad de la persona humana, el respeto a su dignidad, y la protección del interés superior del menor, entre otros.

**Palabras clave:** gestación por sustitución, filiación, paternidad, interés superior del menor, jerarquía normativa.

### Abstract

The Judgement of the Provincial Court of Valencia is, currently, the latest link in a series of events which main issues are the willingness for paternity, the freedom of the parties to choose, the technology of human assisted reproduction (surrogacy) and the legal status of children born by international surrogacy arrangements and its possible conflict with mandatory Spanish laws and with a series of general legal principles consecrated in the Spanish Constitution, such as the normative hierarchy, the non-commerciality of human being, the respect for their dignity, and the protection of the superior welfare of the minor, among others.

**Keywords:** surrogacy, filiation, parentage, superior welfare of the minor, normative hierarchy.

La evolución y los avances científicos que han sido desarrollados en las distintas disciplinas científicas como la ingeniería genética, biomedicina, etc., han permitido que las investigaciones contra la infertilidad y la esterilidad humana, la prevención y curación de enfermedades de origen genético, tengan un resultado tan exitoso, que cada vez son utilizadas por un mayor número de parejas, que veían truncado su deseo de ser padres, y que gracias a las técnicas de reproducción humana asistida lo han conseguido.

Sin embargo, la ciencia, en este caso, ha ido mucho más rápida que el Derecho, originándose ciertos vacíos legales, que han provocado la intervención de nuestros Tribunales y de la Dirección General de Registros y del Notariado. Hemos de partir del propio concepto de qué se entiende por técnicas de reproducción asistida, ya que es un factor determinante para saber que es la gestación por sustitución o maternidad subrogada.

Las técnicas de reproducción humana asistida consisten en 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 masculinas.

El ordenamiento jurídico español en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida en su Exposición de Motivos, dice que "La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología". Señala que además de paliar los efectos de la esterilidad, estas técnicas sirven para otros fines, en los que se ha demostrado igualmente su efectividad, como es el caso de la investigación y de los diagnósticos.

Asimismo en su Anexo A 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”, y cuál por el contrario está prohibida, como ocurre expresamente con la gestación por sustitución, recogida en el artículo 10 y que es el objeto de este comentario.

La gestación por sustitución o maternidad subrogada es una de las técnicas de reproducción humana asistida que consiste en la implantación de un óvulo fecundado *in vitro*, en el útero de una mujer que presta su cuerpo para la gestación de ese niño, con el compromiso de entregarlo al nacer, gratuitamente o por precio, renunciando a la maternidad.

Este tipo de técnica, desde un punto de vista legislativo, es aceptada en algunos países (Bélgica, Rusia, India...), en otros, por el contrario, es negada (China, Alemania, Italia...), y, en otros ni siquiera regulada.

No obstante, son escasos los ordenamientos jurídicos a nivel internacional que regulan la maternidad subrogada de forma favorable. Esta eventualidad no ha impedido que estos países se hayan convertido en el destino elegido por aquellas personas que ven en esta técnica de reproducción humana asistida, su única o su última oportunidad de formar una familia. Ocasionando, el llamado *turismo reproductivo*. Se trata de toda la organización que lleva implícita la elección por las personas interesadas, de la maternidad subrogada como técnica reproductiva y que 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 nacido.

En España, será la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la que regule la maternidad subrogada, en los mismos términos que se venía manteniendo en la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Y, lo hará en el artículo 10, al disponer: “Gestación por sustitución.

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 las reglas generales”.

Es patente que el ordenamiento jurídico español sanciona expresamente la nulidad de los contratos suscritos entre partes que convengan la gestación por sustitución; por tanto, no es viable que las partes acuerden ningún tipo de relación contractual, ni siquiera amparándose en el principio de autonomía de la voluntad de las partes del artículo 1.255 del Código Civil; esto ha provocado que muchos de nuestros ciudadanos se hayan desplazado a otros países donde dicha técnica es permitida en busca de lograr su sueño, que es formar una familia. Sin embargo, este sueño ha ocasionado una incertidumbre jurídica importante que obliga a los estudiosos del Derecho a analizar ciertos aspectos de Derecho Internacional Privado que se han planteado como consecuencia del uso de esta técnica por ciudadanos españoles en países donde es admitida la misma. Estaríamos ante el caso objeto de comentario en estas páginas.

