



# **TRABAJO FINAL DE GRADO**

## **LA MATERNIDAD SUBROGADA**

### **GRADO EN DERECHO**

**CURSO 2017-18**

Autora: Ángela Bayona Sorinas.

Tutor: Dr. Carles Florensa.

Fecha: 1 de junio del 2018.

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

Declaro que soy la autora de este trabajo. Su contenido es original y todas las fuentes utilizadas han sido debidamente citadas sin incurrir en fraude plagio. En caso contrario, conozco y acepto las medidas disciplinarias o sancionadoras que correspondan de acuerdo con la normativa aplicable.

Firma:



Lleida, a 1 de junio del 2018.

## RESUMEN

La maternidad subrogada se ha convertido, en las últimas décadas, en una de las soluciones más recurridas para luchar contra la esterilidad. Este artículo tiene el objeto de analizar la figura de la maternidad subrogada, más conocida como “vientre de alquiler”. Se estudia desde las causas que incitan a recurrir a esta técnica, sus consecuencias, hasta la regulación de la misma en nuestro país. Igualmente se analiza la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada de forma totalmente legal en otros países, así como el proceso y requisitos que se deberán cumplir para poder otorgar efectos jurídicos a esa filiación determinada en el extranjero. Porque, aunque parezca algo ambiguo, se han admitido sistemas de convalidación de sus efectos a pesar de la clara prohibición que figura en la ley española.

## PALABRAS CLAVE

Maternidad subrogada/ Resolución de 18 de febrero de 2009/ Instrucción de 5 de octubre de 2010/ Contrato de maternidad subrogada / Determinación de la filiación.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>1. CUESTIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>6</b>
<b>1.1 Concepto de maternidad subrogada.....</b>	<b>6</b>
<b>1.2 Modalidades.....</b>	<b>7</b>
<b>2. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>8</b>
<b>2.1 Prohibición de la gestación por sustitución.....</b>	<b>8</b>
<b>2.2 Admisión bajo ciertas condiciones.....</b>	<b>10</b>
<b>2.3 Admisión amplia.....</b>	<b>11</b>
<b>2.4 Consecuencias sociológicas de la admisión o no admisión.....</b>	<b>12</b>
<b>3. REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA.....</b>	<b>14</b>
<b>3.1 La Constitución española de 1978.....</b>	<b>14</b>
<b>3.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.....</b>	<b>15</b>
<b>3.3 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dl Código Penal.....</b>	<b>17</b>
<b>4. FILIACIÓN DEL NACIDO EN VIRTUD DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....</b>	<b>18</b>
<b>4.1 Determinación de la maternidad.....</b>	<b>20</b>
<b>4.2 Determinación de la paternidad.....</b>	<b>21</b>
<b>4.3 Derecho internacional privado español.....</b>	<b>22</b>
<b>4.3.1 Tesis legeforista de la aplicación sistemática del Derecho sustantivo español. ....</b>	<b>23</b>
<b>4.3.2 Tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante decisión registral.....</b>	<b>25</b>
<b>4.3.2.1 La Resolución DGRN 18 de febrero 2009.....</b>	<b>26</b>

4.3.3 Tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada mediante sentencia judicial.....	30
4.3.3.1 La Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010.....	31
5. FUTURO.....	34
CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA.....	39

## INTRODUCCIÓN

Los avances científicos han llevado a la existencia de una variada gama de posibilidades para ser padre o madre que sustituyen el contexto tradicional; las técnicas de reproducción asistida son el fiel reflejo de una sociedad avanzada en la tecnología, ciencia y en la medicina. Entre estas técnicas, una de las más demandadas en las últimas décadas es el moderno y revolucionario procedimiento denominado maternidad subrogada, o lo que es lo mismo, la posibilidad de llevar a cabo la gestación de un hijo propio o ajeno en el útero de otra mujer, que rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del Derecho Romano, *mater semper certa est*.

Entre las causas que llevan a recurrir a la gestación por sustitución se podría decir que la principal es el problema de infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer sola o en pareja, que se debe por la aparición de enfermedades por las que el embarazo puede suponer un peligro grave para la mujer o para la vida del bebé, a la ausencia uterina, a la edad o a una causa genética. Otra causa sería en el caso de que exista deseo de ser padre de los hombres solos o de aquellas parejas homosexuales de hombres.

La maternidad subrogada es un tema que suscita, no solo a nivel nacional, sino también a nivel internacional, un sinfín de polémicas, y un gran debate sobre su legalidad en cuanto a la entrada en juego de diferentes derechos humanos y, principalmente, los del niño. Actualmente, encontramos países cuya legislación permite la práctica de la maternidad subrogada, como es el caso de alguno de los Estados de los Estados Unidos.

En oposición a estos encontramos los sistemas jurídicos de Europa Occidental, que consideran que la filiación por sustitución trata de un contrato inmoral y, que de celebrarse, sería nulo de pleno derecho, por no ser las personas objeto de comercio.

En el caso de España nos encontramos una situación ambigua: por un lado, la ley española prohíbe esta práctica pero, por otro, se admiten sistemas de convalidación de sus efectos una vez realizada la maternidad subrogada en un país donde esta práctica es totalmente legal. La prohibición de esta práctica la encontramos recogida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Sin embargo, se permite la inscripción en el Registro Civil de la filiación obtenida mediante dicha técnica en el extranjero, con base en la Resolución de 18 de febrero de 2009 y una posterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, ambas dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, con la finalidad de amparar el interés del menor y proteger sus derechos. Podríamos decir que esto supone, en alguna medida, la práctica legalización en nuestro ordenamiento jurídico del convenio gestacional hecho por españoles en los países donde se encuentra legalmente aceptado, siquiera desde la perspectiva de la protección de los derechos del recién nacido. Ello es así porque podrán acceder al Registro Civil en nuestro país las certificaciones registrales expedidas por las autoridades públicas competentes de los estados de origen donde sí se contemplan este tipo de práctica, siempre que se verifiquen diversos extremos entre los que se alude a que la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

Tendríamos que plantearnos por qué, una vez llegados hasta este punto, no se es capaz de continuar regulando esta figura, por difícil que sea, porque una solución parcial como la que se da en estos momentos no es que suscite menos problemas que si España regulase la legalización al respecto, abarcando en todo lo posible aquello que puede o no puede hacerse o lo que pudiese ocurrir en hipotéticos casos dentro de los parámetros de la normalidad.

## CUERPO DEL TRABAJO

### 1. CUESTIONES PRELIMINARES

#### 1.1 Concepto de maternidad subrogada

Para acercarnos al concepto de maternidad subrogada, en primer lugar, debemos conocer en qué consiste la subrogación; según la Real Academia de la Lengua Española, (RAE), implica “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”. Desde una perspectiva jurídica, podría definirse como la situación jurídica en que una determinada persona se subroga en los derechos y los deberes de otra. Por tanto, cuando hablamos de maternidad subrogada, en una primera aproximación, nos referiríamos a una madre o a un padre que sustituye u ocupa el lugar de otra persona, asumiendo sus derechos y obligaciones.

De forma más precisa, BAYARRI define la gestación por sustitución como “el acuerdo de voluntades en virtud del que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquella o a aquellos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado”<sup>1</sup>

En este sentido, el jurista PERALTA considera la maternidad subrogada como “el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras personas a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto”.<sup>2</sup>

Los Tribunales españoles también se han atrevido a formular una definición del convenio de maternidad por subrogación señalando que “consiste en un contrato,

---

<sup>1</sup> BAYARRI MARTÍ, M. L., “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, *Revista digital Noticias Jurídicas*, 2015. ([www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com)).

<sup>2</sup> PERALTA ANDÍA, J. R., *Derecho de Familia en el Código Civil*, Ed. Moreno, S.A, Perú, 2004, p. 372.

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>.

## 1.2 Modalidades

Dentro de la maternidad subrogada podemos diferenciar distintas clases o modalidades. Estas modalidades se fijan en función de las posibilidades que ofrece la maternidad subrogada en el momento de combinar el material genético aportado.

