

La posibilidad de inscribir en el Registro civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler¹

Dra. Paloma de Barrón Arniches

Profesor Lector de Derecho civil. Universidad de Lleida (Lleida, España)

Sumario/Summary: 1. Introducción. 2. Análisis del caso planteado. 3. Argumentos de la Dirección general de los Registros. 3.1. Los diferentes mecanismos para la inscripción del nacimiento de un sujeto español acaecido en el extranjero y la exclusión de la norma de conflicto española para determinar su filiación. 3.2. Protección de la legalidad vigente en España VERSUS exigencia de que la autoridad registral extranjera resuelva del mismo modo a como lo habría resuelto la española 3.3. El orden público internacional español. 4. El artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo y de sus precedentes legislativos. Razones de la prohibición 5. Conclusión

Resumen/Abstract: Ya es posible inscribir en el Registro Civil español a los hijos “naturales” de un matrimonio homosexual, nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Y ello a pesar de que el artículo 10.1 de la vigente ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de renuncia a la filiación materna, y ordena con carácter imperativo que en estos supuestos la filiación de los nacidos se determine por el parto. El presente artículo analiza y formula una crítica sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 incidiendo en algunas cuestiones relevantes como la seguridad jurídica y el interés superior del menor, al hilo del análisis del supuesto de hecho y de los argumentos esgrimidos en la resolución.

Palabras clave/Keywords:

maternidad subrogada/ contrato de gestación/ certificación registral extranjera/control de legalidad/orden público internacional español

1.Introducción

Ya es posible inscribir en el Registro Civil español a los hijos “naturales” de un matrimonio homosexual, nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Y ello a pesar de que el artículo 10.1 de la vigente ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de renuncia a la filiación materna, y ordena con carácter imperativo que en estos supuestos la filiación de los nacidos se determine por el parto. En efecto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en una reciente resolución de 18 de febrero del año en curso, revocó el Auto dictado por el encargado del Registro Civil Consular, y ordenó la inscripción de los menores nacidos en California de una madre de alquiler como hijos de dos varones españoles casados en Valencia en el año 2005.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación titulado “El Proyecto De Marco Común De Referencia (Libros II y IV): Comentario Académico Desde El Derecho Contractual Español” (MICINN DER2009-13269-C03-01), y en las actividades del grupo de investigación consolidado de la *Generalitat* de Cataluña AGAUR nº 2009 SGR 689.

No se trata de una resolución cualquiera, y lo primero que se percibe por el jurista es la enorme repercusión práctica de la misma: se está instaurando un nuevo mecanismo de acceso a la filiación para los matrimonios o parejas de hecho homosexuales y cabe esperar que, a su amparo, se multipliquen a partir de ahora los casos de niños traídos de Estados Unidos, muy especialmente del Estado de California, nacidos como resultado de un contrato de los denominados de maternidad subrogada. Las cuestiones que se nos plantean son muchas, fundamentalmente sobre la seguridad jurídica y la verdadera protección al menor, que pueden verse conculcadas por una resolución como mínimo poco fundada. No hay que olvidar que en España tenemos una avanzada norma promulgada en el año 2006 y que ya es la tercera vigente sobre técnicas de reproducción asistida, que no duda en prohibir radicalmente la renuncia de la madre a la filiación del hijo que ha gestado. Por otra parte, aún más reciente, la ley 54/2007 sobre adopción internacional introduce unas pautas bien concretas sobre la labor de control que compete al Encargado del Registro civil español ante la solicitud de inscripción de un niño adoptado por españoles de conformidad con leyes extranjeras. La Resolución que comentaremos en estas líneas prescinde de los criterios del legislador español y opta por una solución, quizá más moderna o adaptada a la sensibilidad social de nuestros días, pero muy poco sólida en cuanto a los argumentos jurídico-legales que la sustentan, y no exenta de falacias argumentativas.

2. Análisis del caso planteado

Mediante escrito presentado en el Registro Civil Consular de España en Estados Unidos, Don Pedro y Don Luis, ambos ciudadanos españoles, solicitan la inscripción de nacimiento de los menores Carlos y Francisco, nacidos en San Diego, California, mediante «gestación de sustitución». Adjuntan como documentación: certificados de nacimiento de los menores, certificados de nacimiento de los promotores y libro de familia de los interesados, que contrajeron matrimonio en Valencia en el año 2005.

