



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Máster

# LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Autor

**WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS GALLEGO**

Directores

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ  
MARINA PÉREZ MONGE

Facultad de Derecho  
2013

## SUMARIO

	PÁG.
<b>I. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</b>	
§ 1. DEFINICIÓN	1
§ 2. CARACTERIZACIÓN	4
§ 3. MODALIDADES	6
§ 4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	9
§ 5. REGULACIÓN INTERNACIONAL [GEO-DISTRIBUCIÓN]	10
§ 5.1. ALEMANIA	12
§ 5.2. BRASIL	12
§ 5.3. CANADÁ	13
§ 5.4. COLOMBIA	13
§ 5.5. EE.UU.	14
§ 5.6. FRANCIA	16
§ 5.7. GRECIA	18
§ 5.8. ISRAEL	19
§ 5.9. ITALIA	20
§ 5.10. REINO UNIDO	20
§ 5.11. RUSIA	22
§ 5.12. SUIZA	23
§ 5.13. UCRANIA	23
§ 6. SUPUESTOS DE LEGALIZACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	23
a. ARGUMENTOS A FAVOR	24
b. ARGUMENTOS EN CONTRA	26
<b>II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA</b>	
§ 7. MARCO NORMATIVO Y LEGAL	28
§ 8. ANÁLISIS A LA LEY 14 DE 2006	28
A. § 9. EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	30
a. ASPECTOS GENERALES;	30
b. OBJETO DEL CONTRATO;	33
c. NULIDAD DEL CONTRATO;	34

d. PARTES QUE CELEBRAN EL CONTRATO;	37
e. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO;	38
B. § 10. LA FILIACIÓN EN ESPAÑA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA	39
§ 10.1. CONCEPTO	39
§ 10.2. MARCO NORMATIVO	41
a. LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL	41
b. FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE TRHA [LEY 14/2006]	46
C. § 11. FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE LA TÉCNICA DE GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN.	49
§ 11.1. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD	50
a. DETERMINACIÓN LEGAL [MADRE GESTANTE]	51
b. DETERMINACIÓN BIOLÓGICA	53
c. MATERNIDAD SOCIAL O DE DESEO; RENUNCIA DE LA MADRE GESTANTE A LA FILIACIÓN	55
§ 11.2. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD	58
§ 11.3. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN PAREJAS DEL MISMO SEXO	64
a. FILIACIÓN A FAVOR DE DOS MUJERES	65
b. FILIACIÓN A FAVOR DE DOS HOMBRES	66
§ 11.4. FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE	68
§ 11.5. LA CUESTIÓN DEL DOBLE ESPEJO	69
§ 12. LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN DE UNOS HIJOS NACIDOS EN CALIFORNIA [ESTADOS UNIDOS] DE UN MATRIMONIO DE VARONES, NACIDOS MEDIANTE LA TÉCNICA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	71
A. § 13. RESOLUCIÓN D.G.R.N. DE 18 DE FEBRERO DE 2009.	72
B. § 14. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE VALENCIA, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010.	76
C. § 15. INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO,	

SOBRE EL RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.	77
D. § 16. AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN 10ª, SENTENCIA DE 23 NOV. 2011, REC. 949/2011.	81
§ 17. CUESTIONES QUE SUSCITAN AMBAS POSTURAS.	83
§ 17.1. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL.	85
a. DE LOS REQUISITOS EN CONCRETO	85
b. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL	88
c. DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL	89
d. DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	93
e. DEL FRAUDE DE LEY Y DEL <i>FORUM SHOPPING</i>	95
§ 17.2. DILEMAS Y SINGULARIDADES DE LA MS.	97
a. CRISIS DE LA FAMILIA, ALTERACIÓN DE LA UNIDAD FAMILIAR [SEPARACIÓN O FALLECIMIENTO].	97
b. MEDIOS DE ACREDITACIÓN DEL CONTRATO Y LA MATERNIDAD.	101
c. DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO.	103
d. DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.	104
§ 18. SANCIONES	106
a. ADMINISTRATIVAS	106
b. PENALES	107
CONCLUSIONES	108
BIBLIOGRAFIA	110

## I. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN [MATERNIDAD SUBROGADA]

### § 1. DEFINICIÓN

Para desarrollar el concepto de Maternidad Subrogada es necesario establecer los criterios y fundamentos que a través de la doctrina y de la jurisprudencia se han erigido y que encontramos en las definiciones dadas a lo largo de su corta historia de desarrollo, algunas de las cuales pongo de relieve a continuación, partiendo, claro está, de premisas como que es un acuerdo de voluntades entre las partes intervinientes, más allá de los dilemas éticos y morales y con independencia de su naturaleza, licitud o ilicitud.

Así pues, poniendo en contexto la maternidad subrogada, tenemos que esta es definida por varios doctrinantes como «el contrato de maternidad subrogada, en sentido amplio, como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)»<sup>1</sup>. También se dice que es un «contrato de una mujer con una pareja unida en matrimonio, inseminándose artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer, para concebir, gestar y dar a luz o alumbrar un niño a cuya custodia renuncia para que sea adoptado por la esposa de aquel con cuyo semen fue inseminada»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> PÉREZ MONGE, MARINA, *La filiación derivada de la técnicas de reproducción asistida*; Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002. Pág. 329.

<sup>2</sup> PHILLIS COLEMAN, «*Surrogate Motherhood: Analysis of the problems and suggestions for solutions*», Tennessee law Review, 1982, Págs. 71 y 75, y NOEL P. KEANE y DENNIS L. BREO: *the surrogate mother, «Everest House»*, 1981, pág. 12, citados por GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *Comentarios a la Ley 14/ 2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*; Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2007. Pág. 363.

