

# La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos

DERECHO  
ESPAÑOL

CARMEN CHELIZ

Licenciada en Derecho.

Becaria predoctoral en el Departamento de Derecho Privado.

Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.





## RESUMEN

En el presente artículo se va a realizar una aproximación a los problemas jurídicos que se plantean en España en relación con la gestación por sustitución. Con este fin se va a abordar, en primer lugar, el tratamiento que el ordenamiento jurídico español realiza de esta figura, prestando especial atención a la situación de la mujer gestante, para posteriormente analizar una problemática concreta que se está planteando en España en relación con esta técnica reproductiva: la inscripción en el Registro Civil español, de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Para ello, se analizarán diferentes pronunciamientos de la DGRN y de órganos jurisdiccionales españoles, finalizando con un esquema argumentativo de los mismos.

**Palabras clave:** Gestación por sustitución. Mujer gestante. Inscripción en el Registro Civil.

**Gestational surrogacy in the Spanish legal system: status of the gestational surrogate, problems, and effects.**

## ABSTRACT

This article makes an approach to the legal problems raised in Spain in relation to gestational surrogacy. To this end it will address, first, the treatment that the Spanish legal system made of this figure, with particular attention to the situation of the gestational surrogate, later to analyze a specific problem that is being considered in Spain in relation to this reproductive technique: the inscription in the Spanish Civil Registration of children born through gestational surrogacy abroad. To do this, it will analyze various pronouncements of Spanish courts, ending with an argumentative scheme of them.

**Keywords:** Gestational surrogacy. Gestational surrogate. Inscription in the Civil Registration.

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, los avances técnicos y científicos relacionados con la reproducción humana, han dado lugar a que se generen situaciones o figuras específicas de filiación distintas de las tradicionales, las cuales, en numerosas ocasiones, son difícilmente adaptables a la legislación y principios del Derecho de Familia<sup>1</sup>. Este nuevo planteamiento ha ocasionado que la maternidad y la paternidad no procedan únicamente de una filiación natural o adoptiva, sino que se abren otras posibilidades en las que la descendencia genética o el origen biológico ya no son determinantes<sup>2</sup>.

Esto es lo que ocurre en el caso de la gestación por sustitución, que se puede definir como *“una técnica que se realiza a través de 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”*<sup>3</sup>.

Se trata de una técnica de reproducción no permitida en España por el art. 10 Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el cual determina la nulidad de todo contrato de gestación por sustitución, y establece que en estos ca-

sos la filiación se determinará por el parto. No obstante, nuestra regulación contrasta con la de otros países que sí consideran la gestación por sustitución legal, como son ciertos Estados de Estados Unidos, Rusia, Georgia, Ucrania, Kazajistán e India, y, aunque con restricciones, también se permite en el Reino Unido y Grecia<sup>4</sup>.

Así, como consecuencia de que la figura sí que es admitida en otros ordenamientos jurídicos, unido al fenómeno de la globalización y a la facilidad que hay actualmente para desplazarse de un lugar a otro, ello hace que se planteen en España problemas jurídicos en torno a la gestación por sustitución, e incluso, que se le reconozca ciertos efectos, pese al precepto legal ya referido.

## II. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA MUJER GESTANTE

Como ya se ha mencionado, es el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida el que declara la nulidad de todo contrato de gestación por sustitución, y establece expresamente que la filiación en estos supuestos quedará determinada por el parto. No obstante, la no permisión de la gestación de sustitución en nuestro ordenamiento jurídico se

remonta a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que en su artículo 10 ya establecía, en términos idénticos, lo mismo que la actual Ley 14/2006.