1. Subrogación gestacional. Es el supuesto en que el esperma y los óvulos son proporcionados por los futuros padres o por los donantes de esperma u óvulos, con exclusión de la madre sustituta. Los óvulos son inseminados con la FIV (Fecundación *in vitro*), y el embrión resultante se transfiere al útero de la madre sustituta en un procedimiento de transferencia de embriones. En este caso el embrión no está genéticamente relacionado con la gestante, será una madre gestante pero no biológica.
2. Subrogación tradicional. Se basa en que la mujer no puede proporcionar óvulos para su posterior fertilización, o bien se trata de uno o dos hombres contratantes. En este caso, la madre subrogada aporta el óvulo y el padre (o un donante de esperma) aporta los espermatozoides. El futuro hijo, por tanto, tiene una relación genética con la gestante. El esperma se introduce en el interior del útero de la madre sustituta a través de inseminación artificial o, si fuese preciso, mediante procedimientos de tecnología reproductiva.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011 (Sección 10ª). [AC2011\1561].

<sup>4</sup>UNIVERSAL SURROGACY S.A, “Los tipos de maternidad subrogada” ([www.universalsurrogacy.com](http://www.universalsurrogacy.com))

## **2. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN DERECHO COMPARADO.**

Actualmente, no existe ningún instrumento legal de ámbito internacional relativo a la maternidad subrogada, de modo que el legislador de cada país ofrece una regulación acorde a su propio ordenamiento jurídico. Consecuentemente, su trato legal proporciona, en líneas generales, tres grandes soluciones: su prohibición, su regulación para concretas situaciones y, finalmente, la que se inclina por dar validez y carácter vinculante a los contratos de gestación por sustitución.

El fundamento o base ética que lleva a que nos encontremos con distintas soluciones cuando hablamos de maternidad subrogada es, básicamente, considerar por parte de los que están en contra de esta práctica que esta técnica de reproducción asistida puede servir a intereses comerciales y conllevar a la explotación material y psicológica de las mujeres gestantes, también afirman que los vientres de alquiler son contrarios a la dignidad humana y pueden ocasionar graves secuelas de carácter emocional a los nacidos. Este fundamento que lleva a la prohibición total o parcial de esta práctica la encontramos más implantada en el territorio europeo, y no tanto en países como los EEUU, donde la maternidad subrogada está normalizada y permitida. Desde esta última posición se sostiene que la mujer es dueña de su cuerpo y, en el ejercicio de su autonomía, puede disponer de sus capacidades como quiera. En consecuencia, no solo es lícito que una mujer acceda a gestar el niño de otro de manera altruista sino también que lo haga a cambio de retribución.<sup>5</sup>

### **2.1 Prohibición de la gestación por sustitución**

Dentro de nuestro continente, observamos que la gran mayoría de los países prohíben la maternidad subrogada y contemplan la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

Tomando tres ejemplos, tenemos el caso de Alemania donde su práctica la encontramos recogida en la “Ley sobre protección de embriones de 13 de diciembre de 1990”, en su

---

<sup>5</sup> “Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” disponible en <http://assets.comitedebioetica.es/>.



sección número 1 sobre “Aplicación abusiva de técnicas de reproducción” apartado 7 siendo sancionada con una pena de libertad de hasta tres años o con pena de multa.<sup>6</sup>

En Francia, la gestación por sustitución está prohibida por el precepto 16-7 *Code Civil* ya que dispone que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”.<sup>7</sup> La prohibición se completa por el art. 227-12 del *Code pénal*, relativo al delito de simulación de parto y alteración del estado civil, que sanciona la maternidad subrogada con un año de prisión y multa de 15.000 €. Cuando el delito obedece a fines comerciales, se prevé el doble de pena.<sup>8</sup>

En el caso de Italia también está prohibida la gestación por sustitución; las Proposiciones de Ley presentadas por el Grupo Liberal y la segunda Proposición Ministerial se refieren a la maternidad subrogada. El art. 8 de la Proposición Liberal prohíbe la práctica médica que pueda derivar en la existencia de una madre de sustitución. En el artículo 34.1 de la Proposición Ministerial de 22 de noviembre de 1985 se prohíbe todo pacto o acuerdo por el cual se insemine a una mujer utilizando su propio óvulo para llevar a cabo un embarazo, y posteriormente ceder al hijo nacido a otra pareja aunque sea a título gratuito. Asimismo, en su párrafo segundo impide ejercer la modalidad que implica la aportación del material genético por parte de la pareja contratante a la madre gestante, siendo así que lo que se transfiere es un embrión

---

<sup>6</sup> Sección 1.7 “Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa quien: Emprenda una fecundación artificial o una transferencia de un embrión humano a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento de modo permanente (madre sustituta). Ley disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/5.pdf>.

<sup>7</sup> Precepto 16-7 *Code Civil* : “Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle” ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)).

<sup>8</sup> “Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende.

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

*Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.*

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines.”

constituido por fecundación in vitro con gametos de estas dos personas.<sup>9</sup> Por su parte, el Tribunal de Monza (Italia) consideró nulos el contrato de maternidad subrogada entre un matrimonio y una mujer que aceptó, previo pago de dinero llevar a cabo esta práctica. La sentencia señala que “un hijo es un bien del que no se puede disponer y (...) no está sujeto a un contrato por lo que la niña es de su madre biológica”.

## 2.2 Admisión bajo ciertas condiciones

En Europa también encontramos países que admiten la maternidad subrogada bajo ciertos requisitos y condiciones como, por ejemplo, el Reino Unido. En el año 1985 se aprobó la *Surrogacy Arrangements Act*<sup>10</sup>, también vigente en Irlanda del Norte. Esta normativa prohíbe iniciar o colaborar en negociaciones con el objetivo de celebrar un acuerdo de gestación por sustitución, ofertar la realización de dichos pactos y recopilar todo tipo de información con la intención de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de maternidad subrogada. La ley británica sanciona la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad fuere la realización de acuerdos relativos a la gestación por sustitución, pero mantiene una actitud permisiva con respecto a esta técnica cuando sea gratuita y sin intermediarios; por tanto y de este modo no sería ilegal. Aun así cabe añadir que se admite el pago a la mujer gestante de los “gastos razonables” que se deriven del embarazo.

La filiación se determinará con respecto a la madre que da a luz. Ésta se transfiere, pasado un periodo de reflexión de 6 semanas para la gestante, a los padres contratantes si éstos lo solicitan ante los tribunales.<sup>11</sup>

Otro de los países en el que se admite la maternidad subrogada bajo ciertos requisitos es Grecia, la cual se encuentra regulada por Ley 3089/2002 y Ley 3305/2005,

---

<sup>9</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M.C., *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial jurídica de Chile, 1993.

<sup>10</sup> *Surrogacy Arrangements Act 1985*, disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>.

<sup>11</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), Barcelona, Julio 2009, p. 32.

estableciendo que solo se permite después de una resolución judicial que autorice la transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su correspondiente embarazo, siempre que, previamente, exista acuerdo<sup>12</sup> escrito y sin beneficios económicos para ninguna de las partes. El Tribunal para otorgar dicha autorización valorará una serie de circunstancias: a) la madre que desea tener un hijo debe probar que es médicamente incapaz de concebir un hijo y no debe tener más de cincuenta años; b) la madre gestante debe probar que goza de un estado de salud correcto y es apta para gestar, c) ambas partes deben presentar ante la autoridad judicial su acuerdo por escrito ; d) si la mujer restante está casada, su esposo debe dar consentimiento por escrito; e) los óvulos fertilizados no deben corresponder a la gestante; y finalmente, f) las partes deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes.