En igual sentido otros autores se han ocupado del tema y la han definido de la siguiente manera:

«Se llama maternidad subrogada, gestación por sustitución o alquiler de útero el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figura como madre de éste»<sup>3</sup>.

«[e]l contrato a través del cual la pareja comitente (la que solicita la gestación de otra mujer) convienen con una tercera persona un acuerdo de gestación en útero ajeno, para que se le implante un embrión o sea inseminada y lo gaste hasta el alumbramiento, de modo que llevado a término la gestante renuncia a su maternidad y entrega el niño a la pareja comitente, es la mujer de esa pareja la que adquiere los derechos sobre el hijo así nacido»<sup>4</sup>; al mismo tiempo, entiende que el objetivo de la maternidad subrogada es «el de una mujer que gesta un niño para entregarlo a una tercera persona, pero además con el presupuesto de renunciar a la filiación materna, para que sea atribuida dicha afiliación a otra mujer que no ha podido (o querido) gestarlo»<sup>5</sup>.

Para Farnós Amarós es un «acuerdo por el que una mujer, la madre subrogada, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida (TRA) para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer»<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, “*El derecho a la reproducción humana*”, Marcial Pons, Madrid 1994, pág. 136, citado por PÉREZ MONGE, MARINA, “*La filiación derivada de la técnicas de reproducción asistida*”, Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002. Pág. 329.

<sup>4</sup> GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *Comentarios a la Ley 14/ 2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*; Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2007. Págs. 253 a 254.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pág. 364.

<sup>6</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER, *Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*. “Revista Para el Análisis del Derecho”, Barcelona 2010. Págs. 4 a 5.

Pues bien, partiendo de las anteriores definiciones podemos inferir varios supuestos comunes entre si, como que el contrato a que hace referencia la maternidad subrogada, obedece a un acuerdo de voluntades generalmente plasmado en un documento que por sus características particulares se tiene como enteramente atípico, que puede ser oneroso o gratuito, asemejado por cierta parte de la doctrina a un contrato de arrendamiento<sup>7</sup>, especialmente lo concerniente al arrendamiento de obra o de servicios<sup>8</sup>, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación de un bebé, implantado en su matriz mediante el uso de una Técnicas de Reproducción Humana Asistida, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar sus gametos<sup>9</sup> [Aserciones de las cuales me ocupo en § 8].

Asimismo podemos distinguir, según tomamos de las definiciones emanadas de la doctrina, que como intervinientes en el contrato de maternidad subrogada figuran, por una parte, los comitentes que pueden ser una mujer o varón individualmente concebidos, o una pareja heterosexual u homosexual que hacen una aportación parcial o incluso total de gametos<sup>10</sup>; por otra parte yace la persona que aceptó anidar en su vientre un bebé con o sin aportación de material genético; y finalmente, el grupo o institución médica que adelantará el procedimiento o TRHA<sup>11</sup>.

Continuado con la misma línea de análisis y en relación con el material genético empleado en estos procedimientos, se entiende que tanto los comitentes

---

<sup>7</sup> Sobre el Contrato de Arrendamiento léanse artículos 1542 y ss. Del Código Civil.

<sup>8</sup> DÍAZ ROMERO, MA. DEL ROSARIO, *La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*. Diario La Ley, No. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY. 13778/2010. Pág. 1781.

<sup>9</sup> *Ibidem*. Pág. 1781.

<sup>10</sup> *Ibidem*. Pág. 1781.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, ANA SUYAPA, *"Eficacia Jurídico-Registral del contrato de gestación subrogada"*, Revista Aranzadi Doctrinal 6 –octubre 2011. Pág. 129.

como la contratada pueden o no hacer uso de sus propios gametos o recurrir a la donación parcial de estos para realizar el procedimiento de fecundación.

En consecuencia, partiendo de los anteriores párrafos y con base en las definiciones expuestas, podemos decir finalmente que la maternidad subrogada es un acuerdo oneroso o gratuito, mediante el cual una mujer acepta y se obliga a con sus contratantes a gestar de un bebe con ayuda de una Técnica de Reproducción Humana Asistida –TRHA– [Como la Fertilización *in vitro*<sup>12</sup>], ya sea aportando su propio óvulo, o mediante la utilización del gameto de la contratante o el de una tercera persona, para luego, tras dar a luz a la criatura, entregarla a los comitentes renunciando a todo derecho de filiación con el fin de que estos últimos lo críen como hijo propio.

## § 2. CARACTERIZACIÓN

Como podemos ver, la Gestación por Sustitución por si misma incorpora una serie de peculiaridades que valen la pena enunciar, veamos:

El acuerdo al que llegan las partes intervinientes generalmente consta en un contrato que no goza de antecedentes legales y por lo cual se tiene como enteramente atípico<sup>13</sup>.

El contrato puede ser oneroso o gratuito<sup>14</sup>: Oneroso en cuanto surge una prestación económica para la gestación del bebé y gratuito cuando el embarazo

---

<sup>12</sup>La fertilización *in vitro* «FIV o IVF por sus siglas en inglés» es una técnica o como algunos la denominan, una terapia, consistente en inseminar un ovocito con el espermatozoide, fuera del cuerpo de la madre y en un medio de cultivo líquido, para que se fecunden. El proceso implica un control hormonal en relación con el proceso ovulatorio de la mujer, para poder extraer uno o varios ovocitos de los ovarios maternos que luego serán fecundados por espermatozoides previamente preparados; posteriormente el ovocito fecundado o preembrión es transferido al útero de la mujer, para iniciar su embarazo. Cfr. PÉREZ PEÑA, EFRAÍN, *Atención integral de la infertilidad «Aspectos básicos de la reproducción asistida»*; McGraw-Hill – Interamericana, México D.F. 2003. Págs. 511 y ss.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, ANA SUYAPA, *Eficacia Jurídico-Registral...*, Op. cit. Pág. 129.