Se trata de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23-11-2011 (número 949/2011 826) que se enmarca en el derecho de familia y en la determinación y reconocimiento de la filiación de los hijos de ciudadanos españoles, nacidos fuera de España como consecuencia de la gestación por sustitución o maternidad subrogada.

Los hechos que dieron lugar a la Sentencia son, en síntesis, los siguientes:

Un pareja española compuesta por dos hombres valencianos casados entre sí, suscribieron un contrato de maternidad subrogada en California, USA, ciudad donde la gestación por sustitución es una práctica legal.

Al nacer los gemelos, el matrimonio homosexual solicitó el 7 de noviembre de 2008, la inscripción de los niños como hijos suyos, presentando en el Consulado español en Los Ángeles, una certificación en la que constaban ambos como los padres biológicos.

El Encargado del Registro Civil consular, argumentando que los menores eran consecuencia

de un contrato de gestación por sustitución, prohibido por la ley española, y que debía por tanto considerarse a la gestante, madre legal de los niños, dictó Auto de 10 de noviembre de 2008, denegando tanto la posibilidad de registrar a los niños como hijos suyos, como la nacionalidad española a los pequeños.

El matrimonio valenciano con fecha 25 de noviembre de 2008, interpuso recurso contra ese Auto, que fue resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, mediante Resolución de 18 de febrero de 2009, estimando el recurso y revocando el Auto, ordenando se proceda a la inscripción de los menores en el Registro Civil consular, como hijos de la pareja.

El Ministerio Fiscal, impugna la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en sede judicial, y como señala en su escrito de demanda, el objeto de ese procedimiento es el control de la legalidad de dicha Resolución.

El Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, mediante Sentencia de 15 de septiembre de 2010 procedimiento 188/2010, estima la demanda formulada por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Cuyo fallo fue dejar sin efecto la inscripción practicada, debiendo procederse a su cancelación.

Contra esta sentencia, el matrimonio homosexual español interpuso recurso de apelación.

Si bien, en el interín de la tramitación del procedimiento judicial, la Dirección General de los Registros y del Notariado publica, con fecha 7 de octubre de 2010, en el Boletín Oficial del Estado, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Esta Instrucción tiene como objeto, intentar dar una respuesta unánime a los múltiples recursos interpuestos por ciudadanos españoles contra resoluciones de los Encargados de los Registros Civiles consulares españoles, denegando la inscripción de menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución, en aquellos países en los cuales esta técnica de reproducción humana asistida es legal y se admite la renuncia a la filiación materna, por parte de la madre incubadora.

Sin embargo, la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 23 de noviembre de 2011, va a ratificar la decisión acordada por el Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia (procedimiento 188/2010), de dejar sin efecto la inscripción realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles.

Basándose en una serie de fundamentos jurídicos que dieron como resultado los siguientes razonamientos.

En primer lugar, hemos de partir de la consideración de que la maternidad subrogada es una práctica médico-legal que si tomamos en cuenta los antecedentes legislativos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, se constata que el legislador desde que reguló por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico las técnicas de reproducción humana asistida, rechazó expresamente la posibilidad de la validez de la maternidad subrogada, probablemente ponderando en su conjunto una serie de principios generales del Derecho consagrados en la Constitución Española, como son el respeto a la dignidad de la persona humana; la no comercialidad de los hombres, lo que aplicado a este supuesto se traduciría en que los menores no pueden ser objeto de comercio (artículo 10, apartado 1); el respeto a la integridad moral (artículo 15) y el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil (artículo 39, apartado 2).