Pero, ¿cuáles son las razones que lo fundamentan? Para encontrarlas hemos de acudir a un antecedente de la Ley 35/1988, el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro<sup>5</sup>, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986. En dicho informe se recomienda la prohibición de la gestación de sustitución, teniendo en cuenta principalmente la situación en la que quedaría la mujer gestante. Así, aparte de considerar la influencia que el embarazo podría tener en su salud, establece expresamente que la gestación de sustitución *“puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer del mercado de trabajo puede contribuir), inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría en un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles”*. Por lo tanto, con la prohibición de la gestación de sustitución, lo que se pretendía era proteger a la mujer gestante, evitar que sufriera abusos, y no convertir el cuerpo femenino en objeto de comercialización.



**1** Véase CORRAL DUEÑAS, F. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, de Marina Pérez Monge” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 677, 2003, pp. 1955-1956. En general, sobre los nuevos modelos de familia véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ “Nuevos modelos de familia?” en *La familia, paradigma de cambio social: ponencias*, Barcelona, 15-16-17 de mayo de 2008, 2008, pp. 269-300; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ “Nuevos modelos de familia: la respuesta legal” en *Revista española de derecho canónico*, Vol. 64, N° 163, 2007, pp. 703-744.

**2** Véase LASARTE ÁLVAREZ, C. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria” en *Diario La Ley*, N° 7777, 2012.

**3** Definición dada por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia núm. 826/2011 de 23 de noviembre.

**4** Hacen alguna referencia al respecto SELMA PENALVA, A. “Vientres de alquiler y prestación por maternidad” en *Aranzadi Social*, N° 9, 2013; y especialmente LAMM, E. “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3, 2012.

**5** Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados, Secretaría General, Madrid, 1986, pp. 149-156.

**6** Concretamente, atendiendo a los artículos 1261 a 1277 del Código Civil español.

**7** Así por ejemplo, véase 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*, N° 7501, 2010; DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Diario La Ley*, N° 7527, 2010; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 6, 2011; y VERDERA IZQUIERDO, B. “Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida”, *Actualidad Civil*, N° 10, 2007, pp. 1117.

**8** Así lo pone de manifiesto la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 18 de febrero de 2009, y ha sido apoyado por la doctrina internacional privatista. Véase por ejemplo el magnífico trabajo de CALVO CARAVACA, A.L./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*, Vol. 1, N° 2, 2009, pp. 294-319.

**9** Ello también se puede extraer de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, núm. 193/2010 de 15 de septiembre, que en su fundamento de derecho cuarto establece que “esta consecuencia jurídica 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”.

Gran parte de la doctrina defiende también que, aunque no existiera tal precepto, el contrato sería nulo en aplicación de las normas del Código Civil<sup>6</sup>, por ilicitud de su causa y por razón de su objeto<sup>7</sup>, puesto que tanto la capacidad de gestar, como el cuerpo humano en sí, son indisponibles, intransferibles y personalísimos, de tal manera que la persona humana no puede ser objeto de comercio o de transacción. Además, las normas reguladoras de la filiación y del estado civil de las personas son imperativas y de orden público, por lo que son indisponibles, oponiéndose de tal forma este contrato al principio de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil.

### III. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

Uno de los principales problemas que se plantea en España con respecto a la gestación por sustitución, es la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción, el cual ha dado lugar a numerosa jurisprudencia, y a una importante polémica en la doctrina. Entre los pronunciamientos más relevantes destacan la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN), la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, núm. 193/2010 de 15 de septiembre, y la de Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm. 826/2011 de 23 de noviembre.

Con carácter previo al análisis de la citada jurisprudencia, es relevante realizar dos aclaraciones. En primer lugar, debido a la incidencia de elementos extranjeros en los mencionados supuestos, resulta indispensable abordar la cuestión desde una perspectiva internacional privatista, teniendo en cuenta que, debido a que la filiación ya ha sido determinada en un país extranjero, no se trata de establecer cuál es la ley aplicable a la misma, sino que nos movemos en el

campo del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras<sup>8</sup>. En segundo lugar, el razonamiento a seguir ante estos supuestos es el mismo, independientemente del sexo de los miembros de la pareja que acuda a la gestación por sustitución y posteriormente traten de inscribir la filiación en el Registro, puesto que lo determinante es la forma de alumbramiento. La única diferencia es que en los supuestos en que se trate de mujeres, o de una pareja heterosexual, existe una mayor dificultad para el encargo del Registro, de conocer que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución, pero una vez conocido, la consecuencia jurídica es la misma<sup>9</sup>.