De acuerdo con la legislación mencionada, los padres comitentes se convierten en legales inmediatamente después del nacimiento si cumplen con los requisitos. No obstante, dentro de los seis meses posteriores, cualquiera de las partes, puede impugnar la maternidad legal si prueban que la mujer gestante aportó sus propios óvulos. En estos casos la gestante se convierte en la madre legal con efecto retroactivo al día del nacimiento.<sup>13</sup>

### **2.3 Admisión amplia**

Sin movernos de Europa y rompiendo con la regla general que siguen la mayoría de los países europeos, encontramos el caso de Ucrania donde la maternidad subrogada es un práctica absolutamente legal. Así lo admite el art. 51.4 del Código de Familia:<sup>14</sup> “los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación el embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gestic, solo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo hay parido”. También cabe mencionar el precepto 123.2 del mismo Código que establece que, en el caso de que el embrión

---

<sup>12</sup>El acuerdo celebrado por las partes podría permitir la compensación de los gastos; el pago de los servicios o cualquier otro beneficio de carácter económico está prohibido.

<sup>13</sup> LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), Barcelona, julio 2012, p.14.

<sup>14</sup> Base de datos WIPO Lex ([www.wipo.int](http://www.wipo.int)).

generado por los cónyuges es transferido a otra mujer, la pareja serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución. Así, en Ucrania se admite la práctica de esta técnica previéndose que en el certificado de nacimiento constarán los nombres de los comitentes, siempre y cuando exista el consentimiento de la madre gestante.

Fuera de Europa cabe analizar la realidad de la maternidad subrogada en los Estados Unidos que, al ser un país federal, cada uno de sus Estados dispone de competencias para legislar sobre derecho de familia; así pues, un contrato de gestación por sustitución será válido dependiendo del Estado en el que te encuentres.

La mayoría de los Estados admiten la práctica de esta técnica; permiten celebrar contratos y solicitar que en el certificado de nacimiento sean nombrados como padres biológicos los comitentes y, de este modo, la mujer gestante carece de cualquier derecho sobre el niño nacido. Dentro de este grupo hay estados como Wisconsin o el Distrito de Columbia que solo aceptan la subrogación gratuita. En contraposición, hay estados como New Jersey o Pennsylvania, que aceptan tanto los contratos onerosos como gratuitos.<sup>15</sup> Los fundamentos jurídicos que respaldan la admisión de su práctica serían los derechos de privacidad y de procreación.<sup>16</sup>

#### **2.4 Consecuencias sociológicas de la admisión o no admisión**

Después de su análisis, cabe añadir que, debido a las diversas respuestas jurídicas que dan los estados ante la maternidad subrogada, se ha producido en las últimas décadas un fenómeno conocido como “turismo reproductivo”. Según la especialista en reproducción humana asistida, RODRIGO. A. , el turismo reproductivo debe entenderse como el fenómeno que se da “cuando una pareja tiene problemas de fertilidad y el tratamiento de reproducción asistida que permite solucionar su problema no está

---

<sup>15</sup> GAMBOA MONTEJANO, Claudia, “Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado”, *Informe de la Cámara de diputados de México*, Octubre 2010, pp. 33 y 34.

<sup>16</sup> El derecho a la privacidad, conforme a la carta magna norteamericana, es entendido como aquél que una persona posee para llevar a cabo sus decisiones en el núcleo familiar sin intervencionismo del Estado excepto si éste demuestra la existencia de un interés superior social o público.

legalmente aceptado en su país, viajan a otro destino en busca del tan deseado embarazo”.<sup>17</sup>

Se considera preocupante debido a que es imposible un control exhaustivo en la calidad y seguridad de los servicios ofertados, que pueden aumentar el riesgo de explotación de mujeres que viven en países en vías de desarrollo; del mismo modo, el turismo procreativo deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio.<sup>18</sup> También hay que añadir el problema que surge cuando los padres deciden llevar al niño nacido a su Estado de origen, ya que hay complicaciones a la hora de reconocer la resolución extranjera concerniente a la filiación legal del menor o la inscripción del certificado de nacimiento extranjero en el Registro civil competente.

Ante estas dificultades, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, en abril de 2012, elaboró un informe sobre los problemas que conllevan los contratos de gestación por sustitución de carácter internacional. Es de especial interés su propuesta de adoptar un convenio específico que permita fijar un marco de cooperación entre autoridades (parecido al que establece el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional), que favorezca reconocer las filiaciones válidamente determinadas en un país que admita la maternidad subrogada, en otro país cuyo marco normativo prohíba dicha técnica.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> RODRIGO A, “Turismo reproductivo para conseguir el embarazo”, *Revista digital “Reproducción Asistida ORG”* ([www.reproduccionasistida.org](http://www.reproduccionasistida.org)), Enero 2017.

<sup>18</sup> LAMM, E., “Gestación por sustitución”, op. cit., p. 22.

<sup>19</sup> VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, p.926.

### 3. LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

Para analizar la situación existente en España con respecto a la gestación por sustitución primero analizaremos algunos artículos de la Constitución Española (CE, en lo sucesivo) que tienen una relación directa con esta práctica y, sucesivamente, haremos referencia a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), y a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

#### 3.1 Constitución Española de 1978

La CE establece, en su art. 10.1, que *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son derechos fundamentales que se caracterizan como fundamentos del orden público y la paz social, lo que obliga a conectarlos con los valores superiores proclamados en el art. 1.1 de la CE: la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político.<sup>20</sup>

El art. 10.1 de la CE se ha interpretado de distintas maneras. Algunas veces se hace referencia a la citada disposición para fundamentar, por un lado, que la gestación por sustitución vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación.<sup>21</sup> En este supuesto concreto, la dignidad de la madre gestante y del hijo se utiliza como argumento principal para rechazar la práctica de la gestación por sustitución.

---

<sup>20</sup> PRESNO LINERA, M. A., JIMÉNEZ BLANCO, P. “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, num.51, Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2014, pp. 3 - 4.

<sup>21</sup> STS 247/2014 (Sala de lo Civil) 06/02/2014, núm. 835/2013.

Por otro lado, se suele afirmar, que el hecho de no permitir a una mujer someterse a esta técnica, supondría una vulneración del libre desarrollo de la personalidad de la mujer que decide gestar un hijo para terceros, e incluso, se considera que el libre desarrollo de la personalidad puede concretarse en el deseo legítimo y digno de protección de ser progenitor biológico o legal.<sup>22</sup>

El art. 14 de la CE establece que *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Esta disposición se utiliza a menudo como fundamento en las sentencias cuando se aborda el tema de la inscripción en el Registro Civil español de menores nacidos a través de esta técnica en países donde no está prohibida, y al diferenciar entre hijos “naturales” e hijos “adoptivos” a pesar de su igualdad ante la ley.<sup>23</sup>

### **3.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.**

El art. 10.1 de la LTRHA dice que *“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”*.

Resulta conveniente hacer varias aclaraciones respecto a esta disposición. En primer lugar, podemos observar, que el artículo citado no prohíbe de manera expresa la práctica de la gestación por sustitución. Sin embargo, castiga con la nulidad de pleno derecho la celebración del contrato por el que se convenga la gestación.<sup>24</sup> De ello resulta que

---

<sup>22</sup> VELA SANCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada: Comares, 2012, pp. 24 - 25.

<sup>23</sup> GARCÍA LOPEZ, V., “Gestación por sustitución y el permiso de maternidad”. (Trabajo Fin de Grado), 2014, Facultad de Ciencias del Trabajo de León.