En segundo lugar, diremos que cualquier contrato de maternidad subrogada concertado por ciudadanos españoles es nulo de pleno derecho, no pudiendo verse amparado en normas de derecho extranjero para convalidar su eficacia, como podemos observar según lo dispuesto en el artículo 954 apartado 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concordancia con el artículo 23 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y el artículo 34, apartado 1 del Reglamento del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2000 (Nº 44/2001) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

De todas estas disposiciones se deduce claramente, que en ningún caso serán de aplicación las leyes extranjeras o las decisiones o resoluciones judiciales que no sean lícitas en España.

En este sentido, cabría plantearse si el artículo 10 podría tratarse como una ley de policía, en base a lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1, del Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Y ello, por cuanto cumple la función de ser una norma esencial para la salvaguardia de los intereses públicos, como la organización política, social o económica del Estado español, pudiendo exigirse su aplicación para preservar la legalidad del sistema jurídico.

Cuando establece que: “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”.

De ahí, que cuando un ciudadano español se desplaza al extranjero para formalizar un contrato de gestación por sustitución para satisfacer su deseo de maternidad y/o paternidad, está incurriendo en una vulneración o fraude de ley de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12, apartado 4 del Código Civil que consagra que: “Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”.

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.

En tercer lugar, la Audiencia Provincial de Valencia, se plantea el reconocimiento de la filiación de los nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución. Derecho éste, considerado como inherente o consustancial a todo menor, por los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Pues, no podemos obviar que la filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre y con su padre. Nuestro Código Civil dispone en su artículo 108, que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. A su vez determina que la filiación por naturaleza puede tener un origen matrimonial (cuando el padre y la madre estén casados entre sí) y no matrimonial. Señalando a continuación, que cualquiera que sea el tipo de filiación de que se trate, producirá los mismos efectos.

En este caso, estaríamos ante el supuesto de la determinación de la filiación de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia de contratos de gestación por sustitución suscritos por ciudadanos españoles. Para ello es preciso estar a lo previsto en el artículo 10 apartado 2, cuando dispone que: “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Y, añade, en el apartado 3 que: “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Por tanto, podemos apreciar que la filiación materna que se concede a estos menores es la de la “madre incubadora”, es decir, la mujer que haya dado a luz, que por tanto será considerada la madre legal.

Ahora bien, esto no impide que en cualquier caso pueda reclamarse la paternidad biológica, mediante la interposición de la acción de reclamación de la paternidad prevista en el artículo 120 del Código Civil, según el procedimiento establecido en los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 10 apartados 2 y 3 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, está claro que la ley española preve los mecanismos jurídicos para determinar la filiación de un menor nacido como consecuencia de esta técnica. Y en consecuencia, la no aceptación del cumplimiento de estas medidas supondría una vulneración del principio de legalidad.

En cuarto lugar, la alegación por las partes interesadas del principio del interés superior del menor no puede justificar la infracción de una ley. Es cierto, que cualquier decisión en materia de menores debe acordarse teniendo en cuenta este principio consagrado en distintas normas internacionales y nacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, entre otras. Lo que está claro es que la prohibición del contrato de gestación por sustitución 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 artículo 35 de la propia Convención sobre los Derechos del Niño, cuando 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 forma.

En quinto lugar, tampoco cabe afirmar que existe una vulneración de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo, consagrados en el artículo 14 de la Constitución Española. Pues, cuando el matrimonio homosexual alega, que el apartado 3 del artículo 7 de la Ley 14/2006, es discriminatorio para las parejas homosexuales masculinas, ya que admite expresamente, la posibilidad de que una mujer casada con otra mujer que dé a luz, pueda solicitar al Encargado del Registro Civil del domicilio la determinación de la filiación del hijo de su cónyuge, a su favor.

En relación con la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, el citado artículo 7, dispone en su apartado 3, 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”.

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.