<sup>14</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *Comentarios a la Ley 14/2006...*, Op. cit., Pág. 368 a 369.

no conlleva fines lucrativos [Sin embargo, en muchos de los casos los comitentes deben compensar a la gestante por las molestias físicas y gastos de desplazamiento de ésta]. Dependiendo la regulación de cada país, este factor varía [Véase en el presente trabajo la geodistribución].

Dependiendo el ordenamiento de cada país, los acuerdos son consensuales, esto es, se perfecciona con la venia de las voluntades del(los) comitente(s) y de la contratada.

Es un contrato multilateral en el cual se distinguen como intervinientes: a. La portadora o gestante, quien puede o no proveer su óvulo; b. El comitente o contratante, quien puede ser un sujeto singular o una pareja ya sea matrimonial o no, y quienes, a su vez, pueden aportar sus gametos total o parcialmente dependiendo la singularidad del caso; y c. El grupo médico quien se encargará de llevar a feliz término el procedimiento de inseminación artificial<sup>15</sup>.

Su finalidad es la gestación de un infante por parte de una mujer que luego del parto lo entregará a sus comitentes, renunciado a cualquier vínculo filial respecto del nacido<sup>16</sup>.

Para la contribución de los gametos, los intervinientes en el contrato pueden estipular la aportación de los óvulos de la mujer comitente, de una donante o de la misma portadora; en estos últimos dos casos, la gestante no posee ningún parentesco genético con el bebé<sup>17</sup>. Para el caso del gameto masculino el esperma puede pertenecer al cónyuge contratante, al de un comitente sólo, o al de un donante.

---

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, ANA SUYAPA, Eficacia Jurídico-Registral..., Op. cit., Pág. 129.

<sup>16</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *Comentarios a la Ley 14/2006...*, Op. cit., Pág. 380 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, MARINA, *La filiación derivada de...*, Op. cit. Págs. 319 y ss.

Su implementación puede obedecer a problemas de infertilidad, genéticos [Enfermedades de transmisión genéticas], en casos en que el embarazo representa un riesgo para la salud o vida de la madre o de su feto, por carencia en la mujer de matriz, de ovarios o incluso de ambos [Procedimiento de Histerectomía]<sup>18</sup>; y más recientemente en el caso de parejas del mismo sexo como hombres que por su imposibilidad fisiológica recurren a este medio<sup>19</sup>, o mujeres que por ‘comodidad’ o simplemente por evitar las incomodidades que puedan generar los nueve meses de gestación recurren al convenio para que sea otra persona la que lo sobrelleve.

### § 3. MODALIDADES

Como modalidades de maternidad subrogada, la doctrina ha coincidido en afirmar que esta es de dos tipos; para PÉREZ VAQUERO la subrogación es «tradicional (o parcial)» o «gestacional (o plena)»<sup>20</sup>; para FARNÓS AMORÓS es «tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestational Surrogacy*)»<sup>21</sup>; y para MEDINA, G. es «madre gestante» y «madre portante»<sup>22</sup>.

Ahora, pese a que las denominaciones varían de un doctrinante a otro, no tanto así en su contenido, pues todos confluyen en afirmar que, en el primero de todos los casos, la madre de alquiler aporta su propio óvulo para que éste sea sometido a una fertilización con el espermatozoides del padre comitente o el de un

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, Pág. 332.

<sup>19</sup> *Vide* RUBIO TORRANO, ENRIQUE, *Inscripción como hijo de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución*, Aranzadi Civil S.A. (Num. 9/2011), Pamplona 2011; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Hijos made in California*, Editorial Aranzadi, S.A., Aranzadi Civil-Mercantil Num. 3/2009 (Tribuna), Pamplona 2009.

<sup>20</sup> PÉREZ VAQUERO, CARLOS, *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*, Noticias Jurídicas, Editorial Bosch S.A., 2010. Pág. 1.

<sup>21</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER, *Inscripción en España...*, Op. cit. Pág. 5.

<sup>22</sup> MEDINA, G. *Maternidad por sustitución (solución en la jurisprudencia francesa y norteamericana)*, LA LEY. 1997; citado en LAMM, ELEONORA. *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida – Programa ‘El Derecho en una sociedad globalizada’*. Tutora: Mónica Navarro Michel, Universidad de Barcelona, Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Barcelona 2008. Pág. 108.

donante, mediante una TRHA [Fecundación *In Vitro*, inseminación intrauterina<sup>23</sup>]; generando, como corolario, que la madre gestante sea a su vez madre genética. En tal caso, coexiste una participación biológica de la madre de alquiler frente al *nasciturus*, así como del comitente o del donante del esperma.

En el segundo de los planteamientos la madre gestante únicamente se confina a gestar la criatura, pues gracias al adelantamiento científico de las TRHA, es posible efectuar la fertilización del óvulo en un laboratorio, permitiendo de esta manera tomar los gametos de los comitentes, ya sea de ambos o con la ayuda de un donante, para luego de fecundarlo introducirlo en el aparato reproductor femenino de la madre subrogada en aras de que la criatura empiece su normal desarrollo. En éste último caso, gracias al vínculo genético que se suscita entre la comitente y el hijo, varios países se han inclinado por permitir la ejecución de contratos de maternidad subrogada, bajo tales supuestos y con el estricto acompañamiento del estado; tal y como se expondrá posteriormente [§ 5].