<sup>24</sup> En este sentido, según VELA SÁNCHEZ, “la doctrina alega que, aunque no se estableciese expresamente la nulidad por el artículo 10 LTRHA, el contrato de gestación por sustitución sería nulo de acuerdo con las normas civiles de nuestro Derecho, en primer lugar, por inexistencia o ilicitud de la causa, siendo “ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral” (art. 1275 CC)”. Véase: VELA SÁNCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada...Op.cit.* p. 41.

la gestación por sustitución está prohibida en nuestro Derecho, a pesar de que la LTRHA no lo afirme así expresamente. Que el contrato celebrado sea nulo de pleno derecho también conlleva precisamente que no podrá exigirse su cumplimiento por la vía judicial. Por tanto, los comitentes no podrán requerir la entrega del hijo así nacido, ni la mujer portadora resultaría obligada a entregarlo. Asimismo, resulta necesario tener en cuenta que a pesar de que la ley sanciona con la nulidad el contrato de gestación por sustitución, no puede evitar que estos acuerdos lleguen a celebrarse. Por tanto, el problema persiste y, los afectados en último lugar son los niños nacidos a través de estas prácticas.<sup>25</sup>

El art. 10.2 del mismo precepto legal establece que *“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*. Ello implica que la mujer que da a luz será siempre considerada como la madre biológica, y el hijo se inscribirá en el Registro Civil como suyo, sin que pueda manifestar la identidad del otro progenitor, por disposición expresa del art. 122 del CC. Conforme al art.10.3 de la LTRHA *“queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*. Ello quiere decir que, a pesar de que el contrato es nulo, el comitente que ha aportado material genético tiene la posibilidad de reclamar la paternidad del nacido. Esta situación parece evocar la situación de los hijos nacidos como consecuencia de un matrimonio putativo, esto es, el matrimonio ha sido declarado nulo pero produce efectos por ministerio de la ley respecto de los hijos, ya que éstos serán considerados en todo caso hijos matrimoniales (art. 79 Cc). Sin embargo, el precepto no contempla la posibilidad de que se pueda ejercer la acción de reclamación de la maternidad por la madre biológica que al mismo tiempo es la mujer comitente. Se afirma que la omisión de esta posibilidad es consecuencia de la afirmación que hace el párrafo 2º del precepto, ya que, siempre se considera en estos supuestos como madre a la mujer gestante. Sin embargo, a tenor del art. 10.3 LTRHA, ejercitada la acción de

---

<sup>25</sup> JARUFE CONTRERAS, D., *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento español: adopción “versus” técnicas de reproducción humana asistida*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 268 – 270.



reclamación de la paternidad por el padre biológico, y previa renuncia a la maternidad de la mujer gestante, el hijo podrá ser adoptado por el otro cónyuge.<sup>26</sup>

### **3.3 Ley Orgánica 10/1995, 23 de noviembre, del Código Penal.**

El Código Penal (CP) recoge las correspondientes sanciones que se pueden imponer a quienes participen en la práctica de la gestación por sustitución.

El art. 220 del CP sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos años a los que oculten o entreguen a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. Por otro lado, el art. 221.1 del mismo precepto legal establece que *“los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años”*. Por tanto, a los sujetos intervinientes en estas prácticas reproductivas, que realicen las conductas prohibidas por estos artículos, se les aplicara la sanción jurídico-penal.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Ed. Reus, S.A, Madrid, 2015, pp. 167 - 173.

<sup>27</sup> SÁNCHEZ MORALED A. M., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi*, núm.9, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014, p. 3.

#### 4. FILIACIÓN DEL NACIDO EN VIRTUD DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.

En relación con la ley aplicable a la filiación, resulta preciso hacer referencia a la nueva redacción que se le dio al art. 9.4 del CC. Dicha modificación, fue llevada a cabo, por el artículo segundo, número uno, de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.<sup>28</sup>

Esta nueva redacción <sup>29</sup> modifica el supuesto de hecho que contenía el antiguo art. 9.4 CC, ya que, antes se hacía referencia a “*el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paternofiliales*”, sin embargo, la nueva norma de conflicto de leyes hace referencia a la determinación de la filiación, es decir, a la fijación del vínculo y a su carácter. Por otro lado, la modificación del citado precepto conlleva a la aplicación de la ley de residencia habitual del hijo para determinar la ley aplicable a la filiación por naturaleza y, se abandona de esta manera la aplicación de la ley nacional del hijo en el que se basaba el modelo anterior. Además, para evitar las posibles dificultades relacionadas al conflicto móvil se concreta el momento en el que habrá de apreciarse la residencia habitual del hijo (“*el momento del establecimiento de la filiación*”). En último lugar, se enuncian otros criterios de conexión subsidiarios para determinar la filiación. Así, en defecto de la ley de residencia habitual, se aplicara la ley de la nacionalidad y, a falta de esta, se aplicara la ley española.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. [BOE-A-2015-8470]

<sup>29</sup> Art. 9.4 CC “ La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5. La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”.

<sup>30</sup> VAQUERO LÓPEZ, C., “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *Revista Aranzadi*, núm.9, Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2015, pp. 10 - 11.

En cuanto a la ley aplicable al contenido de la filiación, el segundo párrafo del art. 9.4 CC establece una remisión al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Las disposiciones contenidas en dicho Convenio tienen un alcance universal y, por tanto, el contenido de la filiación y el ejercicio de la responsabilidad parental se someterán a la ley de la residencia habitual del menor, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16 a 21 del Convenio De la Haya de 1996.

La modificación de los criterios de conexión por los que se determina ahora la ley aplicable a la filiación por naturaleza sirve como solución para evitar los posibles problemas de doble identidad. Sin embargo, no se da una solución global a todos los problemas que provienen de la gestación por sustitución, principalmente cuando la residencia habitual de los nacidos mediante maternidad subrogada no coincide con el territorio donde han sido gestado.<sup>31</sup>

La gestación por sustitución, como TRHA, plantea algunas dificultades en orden a la determinación de la filiación. El art. 108 del CC reconoce dos tipos de filiación: la natural y la adoptiva. Es preciso tener en cuenta, que el concepto de la filiación por naturaleza, a la que se refiere el CC, se basa en una realidad biológica, real o presunta. Así, nuestro ordenamiento opta por un sistema de determinación basado en la verdad biológica, lo que quiere decir que madre y padre a efectos legales es quien es madre y padre biológico. Sin embargo, la equivalencia entre realidad biológica y filiación natural desaparece en la mayoría de los casos de reproducción asistida y, como consecuencia, lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> VAQUERO LÓPEZ C., “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015” *Revista Aranzadi*, núm.4, Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2015. p. 5.

<sup>32</sup> LAMM, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24., Barcelona, 2014, p. 80.

Por tanto, en las TRHA cobra especial relevancia la voluntad de generar un nuevo ser humano, que viene a sustituir a la verdad biológica convirtiendo en padres legales a quienes presta su consentimiento para someterse a estas técnicas. Sin embargo, el legislador no ha otorgado a esta voluntad el carácter de título de determinación de la filiación (con la única excepción del artículo 7.3 LTRHA donde la voluntad puede entenderse como un nuevo título de determinación de la filiación).<sup>33</sup>

#### **4.1 La determinación de la maternidad**

Según dispone el art. 7.1 de la LTRHA, la determinación de la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida “(...) *se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos*”. Este artículo nos remite a las normas civiles en materia de filiación excluyendo de la misma aquellas materias que sean objeto de un tratamiento específico por los arts. 8 a 10 de la LTRHA.

Por tanto, la determinación de la filiación materna en los casos de gestación por sustitución se regula por el art. 10.2 de la LTRHA que dice así “*la filiación materna de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”.

La LTRHA atribuye la condición de madre a la mujer que da a luz sin tomar en consideración el origen del material genético utilizado para la procreación. Así, la filiación materna se determina en base a la gestación y el parto y, no se rige por el aspecto biológico (genético). Ello supone además, que la mujer comitente no podrá ser la madre legal del nacido, aun cuando hubiera aportado el material genético para la fecundación. Por tanto, la disposición contenida en el art. 10.2 de la LTRHA supone la aplicación de las reglas generales de determinación de la maternidad.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, 2010, p.29.

<sup>34</sup> HUALDE MANZO, T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.10, Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2012, p. 23.

## 4.2 La determinación de la paternidad

Como hemos dicho, la determinación de la filiación de los nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en la LTRHA. Esta remisión a las leyes civiles supone que la paternidad dependerá en primer lugar de si la madre que se somete a estas técnicas está o no casada.