El Encargado del Registro Civil Consular deniega mediante auto lo solicitado por los interesados, con invocación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, cuyo artículo 10.1 establece una categórica prohibición de la denominada «gestación de sustitución» con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, y cuyo artículo 10.2 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, por tanto la mujer que da a luz en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será considerada como madre legal del niño. Se denuncia la existencia de fraude de ley por cuanto se pretende eludir una ley imperativa española, y se incurre en el denominado «forum shopping» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la ley imperativa española.

Dicho auto es apelado por los interesados ante la DGRN, que estima el recurso y revoca el auto del encargado del Registro Civil Consular, ordenando la inscripción del nacimiento de los menores que, según consta en la certificación registral extranjera son hijos de los promotores Don Pedro y Don Luis.

3. Argumentos de la Dirección general de los Registros

Varios son los argumentos esgrimidos por la Dirección General para fundamentar su decisión de revocar la decisión del Encargado del Registro civil consular y, al hilo de cada uno de ellos, trataremos de denunciar las falacias argumentativas que, a nuestro juicio, conducen a la Dirección General a resolver de una manera no acorde con nuestro derecho, ni respetuosa con el orden público internacional español.

3.1. Los diferentes mecanismos de inscripción del nacimiento de un sujeto español acaecido en el extranjero y la exclusión de la norma de conflicto española para determinar su filiación.

Inicia sus fundamentos de derecho la resolución analizada refiriéndose a los diferentes mecanismos de inscripción en el Registro civil español, de un nacimiento acaecido en el extranjero. El Reglamento del Registro Civil recoge dos sistemas: o bien se solicitará mediante declaración del propio interesado ante el Encargado del Registro o bien se efectuará mediante presentación de certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido. Entiende la Dirección General que sólo en el supuesto de inscripción del nacimiento por declaración, el Encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de ésta misma. Para ello, deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio y están recogidas en el Código Civil². Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera, que sería el que nos ocupa, la solución legal es completamente distinta porque el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español³. Así, si el documento auténtico extranjero cumple con las formalidades exigibles en la normativa del Registro civil, el Encargado del Registro no deberá acudir a las normas españolas de conflicto, en concreto, a la del art. 9.4 del Código Civil y, de esta manera, tampoco deberá aplicar al caso que enjuicia la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Estas son las dos varas de medir o los dos criterios de conducta del Encargado del Registro, que propone la Dirección General. El Encargado del Registro sólo ha de aplicar la norma española para el supuesto de inscripción por declaración. De manera

² Con respecto a la filiación la norma de conflicto contenida en el artículo 9.4 del Código civil determina que el carácter y el contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno filiales se regirán por la ley personal del hijo, y el artículo 9.1 del Código civil establece que la ley personal de las personas físicas se determina por su nacionalidad. Por último, de conformidad con el artículo 17.1 a) del Código civil tienen la nacionalidad española de origen los nacidos de español o de española.

³ Se refiere al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil que dice literalmente lo siguiente “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España, con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”.

que si estos dos menores, que desean ser inscritos como hijos de un matrimonio homosexual español, esperaran a su mayoría de edad y formularan una declaración ante el Encargado del Registro Civil Consular en Estados Unidos, éste en aplicación de las normas de conflicto, y a través de ellas de las normas sustantivas españolas, les denegaría lo solicitado. Y a la Dirección General le parecería que tal decisión es la correcta. En cambio a sus padres, dos varones casados de nacionalidad española que presentan certificación de nacimiento y filiación de los menores emitida por autoridad californiana, el Encargado del Registro Civil consular no puede aplicarles la norma sustantiva española sino que ha de limitarse a corroborar la adecuación de la certificación registral extranjera a los requisitos formales exigibles. Y en consecuencia admitir la inscripción del nacimiento y filiación que, en el primer supuesto, habría denegado. Hasta aquí la solución no parece aceptable.