Sin embargo, considero que estas modalidades presentan una multiplicidad de variantes dependiendo la procedencia y combinación de los gametos, así podemos advertir las siguientes<sup>24</sup>:

- Gameto [ovulo] de la gestante con semen del comitente. La madre sustituta hace aportación de su propio óvulo, el cual es fertilizado mediante una TRHA [Fecundación *In Vitro*, inseminación intrauterina], con el semen del padre o

---

<sup>23</sup> También conocida como Inseminación Intrauterina de Espermatozoides, consiste en la colocación de una muestra espermatozoides 'mejorados' de forma no natural en el aparato reproductor femenino [Ya sea en el útero, en el cérvix o en las trompas de Falopio], mediante la implementación de instrumentos especializados y utilizando técnicas que remplazan a la copulación, con el fin de lograr la gestación. Su categorización puede darse: (i) dependiendo la procedencia del semen implantado en la mujer, la inseminación artificial se clasifica inseminación artificial como semen conyugal o homólogo o inseminación artificial con semen de donante o heterólogo; (ii) según el tiempo transcurrido después de la obtención de la muestra, fresco o con criopreservación o congelación; (iii) de acuerdo con el sitio de depósito de la muestra puede ser vaginal, cervical, intrauterino, intraperitoneal e intrafolicular y; finalmente (iv) si se efectúa en un ciclo natural o estimulado. Sobre el particular *Vide* Pérez Peña, Efraín. ATENCIÓN INTEGRAL DE LA INFERTILIDAD; MCGRAW-HILL – INTERAMERICANA. México 2003, pág. 501-502.

<sup>24</sup> En una tabla similar, PÉREZ MONGE, MARINA, "La filiación derivada de...", Op. cit. Pág. 365; refleja las posibles combinaciones que se pueden presentar.

comitente. En tal caso, coexiste una participación biológica de la madre de alquiler frente al *nasciturus*, así como del comitente;

- Gameto [ovulo] de la comitente con semen del comitente. En este caso, gracias a los múltiples avances tecnológicos sobre la materia, es posible que el óvulo sea totalmente ajeno al de su gestante; por lo tanto, no comparte ningún tipo de información genética con el bebé pues ha sido inseminada artificialmente con los gametos de los contratantes, lo que deriva en un estricto ‘alquiler del útero de la mujer’;
- Gameto [ovulo] de donante como semen del comitente. Hacen parte de este grupo las parejas contratantes o comitentes que acuden a la donación de un óvulo debido a la imposibilidad de la mujer [Contratante] de producir uno, o por cuanto no existe una mujer provista [Soltero o pareja del mismo sexo – Masculino–]. En esta tesis la madre sustituta abriga un embrión desarrollado a partir de un óvulo de una donante que ha sido previamente fertilizado por el esperma del padre contratante. Como corolario, el niño que nace está genéticamente relacionado con el padre contratante sin conservar ningún lazo genético con la ‘madre subrogada’;
- Gameto [ovulo] de la gestante con semen de donante. Ante la imposibilidad del comitente de aportar su semen, o en el caso de mujeres solteras que deciden acudir a una mujer para que con su propio óvulo y la inseminación del semen de un donante, gesten el niño. En consecuencia el hijo ostenta la información genética de la madre subrogada y no mantiene vínculo genético con la comitente. El padre es donante.
- Gameto [ovulo] de la comitente con semen de donante. En esta circunstancia no hay un padre previsto o es incapaz de producir espermatozoides, por lo tanto la madre subrogada lleva un embrión desarrollado a partir del óvulo de la futura madre [comitente] y el esperma de un donante. Evidentemente, el niño nacido se encontraría genéticamente relacionada con la madre contratante y sin ninguna relación genética con la madre sustituta;

- Gameto [ovulo] de donante como semen de donante. En este advenimiento los futuros padres son incapaces de reproducir su propio esperma, óvulo o embrión, por lo cual la madre subrogada para la gestación conlleva consigo un embrión completamente donado. En consecuencia el niño nacido no mantiene afinidad genética con ninguna de las partes intervinientes en el proceso.

#### § 4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

El primer acuerdo de maternidad subrogada en el que se involucrara una Técnica de Reproducción Humana Asistida [Inseminación Artificial], acaeció en el año de 1976 en Dearborn –Michigan–, gracias al apoyo del Abogado Noel Keane, quien por intermedio de su Sociedad «Surrogate Family Service, Inc.», con sede en Dearborn, Michigan, Estados Unidos, resolvió apoyar a las parejas que presentaran dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación<sup>25</sup>.

Posteriormente, en 1985 se presentó uno de los casos más resonados y afamados en el mundo, conocido como el caso Baby M. «Baby M. Case», el cual tuvo que ser dirimido por el TS de Nueva Jersey en 1988, quien resolvió otorgarle todos los derechos al padre natural del menor y derechos de visita a la madre subrogada<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> MEINKE, SUE A. "Surrogate Motherhood: Ethical and Legal Issues". National Reference Center for Bioethics Literature. The Joseph and Rose Kennedy Institute of Ethics, *Scope Note 6*. Georgetown University, Washington, DC., 2001, Pág. 2.

<sup>26</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER, "Inscripción en España de...", Op. cit. Pág. 9. «En *In Re Baby M* [537 a.2d 1227 (N.J., 1988)] la madre subrogada, que había sido inseminada con esperma del marido de la pareja comitente, se negó a entregar a la niña después del parto. El TS de Nueva Jersey consideró que el acuerdo previo era contrario al interés público (*public policy*) del estado, y declaró padres de la menor a la madre subrogada y al marido de la madre comitente (p. 1264). Ahora bien, en base al interés de la menor, el Tribunal otorgó la custodia de la niña a la pareja comitente, y atribuyó a la madre subrogada un régimen de visitas susceptible de ampliación. El pasado 23.12.2009 un Tribunal superior de Nueva Jersey (Hudson Country) confirmó *Baby M.*»; Vide PÉREZ MONGE, MARINA, *La filiación derivada de...*, Op. cit., pág. 344.