Teniendo en cuenta estas puntualizaciones, se va a realizar un análisis de la Resolución de la DGRN y de las dos sentencias ya citadas. En ellas se plantea el caso de dos cónyuges españoles, ambos varones, que viajaron a California, país donde se permite la gestación por sustitución y en el que recurrieron a dicha técnica para tener hijos. Tras el nacimiento de dos niños, acudieron a inscribir tal hecho en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, como hijos del matrimonio, inscripción que el encargado del Registro Civil Consular denegó, basándose en que los niños nacieron como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, práctica prohibida por la ley española, y por lo tanto la filiación ha de determinarse a favor de la madre gestante. Este auto es recurrido por los interesados, y da lugar a la Resolución siguiente.

#### **1** Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN

Esta Resolución es una decisión pionera, puesto que determina, por primera vez en España, la procedencia de la inscripción de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, a favor de dos varones españoles. No obstante, ha recibido duras críticas por parte de la doctrina, a las que luego se hará referencia.



En primer lugar, la DGRN distingue entre la inscripción en el Registro Civil practicada a partir de declaración, y la practicada a partir de certificación registral extranjera, y establece que, al haber ya una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los menores, no se trata de un supuesto de determinación de la filiación, y por lo tanto, de determinar cuál es la ley aplicable al caso mediante las normas conflictuales; sino que es una cuestión de validez extraterritorial de resoluciones extranjeras en España. En consecuencia, se excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que las normas de conflicto pudieran conducir (incluida la Ley 14/2006), y aplican al supuesto el art. 81 Reglamento Registro Civil<sup>10</sup>. En este punto es donde se ha hecho una de las principales críticas a la Resolución<sup>11</sup>, puesto que, si bien es cierto que al tratarse de un certificado registral extranjero es de aplicación el art. 81 RRC, también son de aplicación los arts. 85 RRC, y, principalmente, el 23 LRC<sup>12</sup>.

Continuando con la argumentación de la DGRN, establece que, basándose en la soberanía de los Estados y en los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, la solución alcanzada en un Estado debe ser estable, continua, y segura; y por ello, el art. 81 RRC obliga a un control de legalidad, pero no a que las soluciones adoptadas por un certificado registral extranjero sean idénticas a cómo habría resuelto la autoridad registral española. Así pues, los requisitos que, según la DGRN, debe cumplir una certificación extranjera para adquirir al Registro Civil son los siguientes:<sup>13</sup> que se trate de un documento público, que la autoridad registral extranjera desempeñe funciones equivalentes a las autoridades registrales españolas, que dicha autoridad fuese competente, que se hubieran respetado los derechos de defensa de los interesados, y que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

Tras entender que se cumplen los cuatro primeros requisitos, el conflicto se presenta en la posible contrariedad de la certificación extranjera con el orden público internacional español. A este respecto, la DGRN establece que *“la incorporación de esta certificación no perjudica la estructura básica del Derecho español, y por ello tampoco lesiona la organización moral y jurídica fundamental de la sociedad española”*.

Ello lo fundamenta, principalmente, en que de no aceptarse tal inscripción se lesionarían los principios de igualdad y no discriminación (porque sí que se admite la filiación a favor de dos varones por adopción, y también se permite la filiación a favor de dos mujeres), y el principio del interés superior del menor, en concreto, su derecho a una identidad única, traducido en que dispongan de una filiación única en varios países. El interés del menor, exige por lo tanto, la continuidad espacial de la filiación, y la coherencia internacional de la misma<sup>14</sup>.