Si la mujer gestante estuviera casada, opera la presunción de paternidad del art. 116 del CC, tanto si el gameto masculino proviene del comitente, como de un tercero, o del mismo marido. Ello supone que al hijo nacido constante el matrimonio se le considerara matrimonial. No obstante, es factible que el padre biológico reclame la paternidad conforme al art. 10.3 de la LTRHA

En base al art. 136 del CC, el cónyuge de la mujer gestante puede impugnar la paternidad que se le atribuya conforme a la presunción legal del art. 116 del mismo precepto legal. La acción de impugnación se podrá interponer, como regla general, tanto si el marido de la gestante hubiese dado su consentimiento para la gestación por sustitución, como si no lo hubiese prestado, y triunfaría siempre y cuando el marido de la mujer portadora no hubiera aportado su material genético. No obstante, si el gameto masculino proviene de un tercer donante, estaríamos ante la llamada fecundación artificial heteróloga que se regula en el art. 8.1 de la LTRHA. En este supuesto, se tendrá que estar al consentimiento del marido de la mujer gestante para determinar la paternidad. La voluntad actúa en este caso como título atributivo de la paternidad y, habiendo consentido en los términos del art. 6.3 de la LTRHA, el hijo se inscribirá como matrimonial, sin posibilidades de impugnación.<sup>35</sup>

Si la mujer gestante no estuviera casada, no operaría ninguna presunción de paternidad. El niño no tendría un padre legal, a no ser que se determine por alguna de las vías del

---

<sup>35</sup> JARUFE CONTRERAS, Op. Cit., pp. 279 – 280

art. 120 CC. En este caso, el varón comitente podría efectuar un reconocimiento expreso, que le atribuiría la paternidad en tanto no se impugnara.<sup>36</sup>

Ahora bien, si se pretende la determinación de la filiación paterna en favor del comitente que haya aportado su material genético, la solución nos la da el art. 10.3 de la LTRHA: “*queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”. En el caso de que la gestación haya sido contratada por una pareja de dos varones, la paternidad podrá ser determinada a favor de aquel que aportó su material genético y, siempre que se ejercite la acción de reclamación.<sup>37</sup>

#### **4.3 Derecho internacional privado español.**

Desde el punto de vista internacional, en los supuestos de gestación por sustitución se observan considerables discrepancias en la regulación legal de cada Estado. Hay Estados donde estos contratos son perfectamente válidos y el nacido se considera “hijo” de las personas que contratan y no de la mujer gestante. En cambio, hay ordenamientos jurídicos que prohíben expresamente la gestación por sustitución y sancionan con la nulidad de pleno derecho estos contratos y se considera que la mujer gestante es la madre.

La cuestión principal que cabe analizar en este ámbito es cómo determinar, en el derecho español, la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y cuya filiación ha sido determinada en el extranjero. Son numerosos los españoles que se trasladan a países con legislaciones que admiten la gestación por sustitución. Allí contratan a la “madre sustituta” y allí nace el hijo. Es frecuente también que regresen a España con el menor y con documentación oficial extranjera, registral o judicial, que indique que dicho menor es legalmente “hijo” de las personas que contrataron a la

---

<sup>36</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, p. 407.

<sup>37</sup> HUALDE MANSO Op. Cit., p. 3.

madre sustituta, y no de ésta. En estos casos surge la cuestión de precisar la filiación de dichos menores para el Derecho español. Se trata ésta de una cuestión de extraordinaria complejidad técnico-valorativa sobre la que se han sostenido, fundamentalmente, tres tesis.<sup>38</sup>

#### **4.3.1 Tesis legeforista de la aplicación sistemática del Derecho sustantivo español.**

En virtud de esta tesis la filiación de estos menores debe determinarse, en todo caso, con arreglo al Derecho sustantivo español. Debe aplicarse, siempre, el art. 10.1 Ley 14/2006 LTRHA, de forma que la madre del nacido mediante gestación por sustitución es siempre la mujer que da a luz.

Esta tesis se construye sobre los siguientes puntos: a) El documento registral extranjero no es una “decisión” extranjera. No es más que un mero soporte documental en el que constan “hechos”. Una vez ante el Registro Civil español, dicho documento registral extranjero debe ser calificado por el Encargado del Registro Civil español, que debe comprobar la “realidad del hecho” y la “legalidad” del mismo. Por tanto, los defensores de esta tesis mantienen que la determinación de la filiación de estos menores para el Derecho español constituye una cuestión de “Derecho aplicable” a la filiación y no de validez en España de una “decisión registral extranjera” sobre filiación del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución; b) La Ley aplicable a la situación discutida no se fija a través del art. 9.4 CC, sino que debe aplicarse, en todo caso, el art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Los defensores de esta tesis subrayan que el citado art. 10 es una “norma material imperativa” que debe aplicarse en todos los casos nacionales e internacionales, que se susciten ante los tribunales y autoridades españolas. Indican que esta norma defiende intereses estatales de primer orden. Por ello, según ellos, resulta indispensable, forzoso, necesario y obligatorio aplicar dicha norma jurídica a todo supuesto de determinación

---

<sup>38</sup> CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. Vol. 2. Ed. Comares, Granada, 2017, p. 318.

de filiación en los casos de filiación por sustitución que surjan ante las autoridades españolas; c) Además los defensores de esta tesis subrayan que, normalmente en estos casos estamos ante un “fraude de ley general” ( art. 6.4 CC), pues los españoles se trasladan al extranjero con el objetivo de eludir la aplicación del art. 10 de la LTRHA y obtener una concreta filiación del menor a su favor. Se trata de un fraude de ley que debe ser sancionado con la ineficacia en España de la filiación atribuida al menor en el extranjero; d) En consecuencia, la filiación materna corresponde a la mujer que ha dado a luz al hijo y no los sujetos que contrataron a dicha mujer.

CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ manifiestan que esta tesis es incorrecta, al incidir los valedores de la misma en una serie de errores de gran trascendencia. Consideran estos autores que el primer error en el que se incurre es el no considerar el acta registral extranjera como una “decisión” adoptada por una autoridad extranjera. Para mantener esta postura defienden que en estos casos no se trata de determinar la filiación del menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución, sino de decidir si una filiación que ha sido establecida e inscrita legalmente en el Registro civil extranjero debe aceptarse o no en España y acceder así al Registro Civil español. Se trata, por tanto, de un problema de efectos extraterritoriales de decisiones extranjeras en España. También defienden estos expertos que las certificaciones registrales extranjeras si son decisiones extranjeras, ya que, el Derecho Internacional Privado español dispone de medios para otorgar efectos jurídicos en España a decisiones dictadas por autoridades extranjeras que no son sentencias judiciales (arts. 81 a 83 RRC). Además, estos autores sostienen que al art. 10 de la LTRHA no se le puede otorgar un ámbito de aplicación espacial universal, ya que, del análisis del citado precepto no resulta ser esta la voluntad del legislador. Por tanto, el art. 10 de la LTRHA es una norma de Derecho civil aplicable a los casos meramente internos y a los casos que contienen elementos extranjeros pero que se han de regular por la Ley española en virtud de lo dispuesto por el art. 9.4 del CC.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo De Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 56 – 58.



### **4.3.2 Tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante decisión registral.**

Otros especialistas han subrayado que las normas de Derecho Internacional Privado español que permiten “trasladar” al Registro Civil español la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución tal y como consta en la certificación registral extranjera. Tales normas españolas de DIPr. son los arts. 60 LCJIMC,<sup>40</sup> Disp. Adic. Tercera LJV<sup>41</sup> y arts. 85 Reglamento del Registro Civil. Estas disposiciones legales exigen el control de ciertos extremos. en particular, se exige que el documento haya sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trata y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado y, finalmente, que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden publico español. Varios extremos deben ponerse de relieve en este momento.