## § 5. REGULACIÓN INTERNACIONAL [GEO-DISTRIBUCIÓN]

Resulta innegable que con la incorporación de las denominadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida «TRHA» se ha logrado desvirtuar un viejo principio romano que afirmaba que «*mater Semper certa est*»<sup>27</sup>, transfigurando la maternidad de una estrictamente natural o biológica a una maternidad genética [aportación del gameto femenino]; gestacional [alquiler de útero en donde la filiación la confiere el parto]; social o de deseo [Aspecto volitivo y/o social en el que se encuentran familias heterosexuales, homosexuales o individuos singularmente considerados, con independencia de su género]; e incluso jurídica [«atribución de la función jurídico social de la madre»]<sup>28</sup>. Así pasamos del poder ser al querer ser; o como lo implanta ALKORTA «la autonomía procreativa de la mujer incluso a la hora de ceder sus órganos o funciones reproductivas gratuitamente o a cambio de un precio»<sup>29</sup>.

Pero no sólo estos cambios han afectado la concepción de fecundación o de maternidad, sino también la de familia, cada vez más compleja y potenciada por la pluralidad de posibilidades que se desprenden con cada avance de la ciencia en materia de procreación de la especie humana, lo cual ha forjado que los diferentes gobiernos del entorno establezcan requisitos legales que delimiten los derechos y obligaciones de los usuarios e intervinientes en los procedimientos o que, por el contrario, los prohíban y sancionen.

La regulación internacional sobre Gestación por Sustitución es tan variada como las mismas posiciones que se tienen sobre la misma; sin embargo, la doctrina en general ha reunido y clasificado en tres posturas el tratamiento legal internacional, dependiendo la aceptación, condicionamientos o prohibiciones que

---

<sup>27</sup> El Digesto de Justiniano. t. I, Libro 2, Título 4, apartado 5, [Traducción de D'ORS y otros] Aranzadi, Pamplona, 1968, pág. 94: «porque la madre es siempre cierta» (Paul. 4 Ed.), citado por PÉREZ MONGE, MARINA, *La filiación derivada de...*, Op. cit. Pág. 319.

<sup>28</sup> Vide PÉREZ MONGE, MARINA, *La filiación derivada de...*, Op. cit., págs. 319 a 320.

<sup>29</sup> Alkorta Idiákez, "*Regulación jurídica de la medicina reproductiva*". Derecho Español Comparado. Editorial. Aranzadi, S.A., Navarra 2003. Pág. 277; citando en GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *Comentarios a la Ley 14/2006...*, Op. cit., Pág. 362.

se tienen al interior de estos en torno a los vientres de alquiler<sup>30</sup>; aquí se develan algunos casos<sup>31</sup>:

- Países que la permiten [Legal]: Algunos estados de Estados Unidos [Arkansas, Tennessee, Virginia y California<sup>32</sup>], Chipre, Hungría, Países Bajos, Rumanía, Rusia, Ucrania, India, Irán, Nueva Zelanda y Sudáfrica.
- Países que la condicionan [Regulada para ciertos eventos]: Algunos estados de Estados Unidos [Florida, Nevada y Luisiana<sup>33</sup>], Bélgica, Grecia, Holanda, Reino Unido, Israel, Canadá, México DF, Brasil, Sudáfrica, Australia [Australian Capital Territory ACT, Queensland, New South Wales, South Australia (SA), Victoria (VIC), Western Australia (WA)<sup>34</sup>], y Nueva Zelanda.
- Países que la prohíben [Illegal]: Algunos estados de Estados Unidos [Arizona, Utah, Nuevo México, Míchigan y Nueva York<sup>35</sup>], Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Portugal, Suecia, Suiza, China y Japón.

## EL CASO CONCRETO EN OTROS PAÍSES

A continuación se expondrán algunos países en los cuales la maternidad subrogada ha sido objeto de debates y por ende fruto de decisiones por parte de sus legislativos o de los correspondientes Entes a cargo. No obstante, es de aclarar que de la información recolectada no se pudo constatar si al momento de

---

<sup>30</sup> PÉREZ VAQUERO, CARLOS, *"Diez claves para conocer los vientres de alquiler"*, Noticias Jurídicas, Editorial Bosch S.A., 2010. Pág. 3.

<sup>31</sup> Cfr. FARNÓS AMORÓS, ESTHER, *"Inscripción en España..."*, Op. cit. Págs. 17 y ss; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, ANA SUYAPA, *"Eficacia Jurídico-Registral..."* Op. cit. Págs. 132 y ss; LAMM, ELEONORA, *"Gestión por Sustitución – Realidad y Derecho"*, InDret, Revista Para el Análisis del Derecho, Barcelona 2012. Págs. 11 y ss; GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *"Comentarios a la Ley 14..."*, Op. cit., Págs. 384 y ss; PÉREZ MONGE, MARINA, *"La filiación derivada..."*, Op. cit., Págs. 337 y ss; y PÉREZ VAQUERO, CARLOS, *"Diez claves para conocer..."*, Op. cit. Págs. 3 y ss.

<sup>32</sup> PÉREZ VAQUERO, CARLOS, *"Diez claves para conocer..."*, Op. cit. Pág. 3.

<sup>33</sup> *Ibidem*, Pág. 3.

<sup>34</sup> LAMM, ELEONORA. *"El elemento volitivo..."*, Op. cit. Págs. 12.

<sup>35</sup> PÉREZ VAQUERO, CARLOS, *"Diez claves para conocer..."*, Op. cit. Pág. 3.

la elaboración del presente trabajo dichos pronunciamientos o leyes han sido eventualmente modificadas.

### **§ 5.1. ALEMANIA**

En Alemania dos leyes abordan la maternidad subrogada, la primera de ellas es la Ley de Protección del Embrión 745/1990, de 13 de diciembre de 1990; y la Ley de Adopción. La primera arguye en su artículo 1º, haciendo referencia a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, que «[S]erá sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento»<sup>36</sup>.