Es por ello que se argumenta por la Audiencia, que no puede considerarse discriminatorio dar un trato desigual a lo que es desigual. Además, considera que no es un tema relacionado con el sexo de las personas, sino con el tipo de sistema utilizado para la procreación: la maternidad subrogada. Lo que prohíbe el artículo 10 es el contrato de gestación por sustitución, cualquiera que sea el sexo de las personas que contraten la prestación de este servicio.

En otro orden y como fundamento principal de la demanda es preciso destacar la actuación del Encargado del Registro Civil Consular.

Al Encargado del Registro Civil Consular, por imperativo legal, le corresponde la comprobación previa del cumplimiento de la legalidad de la inscripción de la filiación del menor, y, en caso de duda, procederá a su denegación. Admitir lo contrario sería reconocer la inconstitucionalidad de artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Esto llevó al juzgador a valorar si se ajustaba o no a la ley, la denegación de la inscripción por parte del Encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles, de los menores nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, suscrito por un matrimonio homosexual español.

Para estimar la actuación del Encargado del Registro Civil consular, hay que partir de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil, en concordancia con los artículos 81 y 85 de su Reglamento, que le imponen la obligación de someter a un control de legalidad previo toda solicitud de inscripción registral que se presente a su calificación.

Al respecto, el artículo 23 dispone 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”.

El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, señala que: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativa 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”.

Por su parte, el artículo 85, también del Reglamento del Registro Civil dice que: “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no pueden obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellas autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante Título suficiente”.

En el caso de los contratos de gestación por sustitución, está claro que están prohibidos en nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual y cumpliendo con la previsión expresa de la ley, debe impedirse el acceso al Registro Civil de cualquier inscripción que se solicite y que sea producto de este contrato prohibido.

La actuación efectuada en el caso que nos ocupa, fue la correcta.

Y esta es la línea jurisprudencial que se ha venido manteniendo el pasado verano, cuando trascendió a los medios de comunicación el caso de un matrimonio español heterosexual, que se encontró con obstáculos similares a los del matrimonio valenciano, al intentar inscribir como suya a una niña nacida como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada en Nueva Delhi, India. En este caso, también se les denegó la inscripción de la menor.

Sin embargo, esta postura va a durar poco tiempo, como consecuencia de la decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado de dictar la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicada con fecha 7 de octubre, en el Boletín Oficial del Estado, con la finalidad de dotar de uniformidad y de seguridad jurídica la práctica registral en los Registro Civiles consulares españoles.

Efectivamente, la Dirección General de los Registros y del Notariado, dicta esta Instrucción al amparo de las atribuciones que le confieren el artículo 9 de la Ley del Registro Civil, y el artículo 41 del Reglamento del Registro Civil. El tenor del artículo 9 es el siguiente: “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 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”.

Por su parte, el artículo 41 dice que: “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”.

La Instrucción acuerda en su Exposición de Motivos, que tiene como finalidad primordial otorgar protección jurídica plena tanto al menor nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución; como a las madres gestantes que renuncian a la maternidad.

Abordando, globalmente para ello, tres aspectos muy importantes:

- en primer lugar los instrumentos necesarios que permitan el acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento de su nacimiento a efectos registrales;
- evitar que la inscripción pueda encubrir supuestos de tráfico internacional de menores,
- y que se compruebe que no se ha vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según lo dispuesto en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Establece al efecto la Instrucción, una serie de directrices que deberán ser observadas por los Encargados de los Registros Civiles consulares, al momento de calificar las solicitudes de

inscripción de nacimiento presentadas por ciudadanos españoles. Y, que consisten en,

- la presentación junto a la solicitud de inscripción, de una resolución judicial en la que se determine la filiación del nacido;
- la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur* según el procedimiento previsto en el artículo 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, salvo que sea aplicable un Convenio Internacional. Para practicarse la inscripción, deberá presentarse junto con la solicitud, el auto judicial que ponga fin al *exequátor* ;
- 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 Civil,
- siempre previa constatación de que se ha respetado el interés del menor y los derechos de la madre gestante. Deberá verificar especialmente que el consentimiento de la madre gestante ha sido prestado de forma libre y voluntaria, sin incurrir en dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente;
- que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables;
- que conste la identidad de la madre gestante;
- otros requisitos de carácter formal y procesal.