En primer lugar, la Disp. Adic. Tercera LJV exige que la filiación del menor se ajuste a la Ley indicada por el art. 9.4 CC. Este precepto, tras su reforma de 2015, conduce en primer lugar, a la Ley del país de la residencia habitual del hijo. Si el niño tiene su residencia habitual en España ello comporta la aplicación de la Ley española, con arreglo a la cual, sabido es que la filiación del nacido tras gestación por sustitución corresponde a la mujer que da a luz. Sin embargo, este resultado no es definitivo, porque como se verá seguidamente, el rechazo de la filiación establecida en otro país puede resultar contraria a los derecho del menor y al derecho de este a su identidad, a

---

<sup>40</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. [BOE-A-2015-8564]

<sup>41</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. [BOE-A-2015-7391]

su vida personal y familiar. Por tanto aunque la disposición citada obliga a controlar la conformidad de la Ley española y según esta Ley el nacido es hijo de la mujer que da a luz, el Derecho español obliga a reconocer la filiación del menor acreditada en el país extranjero.

En segundo lugar, el mismo art. 9.4 CC obliga a aceptar la filiación del nacido en el caso de que con arreglo a la Ley española no pueda determinarse su filiación pero pueda hacerse con arreglo a la Ley nacional del mismo. Es el caso de nacidos de madre desconocida pero cuyos padres son, según la Ley nacional del menor, los sujetos comitentes. De ese modo se evita que el menor carezca de filiación.

En tercer lugar, la disposición citada de la LJV exige el respeto del orden público internacional español para poder trasladar al Registro Civil español la filiación que consta en el RC extranjero en relación con los nacidos en virtud de gestación por sustitución. Esta tesis la siguió la RDGRN 18 febrero 2009. En sentido contrario, la SAP Valencia, de 23 noviembre 2011<sup>42</sup> anuló dicha resolución y la DGRN abandonó este criterio para abrazar la tesis anterior, esto es, la tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante sentencia judicial (Instrucción DGRN de 5 octubre 2010).<sup>43</sup>

#### **4.3.2.1 La Resolución de la DGRN de 18 febrero de 2009.** <sup>44</sup>

La DGRN abordó el conocido caso el Valenciano; dos ciudadanos españoles, varones y casados en Valencia, acudieron a California (EEUU), para contratar a una madre gestante que fue inseminada con el semen de ambos y con óvulos donados por otra mujer. La mujer subrogada dio a luz a dos niños que en el Registro civil californiano

---

<sup>42</sup> Sentencia núm. 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (Sección 10ª). [AC\2011\1561]

<sup>43</sup> CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Gestación por sustitución...*” Op. Cit. pp. 294-319.

<sup>44</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735)

constataban como hijos por naturaleza, y no adoptados, de la pareja española. No obstante, el encargado del Registro Civil Consular español de Los Ángeles, en su Auto de 10 de noviembre de 2008, rechazó la inscripción de los nacidos al estimar que la filiación por sustitución está prohibida en España; denegó lo solicitado por los interesados, invocando los preceptos 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

A juicio del Consulado español, sólo procedía la inscripción a favor de uno de los varones y, en todo caso, tramitar la adopción por el otro; posibilidad a la que ambos interesados se negaban dado que, a su pensar, el proceso de adopción lleva su tiempo. Además, alegaban que los niños eran hijos de los dos por igual.

Ante tal situación, los padres comitentes decidieron interponer un recurso contra el Auto emitido por el Encargado del RC Consular de España en Los Ángeles, ante la DGRN y, tras duros debates, se le concedió el carácter de “auténtica decisión” a la certificación californiana de nacimiento y filiación de los menores; por consiguiente, el día 18 de febrero de 2009, se ordenó que procediese la inscripción registral del nacimiento de los bebés con idéntica filiación a la que constaba en el Registro Civil californiano, velando por el interés superior del menor. Para tomar tal decisión y, consecuentemente, expedir esta resolución, la DGRN se apoyó en un conjunto de fundamentos jurídicos.

En primer lugar, puso de relieve que nada impide en la legislación registral llevar a cabo la inscripción, de acuerdo con el precepto 81 RRC.<sup>45</sup> Así, consideró que el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al RC español no requiere que éstas sean “idénticas” a las que se adoptarían en el Estado español, sino que lo que exige es que sean documentos públicos adoptados por una autoridad competente que desempeñe “funciones equivalentes” a las autoridades registrales

---

<sup>45</sup> Art. 81 Reglamento Registro Civil: “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”.

españolas; y, sobretodo, que no ocasionen efectos contrarios al orden público internacional español.

Además, señaló que la certificación registral no vulneraba los intereses generales, puesto que por el hecho de que dos personas sean del mismo sexo no se atenta contra el orden público. En este sentido, la DGRN consideró que si nuestro ordenamiento jurídico admite establecer la filiación adoptiva a favor de dos varones, deberíamos llegar a la misma solución en el caso de los hijos naturales, respetando así, uno de los principios jurídicos básicos del derecho español; todos los ciudadanos españoles “somos iguales ante la ley”, y así lo consagra el precepto 14 de la Constitución Española.

Asimismo, sostuvo que el no permitir la filiación de los niños a favor de los dos hombres resultaría discriminatorio por razón de sexo, dado que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 permite que la filiación de un hijo conste en el RC a favor de dos mujeres. A tenor literal de este último, *“cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta 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”*.

Por otra parte, la DGRN consideró que el no permitir la inscripción de esos niños en el Registro Civil español conllevaría la vulneración del precepto 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. En este sentido, se aludió al correcto funcionamiento de los diferentes Registros nacionales y al cumplimiento del derecho fundamental a la identidad de los menores, recogido en los artículos 7 y 8 CDN.

El hecho de que los nacidos podrían tener una determinada filiación en California, pero dicha solución resultaría ineficaz en España, de modo que los interesados deberían volver a plantear *ex novo* la inscripción de los menores en el Registro Civil español, dando lugar a otra distinta filiación, conduce, tal y como apuntó la DGRN, a la vulneración de la economía procesal; llevar a cabo una duplicidad de procedimientos

elevaría los costes de litigación para los particulares y, conllevaría la transgresión de la seguridad jurídica en el contexto internacional. Ésta es imprescindible para cumplir de manera propicia dos principios: el principio de derecho de la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso equitativo. En este sentido, cabe señalar que la DGRN reiteró que los nacidos deben tener la misma filiación tanto en California cómo en el Estado español y, que su identidad sea una, de modo que tales niños no cambien de padres cada vez que cruzan las fronteras.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución, de 18 de febrero de 2009, niega la presencia de un fraude de ley, sosteniendo que los particulares no utilizaron “una norma de conflicto ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española”. Es decir, no se manipuló el punto de conexión de la norma de conflicto española, creando así una vinculación ficticia, aparente, puramente formal, entre el caso y un determinado país, cuya ley, los particulares desean ver aplicada al supuesto concreto.

Existiría fraude de ley, por ejemplo, si se presentase el nacido como nacional norteamericano y con domicilio en California, provocando así, la aplicación de la ley californiana por un juez español a fin de decidir sobre la filiación del niño.<sup>46</sup> Pero, en el supuesto tratado por la DGRN, tal y como afirma CALVO CARAVACA, A. L., los particulares “no viajan a otro país para litigar allí y obtener una resolución extranjera que luego intentan introducir en España” y por ello, “no existió ninguna alteración del punto de conexión de la norma de conflicto”<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> De acuerdo con el art. 9.4 CC, las autoridades judiciales españolas aplican a la filiación la ley nacional del hijo.

<sup>47</sup> CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Gestación por sustitución...*” Op. Cit.

Asimismo, la DGRN rechazó la existencia de *Forum Shopping*,<sup>48</sup> señalando que, aunque se considerase que los sujetos situaron de una manera artificiosa la cuestión jurídica de la filiación de los niños en manos de las autoridades californianas, lo que debe primar es el interés superior de los menores sobre la sanción que conlleva dicho *Forum Shopping*. Se trata pues, de un interés superior que se antepone a otras consideraciones y que exige, tal y como se establece su la Resolución, la “continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores”.