### **§ 5.2. BRASIL**

Por otra parte, dentro de los países que acogen la maternidad subrogada como condicionada se encuentra Brasil<sup>37</sup> quien expresamente la permite en eventos muy especiales y siempre y cuando su carácter sea altruista. Es el caso de una pareja que exponga problemas médicos que impidan la gestación de un bebé, en cuya circunstancia la ley consiente la gestación por sustitución, imponiendo cargas como que la madre sustituta o encinta pertenezca a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado. Para los demás casos que se puedan originar, será el Consejo Regional de Medicina (CRM) quien debe conceptuar sobre la pertinencia y autorización del procedimiento<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> LAMM, ELEONORA, "Gestación por Sustitución – Realidad y Derecho", InDret, Revista Para el Análisis del Derecho, Barcelona 2012. Págs. 11 a 12.

<sup>37</sup> *Ibidem*, Pág. 12.

<sup>38</sup> Consejo Federal de Medicina (CFM); Resolución No. 1957, de 15 de diciembre de 2010.

### § 5.3. CANADÁ

La Ley 29 de marzo de 2004 «*Loi sur la procréation médicalement assistée*» prohibió la maternidad subrogada pagada y cualquier actividad de intermediación o publicidad «Artículo 6º»; estableciendo implícitamente la tolerancia a la maternidad subrogada altruista. Sin embargo, dicha aquiescencia no se extiende a la provincia de *Québec*, dado que el artículo 541 del «*Code Civil du Québec*» declara nulos de pleno derecho los acuerdos de maternidad subrogada<sup>39</sup>.

### § 5.4. COLOMBIA

El tema de la maternidad subrogada en Colombia ha sido foco de innumerables debates en el país, en donde son muchas de las mujeres que motivadas por una ‘jugosa’ propuesta económica asienten prestar su útero para adelantar la gestación de un bebé [Entre € 8.000 y € 12.000]. Pese a ésta situación, en la actualidad no existe ninguna ley que la prohíba o que si quiera la regule; más allá de un pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en el año 2009<sup>40</sup>, en la cual abarca temas tan puntuales como las reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales del interés superior del menor, el concepto de familia y las reglas sobre la custodia y cuidado personal del menor. Además advierte la urgente necesidad de que en el país se regule de manera exhaustiva la misma, teniendo en cuenta factores como «la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas».

Hoy en día se sigue a la espera de la norma que regle este procedimiento, pues ahora mismo el principal reto que ofrece la filiación desprendida de un caso

---

<sup>39</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER, “*Inscripción en España de la Filiación...*”, Op. cit. Págs. 20 a 23.

<sup>40</sup> Sentencia T-968/09. Referencia: Expediente T-2220700; Acción de tutela instaurada por Sarai, contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali. Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

de maternidad subrogada es el problema legal que emerge al momento del nacimiento de un niño, dado que la ley colombiana implanta que el médico o la enfermera que hayan asistido a la madre en el parto deberán realizar el registro del nacimiento con los datos de la mujer que da a luz [Artículo 49, Decreto 1260/1970]. Como consecuencia, el niño figura como hijo de la madre subrogada y del padre inscrito, si fuere legítimo, o hijo natural reconocido o con paternidad judicialmente declarada; en caso contrario, la ley faculta la asignación del apellido completo de la madre [Artículo 53 *Ejúsdem*]. En consecuencia, si el médico inscribe a otra persona como madre incurre en el delito de falsedad de documento público, lo que indudablemente se traduce en una imposibilidad legal de registrar al menor como hijo de la mujer comitente, con independencia del origen del material genético [Óvulos de la contratante o de donante].

#### § 5.5. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

En EE.UU, como se pudo advertir, existe una pluralidad de posiciones frente a la maternidad subrogada, en la Florida por ejemplo, los *Florida Statutes* crearon unos estatutos llamados «acuerdos previos de adopción» o «*preplanned adoption agreements*», los cuales permiten ‘legalizar’ los contratos de maternidad subrogada aprobados judicialmente, consintiendo, de todas formas, que la madre gestante pueda desistir del acuerdo dentro de las 48 horas posteriores al parto<sup>41</sup>. Asimismo, las secciones 801 a 809 de la *Uniform Parentage Act (2000)*, regulan los acuerdos de maternidad subrogada (*gestational agreements*), la cual ha sido acogida por los estados de Alabama, Delaware, Nuevo México, Dakota del Norte, Oklahoma, Texas, Utah y Washington<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER, “*Inscripción en España...*”, Op. cit. Pág. 18.

<sup>42</sup> *Ibidem*, págs. 18 a 19. «La eficacia vinculante del acuerdo formalizado por escrito entre la pareja comitente y la madre subrogada, así como con su marido si está casada, depende de su aprobación judicial. Si lo considera necesario, la autoridad judicial debe valorar la idoneidad de la pareja comitente, a partir de un mecanismo similar a los *home studies* que se llevan a cabo en los procesos de adopción. Una vez aprobado judicialmente, el acuerdo sólo se puede revocar antes del embarazo. El reconocimiento de la filiación que deriva no es automático, sino que la pareja comitente debe comunicar el nacimiento al tribunal, que debe confirmar la orden judicial previa estableciendo la filiación del nacido a su favor»

En Illinois, la *Gestational Surrogacy Act* (2004) permite la compensación de la madre gestante «más allá de los gastos razonables en los que pueda incurrir, siempre que la cantidad se deposite ante un agente independiente antes del inicio de las TRA (750 ILCS 47/25). Para que el acuerdo despliegue efectos, los padres intencionales y la madre subrogada deben cumplir las condiciones de idoneidad especificadas en el apartado 750 ILCS 47/20, entre las cuales destaca la exigencia de que los padres intencionales acrediten su infertilidad o una causa médica suficiente»<sup>43</sup>.