Finalmente, también añade que no se trata de un caso de fraude de ley internacional, puesto que para ello es necesario que se haya alterado un punto de conexión de la norma de conflicto española, con el fin de eludir una norma imperativa española<sup>15</sup>, y que tampoco es un supuesto de *forum shopping*, puesto que, la certificación extranjera no es una resolución judicial y por lo tanto es alterable, no existe *bad forum shopping* y, en cualquier caso, debe primar el interés del menor.

De todo ello, concluyen que se cumplen los requisitos exigidos por el art. 81 RRC (aunque como ya he matizado antes, son requisitos que la norma no establece expresamente, sino que los entiende así la DGRN), y por lo tanto sí que procede la inscripción en el Registro Civil Consular español, de la filiación de los niños a favor de los dos varones españoles<sup>16</sup>.

10

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.

11

En el caso de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp. 348, critica que la DGRN centra su argumentación en el art. 81 RRC, e ignora que también es aplicable el art. 23 LRC, que sí hace una mención expresa a la conformidad del certificado extranjero con la Ley española. Así, Álvarez González establece que este *“es un requisito que, mientras no cambie la norma, ha de respetarse”*.

12

La DGRN ha obviado totalmente este artículo, que es aplicable al caso, y sobre las inscripciones en el Registro Civil establece lo siguiente: *“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”*.

13

Ver el análisis realizado en CALVO CARAVACA, A.L./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*, Vol. 1, N° 2, 2009, pp. 307 y siguientes.

14

Se basa en una interpretación de dos preceptos de la Convención de Derechos del Niño. Art. 3: *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Art. 8.1: *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”*. También toma en consideración la jurisprudencia del TJUE, en cuanto a los casos García Avello, y Grunkin Paul.

15

Algunos autores hablan de que, aunque no haya fraude de ley al punto de conexión de la norma de conflicto, sí que hay fraude de ley a la norma de conflicto si se atiende a la pretensión o a la situación jurídica en su conjunto como objeto del conflicto de calificaciones que subyace a la maternidad subrogada. Ver QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2009, pp. 35 y siguientes.





2

**Sentencias del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, núm. 193/2010 de 15 de septiembre, y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm. 826/2011 de 23 de noviembre.**

Frente a la Resolución de la DGRN, el Ministerio Fiscal interpuso recurso, que dio lugar a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y, al ser recurrida también ésta, a la Sentencia de la Audiencia Provincial. Ambas fallan en contra de la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, con un razonamiento bastante similar, aunque divergente en algunos aspectos.

Con respecto a la Resolución de la DGRN, la primera distinción que cabe apreciar con ambas sentencias, es la normativa aplicada al caso. Mientras que la DGRN basaba su argumentación en el art. 81RRC, las dos sentencias aplican principalmente el art. 10 de la Ley 14/2006, y art. 23LRC. Por lo tanto, en aplicación de este último artículo, se exige como requisito para la inscripción de la certificación registral extranjera *“que no haya duda del hecho inscrito, y de su legalidad conforme a ley española”*. Partiendo pues de este precepto, ambos Tribunales coinciden en que para comprobar la legalidad del hecho conforme a la ley española hay que acudir a la Ley 14/2006 y como consecuencia, dado que en su art. 10 prohíbe la gestación por sustitución y establece que la filiación en estos casos se determinará por el parto, se trata de un hecho contrario a la ley española, por lo que no puede ser inscrito<sup>17</sup>. No obstante, ninguna de las dos sentencias se quedan ahí, sino que pasan a analizar también otros temas que trata la Resolución de la DGRN, como son la posible vulneración del principio de igualdad, del interés superior del menor, o del orden público, y si hay o no fraude de ley.

En primer lugar, atendiendo al principio de igualdad, ambos tribunales establecen que la no procedencia de

la inscripción no vulnera éste principio ni es discriminatorio, puesto que se fundamenta en la procedencia de los niños, no en el sexo de los solicitantes. Y en lo que respecta al interés superior del menor, las dos instancias admiten que se trata de un principio a considerar siempre que una decisión afecte a menores, pero en este supuesto concreto *“el fin no justifica los medios”* y *“la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley”*, tras lo que instantan a los solicitantes a inscribir la filiación de los menores siguiendo los cauces legales.