#### **4.3.3 Tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante sentencia judicial.**

Otros expertos han indicado que es posible trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución tal y como ha sido acreditada en el extranjero. Para ello, indican, es preciso que se presente ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación y que se compruebe que la mujer gestante dio su libre consentimiento para perder su patria potestad y que el menor no ha sido objeto de comercio. Ésta es la tesis que sigue la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.<sup>49</sup> Debido a la citada Instrucción, ésta es la tesis que han seguido los Registros Civiles españoles y a la que hay que atenerse si se desea que la filiación determinada en el extranjero conste en el mismo sentido en el RC español. La DGRN abandonó así la tesis que mantuvo en su antes citada RDGRN 18 febrero 2009 y cambió de criterio.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Traducido como *foro de conveniencia*. Es la posibilidad que la diversidad de reglas y competencias internacionales ofrece a los litigantes de acogerse a la jurisdicción o tribunales de países que puedan emitir una sentencia más favorable a sus intereses.

<sup>49</sup> BOE núm. 243 de 7 octubre 2010.

<sup>50</sup> CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. Vol. II Ed. Comares, Granada 2017. Cit.

#### **4.3.3.1 Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.**

La Dirección General de los Registros y del Notariado no sólo ha tenido la ocasión de pronunciarse en el caso anteriormente explicado; cada vez han sido más los recursos que se interponían ante la DGRN contra las resoluciones emitidas por diferentes encargados de los Registros Civiles consulares. Éstas compartían la denegación de la inscripción de nacimiento de aquellos niños nacidos en otro país distinto a España, mediante la gestación por sustitución. Ello, fue uno de los motivos por los que se dictó la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que se publicó el 7 de octubre de ese mismo año en el Boletín Oficial del Estado. Dicha Instrucción ha sido largamente esperada. La deficiente práctica seguida por los funcionarios aplicadores de las normas españolas sobre gestación por sustitución ha generado, por una parte, un descontento generalizado en los afectados personalmente por dichas actuaciones funcionariales, y por otra parte, una polémica de dimensiones muy notables en el ámbito de los especialistas de Derecho internacional privado.

Indica la DGRN que con esta Instrucción se persigue “dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor” y también proteger “otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución”, especialmente, se persigue “la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres” y también “controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato” de gestación por sustitución. Para asegurar la protección de dichos intereses, la Instrucción citada establece lo siguiente.

1.º) Exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación. La DGRN exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución en relación con el padre biológico. Los interesados deberán presentar, junto a la solicitud de inscripción del nacimiento dicha resolución judicial. En consecuencia, no se admitirá como título apto

para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante. En el fondo, la Instrucción de 5 octubre 2010 viene a indicar que los títulos registrales extranjeros no son aptos para sustentar la inscripción de la filiación en España, sino que es título determinante la resolución judicial extranjera. Así, indica la RDGRN 23 septiembre 2011, gestación por sustitución en California que: “dado que, la inscripción practicada en ese Estado de la Unión es mero reflejo de una previa resolución judicial que es la que, en realidad, determina el régimen de filiación de los nacidos, por lo que el reconocimiento de tal resolución ha de constituir un trámite previo e imprescindible para lograr el acceso al registro español de tales relaciones de filiación, tal y como estipula el art. 83 del Reglamento del Registro Civil”

2.º) Exigencia de *exequatur*<sup>51</sup> en España de la resolución judicial extranjera. Precisa la DGRN que dicha resolución judicial extranjera debe haber obtenido el *exequatur* en España según los convenios internacionales vigentes para España o en su defecto, a través del procedimiento contemplado en los arts. 41-61 LCJIMC. Deberá adjuntarse a la solicitud de la inscripción, el auto judicial definitivo, expedido por autoridad judicial española, que ponga fin al *exequatur*.

3.ª) Exigencia de reconocimiento incidental. Si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un “procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”, no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral. En tal caso, el mismo Encargado del RC controlará, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

---

<sup>51</sup> Conjunto de reglas conforme a las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado verifica si una sentencia judicial emanada de un tribunal de otro Estado reúne o no los requisitos que permiten reconocimiento u homologación.



4.º) Extremos a controlar en el reconocimiento incidental. Cuando el Encargado del RC español debe controlar el reconocimiento de la resolución judicial en España, deberá acreditar varios extremos: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española ; c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesal de las partes, en particular, de la madre gestante; d) Que no se ha producido la vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria; e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida la facultad de revocación, la hubiera ejercitado. Estas exigencias persiguen constar: La plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado, que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores, así como que hay una correcta protección del interés del menor.

5.º) Decisión del Encargado en torno a la necesidad de *exequatur* por homologación judicial previa o de reconocimiento incidental registral. Si el encargado del RC considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución en el RC español, pues tal resolución extranjera requerirá un previo *exequatur* de esta de acuerdo a lo establecido en los arts. 41-61 LCJIMC. Por el contrario, si el encargado del Registro estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España como requisito previo a su inscripción, tal y como se ha visto anteriormente.

Por tanto, el encargado del RC español denegará la solicitud de inscripción de la filiación del niño nacido en otro país mediante la maternidad subrogada cuando no se le presente, en el mismo momento, la resolución judicial que determine la filiación, bien reconocible incidentalmente o por medio de *exequátur*. En este sentido, la Instrucción de la DGRN apunta de manera expresa en su Directriz Segunda, que “en ningún caso, se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”, a diferencia de la anteriormente analizada Resolución de la DGRN 18 febrero 2009.<sup>52</sup>

## 5. FUTURO

Tal y como se contenía en la introducción de este trabajo una solución parcial como la que se da en estos momentos no es que suscite menos problemas que si España regulase la legalización al respecto. Así que lo ideal sería acabar de regular esta figura, sin vacíos legales, con el fin de que queden totalmente amparados los derechos que entran en juego.

Una aproximación a esta regulación la encontramos con la presentación de la Proposición de Ley reguladora del derecho la gestación por subrogación<sup>53</sup>, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 8 de septiembre de 2017. En la exposición de motivos de esta Proposición queda clara la intención de la ley de ofrecer cauces institucionales adecuados para que la libertad de los ciudadanos se pueda hacer realidad, ya que el ciudadano ha evolucionado, tanto como la familia y las formas de concebir.

Con dicha Proposición se pretende superar la situación ambigua originada tras la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN, La Instrucción ha abierto la

---

<sup>52</sup> BEORLEGUI LOPERENA, A., “La maternidad subrogada en España”, en Académica-e, repositorio institucional de la Universidad Pública de Navarra. Trabajo Fin de Máster de Acceso a la Abogacía. Febrero 2014, p. 39. (<https://academica-e.unavarra.es/>)

<sup>53</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B: proposición de Ley, núm. 145-1 de fecha 8 de septiembre de 2017.

posibilidad de inscribir en el Registro Civil español una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero, haciendo así factible la continuidad transfronteriza de una relación de filiación que, obviamente, implica responsabilidades parentales. Y ello aunque esta relación de filiación sea fruto de una gestación subrogada. La Instrucción de 5 de octubre ha dejado, en la práctica, sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la LTRHA, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del fruto del contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España.

La Proposición de Ley se estructura en siete Capítulos, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. Los principios rectores de esta Ley, contenidos en el artículo 2 son: “los principios de dignidad, libertad, solidaridad, igualdad, protección integral de los hijos, iguales ante la Ley, de las mujeres, madres, padres y de los niños, en los términos previstos en los acuerdos internacionales, en el contexto de enriquecer las formas en las que los ciudadanos disfrutan de la familia, objeto de protección social, económica y jurídica, por los poderes públicos, al mismo tiempo que se fomenta la natalidad”.

Cabe destacar los requisitos de la gestación por subrogación contenidos en el art. 4:

“1. La gestación por subrogación se realizará solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica, en los términos establecidos en esta Ley.