Por tanto, a partir de ahora, los Encargados de los Registros Civiles consulares deben atenerse al cumplimiento de estas directrices, y con ello se subsanarían los obstáculos que se habían presentado como consecuencia de las denegaciones de inscripción de menores nacidos como consecuencia de contratos de gestación por sustitución, suscritos por ciudadanos españoles en el extranjero.

Lo cierto, es que no existe una respuesta unánime en la doctrina. Así pues, nos encontramos con un sector doctrinal que considera que la solución podría ser “la introducción del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, lo que exigiría junto a su regulación, la reforma de algunas normas existentes, la reforma del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo y la modificación de los artículos 1.271 y 1.275 del Código Civil” (Vela Sánchez, 2011: 1680 y 1681).

En el mismo sentido, también argumenta este sector doctrinal, que “la Instrucción no ha conseguido dar solución a la aplicación de la normativa registral por los Encargados de los Registros Civiles consulares y que ha contribuido a burocratizar de modo artificial e innecesario el acceso al Registro Civil español de la filiación acreditada en país extranjero” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2010: 261 y 262).

Otros autores consideran que, las directrices introducidas por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, “deben seguirse en la práctica registral, en aras de la seguridad jurídica, fijándose como requisito para realizar la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente”. (Díaz Romero, 2010: 1787).

Y una tercera línea doctrinal, se manifiesta en el sentido de que “nuevamente el Ministerio de Justicia ha optado por la vía errónea de considerar que las normas reglamentarias pueden utilizarse en contra del Derecho vigente, alterando gravemente el sistema de fuentes constitucionalmente establecido. En este caso lo ha hecho a través de una Instrucción de 5 de octubre de 2010...que es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues en realidad, pretende que cuanto la Ley excluye sea admisible por vía reglamentaria”. (Lasarte Álvarez, 2012: 7).

En definitiva, la solución podría venir dada en la respuesta a estos interrogantes ¿Acaso es la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, la solución momentánea a todos los obstáculos que existen para la inscripción de menores nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución suscrito por ciudadanos españoles en el extranjero?

Está claro que la Dirección General de los Registros y del Notariado dicta la mencionada Instrucción, al amparo de las competencias que tiene encomendadas en todos los asuntos relacionados con el Registro Civil, por disposición del artículo 9 de la Ley del Registro Civil, y del artículo 41 de su Reglamento.

El artículo 9 establece que los Encargados del Registro, cualquiera que sea el cargo o el empleo que desempeñen, deberán cumplir las órdenes e instrucciones que dicte la Dirección General de los Registros y del Notariado, en todos aquellos asuntos relativos al Registro Civil.

El problema surge porque los Encargados de los Registros Civiles consulares también están obligados por el artículo 23 del mismo cuerpo legal, y por los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, a realizar un control previo de legalidad para garantizar que toda solicitud de inscripción que se someta a su calificación, es conforme con la Ley española.

Si ponemos estos artículos en concordancia con el artículo 10 de la Ley 14/2006, deberá determinarse que toda solicitud de inscripción de menores que tenga su origen en un contrato de gestación por sustitución, no superará este control de legalidad previo, por lo cual, el Encargado deberá denegar su acceso al Registro Civil

Es una disyuntiva a la que se enfrentarán los Encargados y que deberán solventar en cada uno de los supuestos que se presenten a su calificación, en el Registro Civil consular español de que se trate.

Lo deseable sería que existiera una directriz a nivel internacional que unificara criterios respecto a la inscripción registral de los nacidos como consecuencia de los contratos de gestación por sustitución. Y, para ello se han reunido los mandatarios internacionales para abordar la cuestión, proponiendo una serie de aspectos en los que debería centrarse una regulación uniforme de la materia.