Junto a ello y por encima de todo lo que no puede obviarse es que nos encontramos ante una cuestión sumamente delicada como es la determinación de la filiación en un caso en el que cabe un conflicto de intereses⁴, luego el problema no puede resolverse a través de una solución tan simple. Lo que está en juego son los efectos jurídicos en España de una filiación determinada con arreglo a una ley extranjera, en concreto la real y verdadera renuncia –si es que ésta es posible- de la madre de alquiler a la maternidad sobre los nacidos a los efectos de que éstos puedan tener, únicamente, como progenitores a los dos varones homosexuales que pretenden inscribirles como hijos suyos. Cabe establecer una analogía con la situación que se produce cuando un español o española solicita la inscripción como hijo suyo, de un menor adoptado en el extranjero con arreglo a las normas legales que sobre adopción rigen en el referido país. De hecho, la propia Dirección General de los registros menciona en esta resolución el supuesto de la adopción para argumentar que si los matrimonios homosexuales en España pueden adoptar por qué no habría de inscribirse también en el Registro a sus hijos “naturales”.

Pues bien, si analizamos el caso de la adopción internacional nos encontramos, como es natural, con que una de las cuestiones jurídicas más relevantes, que deben quedar correctamente resueltas para la eficacia de esta adopción en España, es la de la extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. A estos efectos, el legislador español determina expresamente en la reciente Ley 54/2007 de 28 de diciembre sobre Adopción Internacional cuál es la tarea de control del Encargado del Registro civil. Dice textualmente el artículo 27: “La autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera, y en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la inscripción de la adopción constituida en el extranjero, controlará, incidentalmente, la

⁴ Basta hacer una mención al famoso y conocido caso Baby M. (*In the matter of Baby M*, 109, N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988) la madre biológica cumplió el contrato firmado con el matrimonio comitente y entregó el niño a su padre y a la esposa de éste pero, meses más tarde solicitó visitarle y se escapó con el niño ocultándose durante cuatro meses. Tras la denuncia del secuestro y procedimiento civil instado por demanda contra la madre biológica por incumplimiento del contrato de maternidad subrogada, la Corte declaró la maternidad de la madre biológica y denegó la petición de adopción cursada por la esposa del padre biológico. Nos referiremos más adelante a este y otros casos resueltos por los tribunales americanos. Véase al respecto, I. ALKORTA, “Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el Salvaje Oeste de la medicina (parte II)”, en *Derecho y Genoma Humano*, núm. 19, 2003, pp. 41-89; M^a. T. FERNÁNDEZ, “La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de Baby M” en *RGLJ*, 1988, pp. 647-683.

validez de dicha adopción en España con arreglo a las normas contenidas en esta Ley”⁵. Esta labor de control del Encargado del Registro civil puede culminar en la necesidad de completar los requisitos exigibles al adoptante para la total observancia de la norma española sobre adopción, si es que dichas condiciones no eran exigidas por la norma extranjera que se ha aplicado al supuesto de hecho⁶. Es decir, que no sólo aplica la norma sustantiva española para enjuiciar el supuesto que se somete a su consideración cuando se solicita la inscripción de nacimiento y filiación sino que, además, tiene autoridad para ordenar el cumplimiento de requisitos complementarios por parte del adoptante.

Estas son las cautelas que exige la verdadera protección del superior interés del menor, y ninguna de ellas se adopta cuando, en un caso de inscripción de un menor nacido mediante gestación de sustitución se impone al Encargado del Registro civil que se limite a la mera comprobación de los requisitos formales de la certificación registral extranjera. No hay seguridad jurídica para los menores en estos supuestos porque con la solución que propugna la Dirección General no es posible entrar a resolver la problemática fundamental que generan los supuestos de maternidad subrogada, y que constituyen una de las razones fundamentales por las que el legislador la prohíbe en España: qué pasa con los vínculos físicos y jurídicos que se generan entre la gestante y el hijo al que da a luz, tanto en los supuestos en los que se limita a gestar el embrión que se le implanta como, sobre todo, en los casos en los que cede sus propios óvulos para la fecundación artificial con semen de uno de los varones de la pareja comitente, en cuyo caso el nacido es, además, hijo genético de la propia gestante. La existencia de estos vínculos en sus diferentes manifestaciones ha sido la causa de la mayoría de supuestos litigiosos que se han sucedido desde que se viene practicando esta técnica de reproducción asistida, por ello no cabe que ahora, a través de la inscripción de la certificación registral extranjera, se dé cabida en nuestro país a esta técnica expresamente prohibida y ni siquiera se resuelva la eventual problemática que puede derivarse de una reclamación formulada en España por la madre biológica de los menores, que reivindique la aplicación del artículo 10.2 de la Ley 14/2006.