En cuanto al orden público internacional, el Juzgado de Primera Instancia no se pronuncia acerca de si hay vulneración o no del mismo, pero sí que lo hace la Audiencia Provincial de Valencia estableciendo que la aceptación de la inscripción sí que comportaría una vulneración del orden público internacional, puesto que iría contra principios como que las personas, y los niños específicamente, no pueden ser objeto de transacción o comercio, y contra la propia dignidad de la persona. Incluso establece que se podría considerar el art. 10 Ley 14/2006 como una norma de policía, cuya observancia en nuestro país se podría considerar esencial para salvaguardar sus intereses públicos<sup>18</sup>.

Finalmente, respecto a si se produce fraude de ley o no, ambos tribunales coinciden en que no hay ningún tipo de conexión previa entre los solicitantes y el Estado de California, por lo tanto aunque no se haya alterado un punto de conexión de la norma de conflicto, sí que hay indicios suficientes para considerar que han tratado de huir de la aplicación de las normas de conflicto españolas y de la ley imperativa española, con la finalidad de aumentar las posibilidades de inscripción en el Registro que de otra forma serían nulas.

Por todo ello, ambos Tribunales fallan, como ya se había adelantado, que no es un hecho inscribible en el Registro Civil español.

16

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp.353 critica que la DGRN utiliza una forma de argumentación negativa, en el sentido de que se basa en que la no inscripción vulneraría el principio de interés del menor o el de igualdad, en vez de verificar si la inscripción los vulnera o no. Afirma que “bastaría con haber afirmado la inexistencia de un principio superior contrario al reconocimiento”. También ATIENZA, M. “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El notario del siglo XXI*, N° 27, 2009, define la argumentación utilizada como “artificiosa” y establece que la DGRN “elude entrar en (...) si la gestación por sustitución va o no contra el orden público español”.

17

Al respecto, se ha criticado que el art. 23 LRC no nos conduce únicamente a una norma española, puesto que hay que entender que nos remite a todo el ordenamiento jurídico, incluidas las normas de conflicto, por lo que esto nos puede conducir a una ley extranjera: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp.356.

18

Sobre este tema ver QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2009, pp. 17.



3

### Instrucción de 5 de octubre de 2010

Un mes después de que se dictara la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, la DGRN dictó esta Instrucción sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en la cual se busca proteger principalmente el interés superior del menor y el de la madre gestante<sup>19</sup>, y con base a ello hace que actualmente sí que se admita la inscripción, siempre y cuando cumplan los requisitos allí establecidos, que son:

Que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en que se acredite la filiación del menor nacido mediante gestación por sustitución. Por lo tanto ya no basta con presentar una certificación registral extranjera.

Que dicha resolución judicial, si fuera resultado de un proceso de jurisdicción contencioso, obtenga el ejecutivo en España.

Por el contrario, si la resolución judicial extranjera hubiera sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, no es preciso el reconocimiento judicial por homologación, si no que el Encargado del Registro llevará a cabo un control incidental.

En este reconocimiento incidental, se debe comprobar: la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera, que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación españolas, que se hubieran garantizado los derechos procesales de las partes, que no se ha vulnerado el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante, y que la resolución judicial es firme, y los consentimientos prestados irrevocables, o si no fuera así, ya hubieran transcurrido los plazos de revocabilidad.

Esta Instrucción no ha resuelto la problemática ya existente, sino que la ha complicado aún más, y ha generado un mayor debate entre la doctrina. Así, ha recibido numerosas críticas tanto por su mal manejo de las normas y los métodos de Derecho Internacional Privado español<sup>20</sup>, como porque se está regularizando de facto una actividad ilícita en España, y ello puede dar lugar también a un “turismo reproductivo” internacional<sup>21</sup>. VELA SÁNCHEZ, A.J. incluso afirma que dicha Instrucción es inconstitucional, puesto que atenta contra el principio de igualdad del art. 14 CE, y además se trata de una norma reglamentaria nula por vulnerar el sistema de fuentes constitucionalmente establecido y garantizado.