Así, la Conferencia de Derecho Privado de la Haya, de marzo de 2011 en un documento denominado "Cuestiones de Derecho Internacional Privado relativas al estatus del niño, incluidos los asuntos derivados de los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional", (PRIVATE INTERNATIONAL LAW ISSUES SURROUNDING THE STATUS OF CHILDREN, INCLUDING ISSUES ARISING FROM INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS *document drawn up by the Permanent Bureau*). Ha determinado que,

"El posible contenido de un instrumento futuro relativo a cuestiones de derecho internacional privado del establecimiento e impugnación de la filiación. Por ejemplo, podría contener:

- normas uniformes sobre jurisdicción de tribunales u otras autoridades para tomar decisiones sobre filiación con efecto general (i.e., *erga omnes*);
- normas uniformes de legislación aplicable;
- normas para el reconocimiento y la ejecución de esas decisiones;
- normas uniformes sobre ley aplicable al establecimiento de la filiación de pleno derecho o por acuerdo;
- ley aplicable o principios de reconocimiento relativos al establecimiento de la filiación por reconocimiento voluntario."

Recientemente el "Informe Preliminar publicado en marzo de 2012, por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sobre problemas derivados de los acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional". (A PRELIMINARY REPORT ON THE ISSUES ARISING FROM INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS *drawn up by the Permanent Bureau*), ha puesto de manifiesto el aumento considerable de los casos de maternidad subrogada a nivel internacional. Es un fenómeno global, que requiere igualmente, una solución global. La situación actual dista mucho de ser satisfactoria tanto para los países como para las partes implicadas, pero lo más importante, para los niños nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución. Existe una preocupación generalizada de que la situación existente no garantiza el respeto al interés superior del menor ni a sus derechos fundamentales.

El próximo año el Consejo continuará su labor en este campo, haciendo circular cuestionarios entre los países miembros para que aporten información más detallada sobre los problemas



que han tenido en relación con la maternidad subrogada y el reconocimiento de la paternidad y la filiación de los niños nacidos mediante esta técnica; consultas con médicos, abogados y otros profesionales, incluidas las agencias de subrogación y la realización de estudios comparativos de legislación privada internacional relativa al reconocimiento de la paternidad.

También, la Oficina Permanente de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, tiene previsto elaborar un Informe Final de la problemática que plantean los contratos de gestación por sustitución de carácter internacional, para el Consejo de abril de 2013. El objetivo es la adopción de un instrumento internacional de colaboración entre los distintos países que establezca las bases para la armonización de las legislaciones y el reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en el extranjero.

En definitiva y teniendo en cuenta los hechos comentados, podríamos concluir con una serie de reflexiones sobre los siguientes extremos:

- Que el ordenamiento jurídico español prohíbe las maternidad subrogada, según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, vigente en la materia.
- A pesar de lo taxativo de dicha prohibición, muchos ciudadanos españoles (parejas heterosexuales, parejas homosexuales femeninas o masculinas e incluso hombres y mujeres solas) recurren a esta técnica de reproducción humana asistida, en los pocos países en los que es legal, para intentar lograr su aspiración de formar una familia, pero utilizando una norma de conflicto extranjera para eludir la aplicación de una ley imperativa española. Y, por tanto, creando la posibilidad de actuar en fraude de ley.
- No puede admitirse la utilización por ciudadanos españoles de esta técnica reproductiva proscrita por nuestro Derecho, amparándose en la amplia autonomía de la voluntad de las partes que consagra el artículo 1.255 del Código Civil, ya que ésta encuentra su propio límite en el respeto a la ley, a la moral y al orden público.
- No obstante, no se niega a los menores el derecho a una identidad única ni a la determinación de su filiación paterna, pero los interesados deberán recurrir a los mecanismos establecidos al efecto por el propio ordenamiento jurídico y no desconociendo ni vulnerando el tenor literal de la ley. (Artículo 10, apartado 3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo; artículo 120 del Código Civil; artículos 175 y siguientes del Código Civil y artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La madre legal será quien lleve a cabo la gestación y el parto. Quedando la filiación materna determinada por el alumbramiento, según lo dispuesto por el apartado 2 del artículo 10, de la Ley 14/2006.
- La Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, con la finalidad de dotar de uniformidad y de seguridad jurídica la práctica registral en los Registro Civiles consulares españoles.