En el estado de California se encuentra permitida la maternidad subrogada, «incluso con fines comerciales, si la madre gestante reside en el mismo»<sup>44</sup>; empero, su reconocimiento no es explícito, por lo cual se debe acudir a la jurisprudencia emanada de su TS (*case law*), quien es el encargado de establecer los derechos de las partes, fijando, para tal efecto, «que los derechos de los padres subrogantes deben prevalecer siempre sobre la madre natural, que en ningún caso puede revocar el contrato». Agrega FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, que «[E]n cuanto al procedimiento para el establecimiento de la filiación, el momento clave del proceso se produce a los ocho meses de embarazo. Entonces es cuando tiene lugar el llamado juicio de paternidad en los juzgados de familia, en el que ante la presente del ginecólogo que ha practicado la fecundación *in vitro*, la agencia que ha seleccionado a la madre de alquiler, los padres y el resto de las partes interesadas, el juez asigna formalmente la paternidad a los contratantes, que quedará reflejada en el certificado de nacimiento (es legal que no aparezca el nombre de la madre gestante en el certificado). Por tanto, el reconocimiento de la filiación resultante de un acuerdo de maternidad subrogada realizado en California no es automático, sino que requiere que una vez celebrado, la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 del *California Family Code* dirigido a determinar la filiación que pueda derivar, conforme a la voluntad

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, pág. 18.

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, ANA SUYAPA, “*Eficacia Jurídico-Registral...*” Op. cit. Pág. 132.

de las partes (*intention*) expresada en el acuerdo. Este procedimiento, dirigido a confirmar los derechos parentales, pretende establecer la filiación del naido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declara la filiación a su favor (sec. 7633 *Cal. Fam. Code*). El procedimiento también tiene por finalidad extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la madre subrogada y de su marido si está casada»<sup>45</sup>.

En Kentucky, «el procurador General emitió una opinión, en enero de 1981, en la cual sostiene que los contratos de maternidad subrogada son ilegales, y, por consiguiente, inexigibles en ese estado. Fundamentó su opinión en la política pública estatal contraria al pago de dinero a cambio de la entrega de un menor de edad para su adopción (*baby buying*) y, además, en una ley que prohibía consentir la adopción de niños antes del nacimiento de la criatura»<sup>46</sup>.

## § 5.6. FRANCIA

En Francia la ‘maternidad para los demás’ «*Maternité pour autrui*» se encuentra tajantemente prohibida. Así, el *Comité Consultatif National d’Ethique* de Francia calificó en 1983 esta práctica como «ilícita en cuanto suponía al cesión de un niño»<sup>47</sup>.

En similar sentido se pronunció dicha corporación en su Opinión No. 110, de mayo de 2010, sobre «*Problemes ethiques soulevés par la gestation pour*

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 133.

<sup>46</sup> RUIZ, SILVA, “Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización *in vitro* y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos”, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, págs. 85 y ss; citado en PÉREZ MONGE, MARINA, “*La filiación derivada...*”, Op. cit., Pág. 343.

<sup>47</sup> CCNE (COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D’ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ), X *Anniversaire. Les Avis de 1983 a 1993*, pág. 53; citado en PÉREZ MONGE, MARINA, “*La filiación derivada de...*”, Op. cit. Pág. 338.

*autrui (gpa)*», en donde sostuvo que «la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos»<sup>48</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema en el año de 1991<sup>49</sup> señaló que la maternidad subrogada viola el principio de orden público<sup>50</sup> de la indisponibilidad del cuerpo humano<sup>51</sup> y la condición de la persona<sup>52</sup>; todos estos contenidos en el artículo 16.1 del Código Civil: «*Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* [Toda persona tiene derecho al respeto de su cuerpo. El cuerpo humano es inviolable. El cuerpo humano, sus elementos y sus productos no puede ser un derecho de propiedad]».

Del mismo modo, el artículo 16.7 Cc., puntualiza que será nulo todo contrato que tenga por objeto la procreación o la gestación por cuenta de un tercero [Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle]<sup>53</sup>.

Siguiendo el mismo derrotero, el artículo 227.12 del Código Penal establece que «[S]e castigará con las penas previstas en el párrafo segundo la mediación

---

<sup>48</sup> LAMM, ELEONORA, "Gestación por Sustitución...", Op. cit. Págs. 11.

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia, Asamblea Plenaria de 31 de mayo de 1991. Pub. Boletín 90-20105. «Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes [Considerando que el Convenio mediante el cual una mujer está de acuerdo, incluso de forma gratuita, para gestar y abandonar a un niño tras su nacimiento viola tanto el principio del 'orden público' de la 'indisponibilidad del cuerpo humano' y el de la 'falta de disponibilidad de la condición personal']».

<sup>50</sup> Se dice que el Orden Público es la condición social en la cual deben vivir todos los habitantes de Francia, caracterizado por la paz, la seguridad, el orden, la salud y la tranquilidad pública; las normas que las regulan son de carácter imperativo.

<sup>51</sup> La disponibilidad del cuerpo humano es un principio jurídico francés que se puede traducir como aquel límite que se impone a sus habitantes frente a la libertad que se tiene sobre el cuerpo humano mismo y, por lo tanto, éste no puede ser objeto de un contrato o un acuerdo de voluntades.

<sup>52</sup> Este principio jurídico refiere a que una persona no puede disponer de manera plena y completa de su personalidad jurídica por sí misma o por interpuesta persona. Es decir, el estado de la persona jurídicamente hablando es permanente e inmutable; únicamente puede variar conforme a las condiciones previstas en la ley más no por su propia voluntad.