3.2. Protección de la legalidad vigente en España VERSUS exigencia de que la autoridad registral extranjera resuelva del mismo modo a como lo habría resuelto la española

⁵ Dicha exigencia de control de la legalidad trae causa a su vez de lo dispuesto en el artículo 26 de la misma ley de adopción internacional: “Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español. Será irrelevante el nombre legal de la institución en el Derecho extranjero. En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes (...)”.

⁶ Así, continúa el citado artículo 26: “(...) Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.3. Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero”. Cfr. respecto a esta tarea encomendada al Encargado del Registro civil, la RDGRN de 23 de noviembre de 2006.

El segundo argumento empleado por la Dirección General se desarrolla a través de un eficaz elemento retórico como es el de la repetición. Una y otra vez el ponente recurre a la frase “*exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría (...)*”, y a continuación formula su crítica sobre tal pretensión. Así, casi logra convencer al lector de que lo efectuado por el Encargado del Registro que denegó la inscripción fue precisamente eso, pretender imponer la solución del legislador español a todos los demás países y no, por el contrario, que se trate de un control de legalidad legítimo y sustentado en la defensa del superior interés del menor. Señala la Dirección General que con arreglo al art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. Enarbola la bandera de la seguridad jurídica, precisamente, para defender la plena eficacia jurídica en España de las decisiones extranjeras, tengan el contenido que tengan.

Al respecto sólo cabe insistir en la falacia argumentativa que esconde el razonamiento de la Dirección General, por cuanto es obvio y de todos admitido que cada Estado dispone de su propio derecho y que sus autoridades deberán resolver de conformidad con el mismo. No es éste sin embargo el problema, sino más bien el de la legitimidad y la necesidad del control de legalidad efectuado por el Encargado del Registro civil para garantizar eficacia en España de la normativa extranjera que afecta a la filiación, máxime cuando existe una norma imperativa vigente que impone precisamente la solución contraria a la solicitada por los promotores del expediente⁷. Es necesario un control de legalidad que entre sobre el fondo de la cuestión, porque lo contrario supondría instaurar un cauce exclusivamente procedimental a través del cual sea posible burlar impunemente la norma española.

Se refiere asimismo la Dirección General al tema económico al señalar que exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría igualmente para los particulares un elevado coste, pues les obligaría a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas, de modo que la certificación registral extranjera no superaría el «cruce de frontera» y carecería de todo efecto jurídico en España. También este argumento se cae por su peso, al contrario, cabe suponer el importante coste económico que para este matrimonio homosexual español ha supuesto marchar a California y formalizar allí un contrato de gestación por sustitución para lograr así inscribir a los menores como hijos suyos al margen de la norma imperativa española que prohíbe este tipo de contratos. Podríamos afirmar incluso que se está incurriendo en discriminación con respecto a los matrimonios homosexuales españoles que no dispongan de medios económicos para “obtener” un hijo “natural” mediante el recurso al mecanismo de maternidad subrogada en el extranjero. Estas personas con menos recursos tendrán que recurrir a la adopción nacional o internacional si quieren ser padres, con todos los controles jurídico-sustantivos que para este supuesto sí establece claramente la normativa sobre la materia.

3.3. El orden público internacional español

⁷ Señala literalmente el apartado 2 del artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Llama poderosamente la atención cómo, después de tanto insistir en la necesidad de que el control del Encargado del Registro civil sobre la certificación registral extranjera lo sea únicamente a efectos formales (su condición de documento público, la competencia en la materia del organismo que lo emite etc.), la Dirección General dedique una parte importante de su discurso a defender que la inscripción practicada no vulnera en absoluto el orden público internacional español. Dentro de este concepto se esgrimen argumentos como la necesidad de no discriminar a los matrimonios homosexuales que, si bien pueden adoptar, no podían hasta ahora inscribir a sus hijos “naturales”, cosa que dos mujeres, personas del mismo sexo, sí pueden hacer. Asimismo, se menciona la adopción permitida a los matrimonios homosexuales lo cual hace necesario que también sea posible la inscripción de los hijos que éstos obtienen mediante gestación de sustitución.