## IV. ANÁLISIS ESQUEMÁTICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Siguiendo el esquema propuesto por ATIENZA, M.<sup>22</sup>, a continuación se va a representar la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, núm. 193/2010 de 15 de septiembre, y la de Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm. 826/2011 de 23 de noviembre. El significado de las figuras que se emplean para ello es el siguiente:

19

Así, establece expresamente que “atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida.”

20

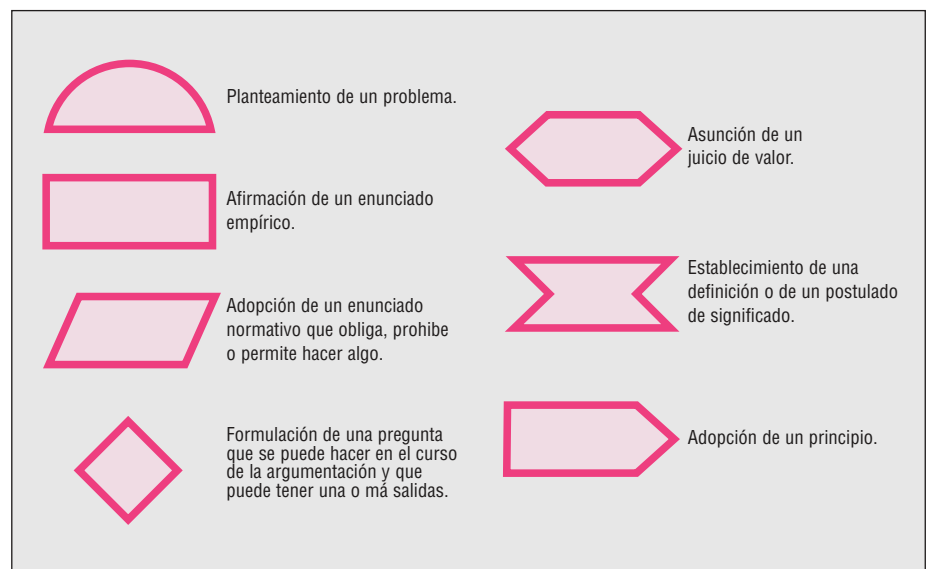
En este sentido ver el magnífico análisis que se lleva a cabo en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 247-262, y CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Ganada, Comares, 2011/2012, pp. 291 y siguientes. También trata el tema ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp.356 y siguientes.

21

Defienden esta posición por ejemplo 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*, N° 7608, 2011; y CERDÀ SUBIRACHS, J. “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN” en *Abogados de Familia*, Editorial La Ley, N° 60, 2011.

22

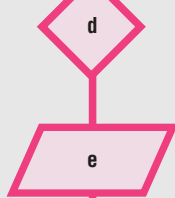
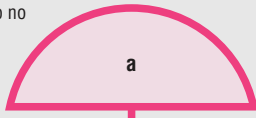
Véase ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1993, pp. 241.



**Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado**

**a:** Problema: si debe inscribirse o no en el Registro Civil español, la filiación a favor de dos varones españoles, de dos hijos nacidos en el extranjero mediante la técnica de la gestación por sustitución.

**g:** Hay una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y filiación de los menores en favor de los dos varones españoles. Por lo tanto, es una cuestión de validez extraterritorial de resoluciones extranjeras en España.



**d y e:** El precepto que se aplica principalmente es el art. 81 RRC. También se aplican:  
 - art. 9 y 14 CE,  
 - art. 323.2 LECiv.,  
 - art. 85 RRC,  
 - art. 73 Ley 14/2006,  
 - art. 3 Ley Convención Derechos Niño,  
 - art. 17.1 a CC.