2. El progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida.

3. La mujer gestante por subrogación no podrá tener vínculo de consanguineidad con el o los progenitores subrogantes.

4. La utilización auxiliar de las técnicas de fecundación in vitro o afines que sean necesarias para la gestación por subrogación se llevará a cabo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los centros habilitados a tal fin”

En cuanto al tema económico se establece claramente que la gestación no podrá tener carácter lucrativo o comercial, a pesar de que la mujer gestante podrá percibir una compensación económica para cubrir los gastos derivados de las molestias físicas, los de desplazamientos y los laborales. También se recogen en la Proposición una serie de requisitos que deben cumplir tanto la mujer gestante como los progenitores con el fin de controlar cada contrato de maternidad subrogada y evitar, en la medida de lo posible, la comercialización y la explotación.

El contrato de gestación por subrogación se ha de otorgar ante Notario, quien examinará con diligencia el cumplimiento de todos los requisitos. Una vez que este contrato está formalizado los comitentes no podrán impugnar la filiación del hijo nacido. Este contrato se considerará documento oficial a efectos de inscribir en el Registro Civil dicha filiación.

El cuarto Capítulo está reservado a la creación del Registro Nacional de Gestación por Subrogación, adscrito al Registro Nacional de Donantes, así como la inscripción en el mismo de las mujeres que libremente deseen participar en la gestación por subrogación. El quinto Capítulo regula las condiciones de funcionamiento que deben reunir los centros y servicios sanitarios para llevar a cabo la gestación por subrogación, incluyendo la obtención de la calificación y autorización necesarias y su inscripción en los Registros de centros y actividades. El sexto Capítulo aborda el asesoramiento y orientación de la utilización de la gestación por subrogación, que son competencia de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. El séptimo y último Capítulo se refiere a las infracciones y sanciones de aquellas conductas contrarias a lo establecido en la presente Ley.

## CONCLUSIONES

### **Primera.**

#### **Concepto y modalidades.**

La maternidad subrogada se puede definir como un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos. Por tanto dentro de la maternidad subrogada podemos encontrar varias modalidades: 1. La subrogación gestacional, es el supuesto en que el esperma y los óvulos son proporcionados por los futuros padres o por los donantes de esperma u óvulos, con exclusión de la madre sustituta. 2. Subrogación tradicional. Se basa en que la mujer no puede proporcionar óvulos para su posterior fertilización, o bien se trata de uno o dos hombres contratantes. En este caso, la madre subrogada aporta el óvulo y el padre (o un donante de esperma) aporta los espermatozoides.

### **Segunda.**

#### **La maternidad en derecho comparado.**

Actualmente, no existe ningún instrumento legal de ámbito internacional relativo a la maternidad subrogada, de modo que el legislador de cada país ofrece una regulación acorde a su propio ordenamiento jurídico. Consecuentemente, su trato legal proporciona, en líneas generales, tres grandes soluciones: su prohibición, su regulación para concretas situaciones y, finalmente, la que se inclina por dar validez y carácter vinculante a los contratos de gestación por sustitución. El fundamento de los que están en contra de esta práctica es que esta técnica de reproducción asistida puede servir a intereses comerciales y conllevar a la explotación material y psicológica de las mujeres gestantes, también afirman que los vientres de alquiler son contrarios a la dignidad humana y pueden ocasionar graves secuelas de carácter emocional a los nacidos. En contraposición encontramos el fundamento de los que están a favor de esta técnica es

que mujer es dueña de su cuerpo y, en el ejercicio de su autonomía, puede disponer de sus capacidades como quiera.

### **Tercera.**

#### **El contrato de “maternidad subrogada”.**

La práctica de la maternidad subrogada en España esta prohibida por el art. 10.1 de la LTRHA, el cual establece lo siguiente: “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”. La filiación de los nacidos se determinará por el parto, lo que implica que la mujer que da a luz será siempre considerada como la madre biológica y el hijo se inscribirá en el Registro Civil como suyo. Sin perjuicio de que el padre biológico pueda reclamar la paternidad conforme a las reglas generales. Parece que está clara la postura del legislador español al declarar nulo cualquier contrato de maternidad subrogada que se celebre.

### **Cuarta.**

#### **Las consecuencias en la filiación.**

La situación se volvió algo ambigua a partir de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero del 2009. Esta abordó el caso de dos hombres que contrataron un vientre de alquiler y se les rechazó la inscripción de los nacidos al considerar que la filiación por sustitución estaba prohibida en España. Tras el pertinente recurso se dictó la Resolución anteriormente mencionada, la cual admitió la inscripción de los nacidos en el Registro Civil señalando que no se vulneraban interés generales, que no había fraude de ley, y sobre todo que el no permitir la filiación vulneraría los derechos del niño. Posteriormente se dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que se publicó el 7 de octubre de ese mismo año en el Boletín Oficial del Estado.

Como consecuencia de estas resoluciones se puede dar efectos a la filiación que es fruto de un contrato de maternidad subrogada celebrado legalmente en el extranjero. Para

ello la DGRN exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución en relación con el padre biológico. Los interesados deberán presentar, junto a la solicitud de inscripción del nacimiento dicha resolución judicial.

### **Quinta.**

#### **Posible futura solución.**

Con el objetivo de proteger y amparar los derechos que entran en juego en esta práctica, como los de la mujer gestante y sobre todo los del niño, se debería regular la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida totalmente legal, con unos requisitos y controles necesarios para que se lleve a cabo de forma transparente y evitando posibles comercios. Con esto se acabaría la solución parcial que hay hoy en día en nuestro país, que tampoco evitan que esta práctica se lleve a cabo. Una aproximación a esta regulación la encontramos con la Proposición de Ley reguladora del derecho la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 8 de septiembre de 2017, donde se recoge la figura de la maternidad subrogada como un contrato legal, con sus requisitos, límites y sanciones en caso de malas prácticas.

#### **BIBLIOGRAFIA**

BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, 2010.

BAYARRI MARTÍ, M. L., “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, Revista digital Noticias Jurídicas, 2015. ([www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com))

BEORLEGUI LOPERENA, A., “La maternidad subrogada en España”, en Académica-e, repositorio institucional de la Universidad Pública de Navarra. Trabajo Fin de Máster de Acceso a la Abogacía. Febrero 2014. (<https://academica-e.unavarra.es/>)

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del

Tribunal Europeo De Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 2, 2015.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. Vol. 2. Ed. Comares, Granada 2017.

GAMBOA MONTEJANO, Claudia, “Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado”, *Informe de la Cámara de diputados de México*, Octubre 2010.

GARCÍA LOPEZ, V., “Gestación por sustitución y el permiso de maternidad”. (Trabajo Fin de Grado), 2014, Facultad de Ciencias del Trabajo de León.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M.C., *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial jurídica de Chile, 1993.

HUALDE MANSO, T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.10, Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2012.

JARUFE CONTRERAS, D., *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento español: adopción ‘versus’ técnicas de reproducción humana asistida*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014.

LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. InDret ([www.indret.com](http://www.indret.com)), Barcelona, julio 2012.

LAMM, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24., Barcelona, 2014.

PERALTA ANDÍA, J. R., *Derecho de Familia en el Código Civil*, Ed. Moreno, S.A, Perú, 2004.



PRESNO LINERA, M. A., JIMÉNEZ BLANCO, P. “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, num.51. Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2014.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, InDret ([www.indret.com](http://www.indret.com)), Barcelona, Julio 2009.

RODRIGO A, “Turismo reproductivo para conseguir el embarazo”, *Revista digital “Reproducción Asistida ORG”* ([www.reproduccionasistida.org](http://www.reproduccionasistida.org)), Enero 2017.

SÁNCHEZ MORALED A. M., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi*, núm.9. Aranzadi, SA, Pamplona, 2014.

UNIVERSAL SURROGACY S.A, “Los tipos de maternidad subrogada” ([www.universalsurrogacy.com](http://www.universalsurrogacy.com))

VAQUERO LÓPEZ, C., “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *Revista Aranzadi*, núm.9. Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2015.

VAQUERO LÓPEZ C., “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015” *Revista Aranzadi*, núm.4, Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2015.

VELA SANCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada: Comares, 2012.

VELA SÁNCHEZ, A. J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Ed. Reus, S.A, Madrid, 2015.  
VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014.