Nos encontramos ante argumentaciones que se sustentan, únicamente, en la defensa del derecho a procrear que puede asistir a las personas, en este caso a las parejas homosexuales. Este derecho no se halla reconocido en nuestra Constitución aunque algunos autores sostienen su inclusión implícita en base al reconocimiento de la libertad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad⁸. En cualquier caso de lo que no se trata es de un derecho absoluto, por ello es necesario contemplar también y sobretodo el superior interés del menor que, en ocasiones, constituye un límite necesario en el ejercicio del citado derecho a la procreación. En cuanto a las situaciones de discriminación, se han denunciado en este comentario diversas, derivadas precisamente de una solución como la adoptada por la Dirección General: discriminación respecto a quienes solicitan la inscripción de su nacimiento en el extranjero mediante declaración ante el Encargado del Registro, discriminación respecto a quienes no tienen medios para marchar a Estados Unidos a contratar esta técnica de reproducción asistida prohibida en España etc.

Se insiste por la Dirección General de los Registros en que el interés del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera el interés superior de los menores, recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, que exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño «la protección y el cuidado necesarios para su bienestar».

Al respecto cabría señalar que la solución acorde con la ley española no es la de denegar la inscripción de los nacidos en el Registro civil español, sino de autorizarla exclusivamente a favor del padre biológico de los niños, respetando así la previsión del artículo 10.3 de la Ley 14/2006 que prevé la determinación de la paternidad de los niños nacidos mediante gestación de sustitución⁹, de manera que estos menores serán

⁸ Cfr. Y. GÓMEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, pp. 39 y ss. En contra de esta tesis, véase F. PANTALEÓN., “Técnicas de reproducción asistida y Constitución” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15,1993, pp. 129-160.

⁹ Señala literalmente la norma: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” (art. 10.3 Ley 14/2006).

españoles, en tanto que hijos de español aunque hayan nacido en el extranjero, y el otro miembro de la pareja homosexual podrá solicitar la adopción sobre los mismos.

Junto a ello, entendemos que el principal interés del menor es quedar salvaguardado de posibles conflictos futuros en los que pueda verse convertido en moneda de cambio en una eventual batalla planteada entre la madre biológica y los comitentes que encargaron la maternidad subrogada. No cabe olvidar que, al fin y al cabo, estos menores han sido “comprados” por precio a la madre que los ha gestado. Los casos se suceden precisamente en Estados Unidos donde más de la mitad de los estados –entre ellos California-, carecen de regulación legal alguna sobre esta técnica de reproducción asistida¹⁰. Es conocido el caso *Buzanca contra Buzanca* en el que, tras el divorcio de la pareja comitente, ninguno de ellos ni tampoco la madre sustituta que ya se encuentra gestando en su vientre el embrión, desean hacerse cargo del niño que ha de nacer¹¹. O el de la mujer “portadora” que queda embarazada de gemelos, se lo comunica a la pareja comitente y ésta decide que se deshaga de uno de los fetos. Ella se niega alegando que en el momento de la gestación en que se encuentra pelagra su vida y la de los niños. La pareja comitente estadounidense amenaza con no cumplir sus obligaciones financieras. Finalmente la madre da a luz a los gemelos y decide no entregarlos a la pareja estadounidense. El Tribunal Supremo inglés concluye que el matrimonio tenía la custodia según las leyes californianas, pero la gestante tiene responsabilidad legal bajo las leyes inglesas, puesto que éstas prohíben la gestación de sustitución¹². Está claro que el problema reside en la falta de determinación legal de lo que ocurre con las relaciones materno-filiales en los casos de maternidad subrogada¹³. En California no está regulada la cuestión y en España por su parte, lo que se impone es la relación de maternidad derivada de haber dado a luz al nacido, es decir, todo lo contrario al caso planteado en el que los hijos pasarían a serlo del padre biológico y del marido de éste.