**h:** Debe respetarse el principio de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, y así, que la solución alcanzada en un Estado sea estable, continua y segura.

**i:** El art. 81 RRC obliga a un control de legalidad, no a adoptar idénticas soluciones.



**j:** Aceptar la inscripción no lesionaría los principios básicos de derecho fundamental español. No se ha cometido fraude de ley.

**l:** El principio del orden público internacional no se vulnera.



**k:** Tampoco se lesionan los principios de igualdad y no discriminación.



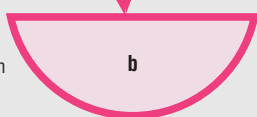
**m:** Hay que proteger el principio del interés de los menores.

**n:** Los menores tienen derecho a una identidad única, que se traduce en que dispongan de una filiación única en varios países.



**f:** Art. 81 RRC. Se cumplen los requisitos exigidos.

**c:** Los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española.

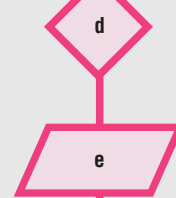
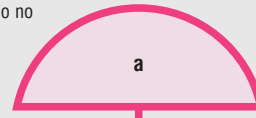


**b:** Si que procede la inscripción en el Registro Civil Consular, del nacimiento de los menores.

**Juzgado de Primera Instancia nº 15. Valencia**

**a:** Problema: si debe inscribirse o no en el Registro Civil español, la filiación a favor de dos varones españoles, de dos hijos nacidos en el extranjero mediante la técnica de la gestación por sustitución.

**g:** Los niños fueron concebidos mediante una técnica de gestación por sustitución.



**d:** Normativa aplicada principalmente:  
 - art. 10 ley 14/2006,  
 - art. 23 LRC,  
 También aplica el artículo 85.1 RRC.

**e:** Art. 23 LRC exige como requisitos que no tiene que haber duda del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española.



**h:** Para comprobar la legalidad de este hecho conforme a la ley española hay que acudir a la ley 14/2006, que en su art. 10 prohíbe dichas técnicas, y establece que en estos casos la filiación vendrá determinada por el parto.



**i:** Es biológicamente imposible que dos varones sean los padres de los niños.



**j:** El principio de discriminación y el del interés del menor no se vulneran aunque no se acepte la inscripción.



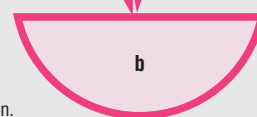
**k:** El matrimonio español formado por los dos varones acude a California, país donde es legal la gestación por sustitución.

**l:** Acuden allí para aumentar las posibilidades de inscripción en el Registro, que de otra forma son nulas.



**f:** El art. 10 ley 14/2006 prohíbe la gestación por subrogación, entonces es un hecho no legal conforme a la ley española, por lo que no cumple los requisitos del art. 23 LRC.

**c:** Hay determinados supuestos similares, que tampoco son inscribibles en el Registro Civil español.



**b:** Se trata de un hecho no inscribible en Registro Civil español, por lo tanto se procede a cancelar dicha inscripción.



### Audiencia Provincial de Valencia

**a:** Problema: si debe inscribirse o no en el Registro Civil español, la filiación a favor de dos varones españoles, de dos hijos nacidos en el extranjero mediante la técnica de la gestación por sustitución.

**d:** Normativa aplicada principalmente:  
- art. 10 ley 14/2006,  
- art. 23 LRC,  
También aplica:  
- art. 81 y 85 RRC.  
- art. 10.1, 14, 15 y 39.2 CE.  
- art. 3 Convención sobre Derechos del niño.  
- art. 1271 y 1275 CC.

**g:** Define la gestación por sustitución como un contrato a través del cual una mujer consiente llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a sus comitentes, que pueden aportar o no sus gametos.

**h:** Es aplicable el art. 10 ley 14/2006, que establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, y que la filiación se determinará por el parto.