Las órdenes e instrucciones que dicte en referencia con el Registro Civil, vinculan a todos los Encargados independientemente del cargo o del empleo que desempeñen, como disponen el artículo 9 de la Ley del Registro Civil y el artículo 41 de su Reglamento.

- Los Encargados de los Registros Civiles consulares españoles, vienen obligados por el artículo 23 de la Ley del Registro Civil en relación con los artículos 81 y 85 de su Reglamento, a realizar un control de legalidad previo al acceso de cualquier inscripción al Registro Civil, comprobando si es conforme con la legislación española.
- Lo que se plantea es una contradicción de disposiciones relativas a la misma materia. De una parte, el artículo 10 de la Ley 14/2006, que establece taxativamente la prohibición del contrato de gestación por sustitución, considerándolo nulo de pleno derecho; y de otra, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Esta Instrucción establece la posibilidad de inscripción de la filiación de los menores nacidos en el extranjero, como consecuencia de esta técnica prohibida, cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española.
- El problema surgirá para los Encargados de los Registros Civiles consulares españoles,

ya que deberán tener en cuenta tanto la Ley 14/2006 como la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, las cuales entran en colisión en sus fundamentos jurídicos, lo que nos lleva a reflexionar hasta qué punto una norma reglamentaria puede contradecir lo expresamente prohibido en una ley vigente.

- Y es que no existe por parte de la doctrina, una postura unánime a este respecto. Algunos autores abogan por la legalización de la gestación por sustitución en nuestro Derecho e incluso sostienen que dicha Instrucción no ha hecho más que complicar y burocratizar todo el procedimiento; otro sector doctrinal argumenta, que dicha Instrucción ha servido de momento para solventar las denegaciones de inscripción de la filiación de los menores nacidos mediante contratos internacionales de gestación por sustitución; otros consideran que la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado permite, que de hecho por vía reglamentaria, se admita esta técnica de reproducción humana asistida, expresamente prohibida por la Ley.
- A nivel internacional, tampoco encontramos un consenso con respecto a la legalidad o a la ilegalidad de esta técnica reproductiva. Lo que existe, por el contrario, es una creciente preocupación por la proliferación de contratos internacionales de maternidad subrogada, lo que hace inaplazable dotarlos de un marco legal homogéneo que permita garantizar el respeto al interés superior de los menores nacidos como consecuencia de esas técnicas de reproducción humana asistida, y los derechos de las madres gestantes. Se han elaborado, al respecto, varios informes por parte de la Oficina Permanente de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya. No obstante, se prevé la publicación del Informe Final, para el mes de abril de 2013.

La máxima jurídica *mater semper certa est*, que no admitía prueba en contrario y que atribuía la maternidad por el hecho del parto, tal vez deba ser revisada a la luz de la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución o maternidad subrogada, conocida coloquialmente como vientre de alquiler.

### Bibliografía

- 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 de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1 (3), 294- 319.
- Díaz Romero, M. (2010, Diciembre 14). La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico". *Diario La Ley*, 7527.
- Lasarte Álvarez, C. (2012, Enero 17). La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria. *Diario La Ley*, 7777.
- Vela Sánchez, A. J. (2011, Abril 11). La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. *Diario La Ley*, 7608.



Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011 por Yvette Velarde D'Amil se encuentra bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/).  
Basada en una obra en <http://ojs.cc.upv.es/index.php/reinad/index>.