Así, no es cierto lo que se afirma en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de que *la autoridad registral californiana no se ha limitado a dar fe de unas manifestaciones de voluntad de los interesados, sino que ha intervenido en la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable*, básicamente porque la autoridad californiana no tiene norma alguna que aplicar a estos casos, como tampoco la tienen los tribunales que, no obstante, son favorables al reconocimiento de la validez de los acuerdos comerciales entre el matrimonio comitente y la madre de alquiler¹⁴.

¹⁰ Véase al respecto la panorámica legal americana que muestra el artículo ya citado de Alkorta Idiákez en esta revista, pp. 59-65.

¹¹ *Buzanca vs Buzanca*, Courts of Appeal of California, 61 Cal.App.4th 1410, 1998.

¹² Narra este litigio y otros B. SOUTO, “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho” en *Foro Nueva Época*, 1/2005, p. 284.

¹³ Cfr. Sobre esta cuestión C.P. Kindregan “Considering mom: maternity and the model act governing assisted reproductive technology” en *Journal of Gender, Social Policy the Law*, vol. 17, núm. 3, 2009, pp. 601-626.

¹⁴ Señala Alkorta: “Pese a la liberalidad con la que la mayoría de los Estados regulan la gestación sustitutiva, muchas parejas optan por contratar los servicios de las gestantes en Estados que carecen de regulación. El destino preferido es California, donde proliferan las agencias intermediarias y los tribunales son favorables al reconocimiento de la validez de este tipo de acuerdos comerciales”, ob. cit. p. 63.

4. El artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo y sus precedentes legislativos.

El artículo 10 de la Ley 14/2006 no hace sino mantener, en los mismos términos, la prohibición de la gestación de sustitución que ya se contenía en sus precedentes legislativos: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, y la Ley 45/2003 de 21 de noviembre. Así, siendo un país que tempranamente quiso dar respuesta al reto legislativo que suponían los avances científicos en materia de reproducción humana asistida, y siendo un país que puede calificarse de progresista en la regulación de estas prácticas, lo cierto es que desde el año 1988 hasta nuestros días el legislador español no ha dudado en reprobar la práctica del alquiler de útero o maternidad subrogada que lleva consigo la renuncia a la filiación materna. La normativa originaria, que no ha sufrido ninguna modificación en las dos leyes posteriores, se basa en el llamado “Informe Palacios” elaborado en el año 1986 sobre esta materia¹⁵. Este a su vez sigue al dictado la tesis del legislador inglés y entiende que la relación entre la madre y el hijo se deforma por el fenómeno de la subrogación. Se considera una situación potencialmente negativa para el niño, cuyos lazos con la madre son muy sólidos y cuyo bienestar se estima de la máxima importancia. El acuerdo por subrogación es degradante para el niño ya que, a todos los efectos prácticos, habrá sido intercambiado por dinero. También porque el contrato de maternidad subrogada puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino. Finalmente se entiende que estos supuestos pueden ser fuente de conflictos de intereses y desencadenantes de graves problemas entre las partes, la pareja comitente, la madre sustituta y el hijo. Por todas estas razones aconsejan su prohibición así como la determinación de la filiación en estos supuestos, por el parto, defendiendo la preponderancia biológica de la maternidad de gestación sobre la genética¹⁶.

Estas son las razones de fondo de la prohibición legal que existe en nuestro país de la gestación de sustitución y es obvio, a nuestro juicio, que su derogación sólo podría formularse a través de la correspondiente norma con rango de ley, nunca a través de mecanismos como el propuesto en la resolución analizada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la que se estructura un sistema de quiebra de la legalidad por la vía de una interpretación meramente formalista de la norma que regula la actuación de control que corresponde realizar al Encargado del Registro Civil español.

¹⁵ Cfr. Recomendaciones de la Comisión Palacios. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In vitro y la Inseminación Artificial Humana (aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986), B. Souto, ob. cit. pp. 281 y ss.

¹⁶ La Ley 35/1988 hizo suyas estas recomendaciones de la Comisión Palacios y lo justificó de la siguiente manera en la Exposición de Motivos de la ley: “III. En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de reproducción asistida en nuestra nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del derecho de familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas”.