**i:** Analiza distintos principios:  
- El principio de igualdad, y el de interés del menor y el derecho a una identidad, no se violarían si se denegara la inscripción.  
- Sin embargo si se aceptara, el orden público español si que se vulneraría, ya que iría contra principios como que las personas y los niños específicamente, no pueden ser objeto de transacción o comercio, y contra la propia dignidad de la persona.

**j:** No hay ningún tipo de conexión previa entre los solicitantes y California.

**k:** Han tratado de huir de la aplicación de las normas de conflicto españolas, y de la ley imperativa española.

**f:** El art. 23 LCR permite el acceso al Registro, de las certificaciones extranjeras, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española, y según el art. 10 ley 14/2006, la gestación por sustitución no es legal en España.

**b:** Se trata de un hecho no inscribirle en Registro Civil español.



## V. CONSIDERACIONES FINALES

Tal y como se ha analizado, la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de la Resolución de 18 de febrero de 2009 y de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, ha permitido la inscripción en el Registro Civil de nacidos mediante esta técnica de reproducción. Ello ha planteado numerosos problemas, puesto que, como se ha visto, se cuestiona la licitud de esta actividad en España. Tanto la Resolución como la Instrucción de la DGRN, establecen los requisitos que han de concurrir para la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución, a favor de los solicitantes, no siendo ninguno de ellos la madre gestante. Con ello se está produciendo una contradicción entre lo que establece el ordenamiento jurídico español, y concretamente, el artículo 10 de la Ley 14/2006, y la práctica jurídica.

Se observa por ello, cómo es posible reconocer ciertos efectos jurídicos en España a situaciones generadas en el extranjero en las que aparecen implicadas nacionales españolas. Desde el punto de vista internacional privatista, ello puede ocurrir a través del juego del llamado orden público internacional atenuado<sup>23</sup>. El mismo opera en situaciones jurídicas que ya han sido creadas en un país extranjero y que ya han producido legalmente sus efectos jurídicos en dicho país, y consiste en que se reconozcan ciertos efectos en España, producidos por estas situaciones, sin que se dañe la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. Por lo tanto, no se permite crear en España una situación jurídica con arreglo a una Ley extranjera que dañe el orden público internacional español, pero sí que se pueden aceptar efectos periféricos a situaciones creadas en el extranjero, con arreglo a ley extranjera, aunque no estén reconocidas en nuestro Derecho.

De ello se deduce que, no se puede considerar válido ni ejecutar un contrato de gestación por sustitución en España, puesto que atentaría directamente contra nuestro orden público internacional. Sin embargo, una vez que el contrato ha sido creado y ejecutado en el extranjero, válidamente celebrado y conforme a leyes extranjeras que lo permiten, estamos ante una situación válidamente creada en el extranjero, ya no se trata de crearla en España, sino únicamente de reconocer ciertos efectos derivados de esa situación ya existente. Estos efectos serían, como ya hemos visto, la inscripción en el Registro Civil de la filiación en favor de los padres que constan en la certificación registral extranjera. Por lo tanto, pese a la nulidad de este tipo de contratos establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, por esta vía sí que sería posible el reconocimiento de algunos efectos jurídicos derivados de la situación jurídica válidamente creada en el extranjero y en atención primordial al interés del menor. No obstante, el legislador español debería clarificar la situación, y establecer una norma que zanjara el tema, creando la necesaria seguridad jurídica, puesto que actualmente no cabe duda de que se ha generado una contradicción entre lo que establece la legislación, y la práctica jurídica, haciendo depender la inscripción registral de la interpretación jurisprudencial. Además, no hay que olvidar que, en última instancia, es el interés superior de los menores el que está en juego, y es la satisfacción de éste interés superior la que, que en todo caso, debe prevalecer.

**23**

Ha tratado el tema CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Orden público internacional y externalidades negativas" en *Boletín del Ministerio de Justicia*, N° 2065, 2008, pp.2351-2378, y CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Ganada, Comares, 2011/2012, pp. 444 y siguientes.