<sup>53</sup> PÉREZ MONGE, MARINA, "La filiación derivada...", Op. cit. Pág. 340.

entre una persona o una pareja que desee tener un hijo y una mujer que acepte tener el embarazo de dicho niño para luego entregárselo. Cuando dichos hechos se hayan cometido de manera habitual o con fines lucrativos, las penas se elevarán al doble. La tentativa de las infracciones se castigarán con las mismas penas»<sup>54</sup>.

## § 5.7. GRECIA

En Grecia el artículo 1458 del Código civil, así como la Ley 3089/2002<sup>55</sup>, de 23 de diciembre «Sobre Reproducción Humana Asistida», acceden a la maternidad subrogada presumiéndola a favor de la madre comitente que obtuvo la autorización judicial para acceder a la maternidad subrogada, previa acreditación de los requisitos legales.

«El art. 1458 del Código civil griego otorga efectos legales a la maternidad subrogada *gestacional*, siempre que se lleve a cabo con las condiciones del art. 1 de la Ley 3089/2002 [...]. Las condiciones de validez de la maternidad subrogada son la solicitud de autorización judicial por la madre comitente; la existencia de un acuerdo escrito que no comporte intercambio económico alguno entre la pareja comitente, la madre subrogada y, si está casada, su marido; y, finalmente, la acreditación por la madre comitente de su incapacidad para llevar a cabo la gestación, y por la madre subrogada de su buen estado de salud y capacidad para gestar. Desde el punto de vista de la filiación resultante, el Código civil griego contiene una presunción de maternidad a favor de la madre comitente que obtuvo la autorización judicial. De acuerdo con la modificación introducida en el art. 1464 del Código civil por la Ley 3089/2002, tanto la madre subrogada como la comitente están legitimadas para impugnar esta maternidad en el plazo de seis meses desde el nacimiento, si acreditan que le nacido es hijo biológico de la primera. En tal

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, pág. 340.

<sup>55</sup> Gaceta Oficial de la República Helénica no 237, de 23.12.2002; citado en FARNÓS AMORÓS, ESTHER, "Inscripción en España...", Op. cit. Pág. 21.

caso, la filiación materna se establecerá a favor de la madre subrogada con efectos retroactivos desde el momento del nacimiento»<sup>56</sup>.

### § 5.8. ISRAEL

En Israel la Ley 5746/1996 «sobre acuerdos de gestación por sustitución», fue sancionada cimentada en los preceptos de filiación en la adopción, previa acreditación de un Comité gubernamental que así lo disponga, quien tiene la tarea de verificar el cumplimiento de todos los requisitos que contempla dicho sistema<sup>57</sup>.

Dentro de los requisitos exigido por Israel se encuentran: «(1) los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre (Sect.1); (2) la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación (sect. 4(2)); (3) los embriones deben haberse creado “*in vitro*” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y espermatozoides del padre comitente (Sect. 2 (4)); (4) la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente (Sect. 1, 2(3), b)); (5) la gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera (Set. 2(3), a)); (6) la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado (Sect. 2(5))<sup>58</sup>»; la candidata a llevar la gestación debe tener entre 22 y 40 años y, a lo sumo, haber experimentado dos cesáreas y cinco partos<sup>59</sup>.

El acuerdo debe ser aprobado por un comité (Sect. 3) que se encuentra compuesto por «dos ginecólogos, un especialista en medicina interna, un psicólogo clínico, un representante de la religión de las partes, y un jurista»<sup>60</sup>. Una vez aprobado el acuerdo, la gestante no podrá rescindir el mismo salvo que el tribunal

---

<sup>56</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER, “*Inscripción en España...*”, Op. cit. Pág. 21.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pág. 20.

<sup>58</sup> LAMM, ELEONORA, “*Gestación por Sustitución...*”, Op. cit. Págs. 13.

<sup>59</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER, “*Inscripción en España de la Filiación...*”, Op. cit. Pág. 19.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pág. 19.

considere lo contrario por el acaecimiento de hechos nuevos que justifiquen tal acción.

En consecuencia, la filiación es determinada por el parto y solamente con la solicitud de la orden judicial de adopción y su correspondiente asentimiento, el niño figurará como hijo de los comitentes.

### **§ 5.9. ITALIA**

En Italia se encuentra la implementación de Técnicas Reproducción Humana Asistida, así pues, la Ley núm. 40, de 19 de febrero 2004 «*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* [Disposiciones relativas a la procreación médicamente asistida]», de manera textual rotula que «*Cualquier persona, en cualquier forma, que produzca, organice o anuncie la comercialización de gametos o embriones, o la maternidad subrogada, será castigado con prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 a un millón de euros*»<sup>61-62</sup>.

Adicionalmente, la Ley de 26 de mayo de 1999 «prevé una sanción penal para los sanitarios que realicen de cualquier manera una subrogación de maternidad y conminándose a la nulidad de los acuerdos relativos a la misma»<sup>63</sup>.

### **§ 5.10. REINO UNIDO**

En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, con la entrada en vigor de la *Surrogacy Arrangements Act* (1985), «los acuerdos de maternidad subrogada son homologables judicialmente si no persiguen fines lucrativos, no se

---

<sup>61</sup>«Art. 12. Divieti generali e sanzioni... 6°. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità e' punito con la reclusione da tremesi a dueanni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.»

<sup>62</sup> LAMM, ELEONORA, "Gestación por Sustitución...", Op. cit. Págs. 11.

<sup>63</sup> GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), "Comentarios a la Ley 14/ 2006...", Op. cit. Pág. 384.

publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias»<sup>64</sup>. Por lo tanto, para que la filiación sea establecida a favor de los comitentes, estos deben solicitar ante el tribunal una orden parental (*parental order*) durante los seis meses siguientes al nacimiento del menor<sup>65</sup>. Subsiguientemente, la orden se inscribe en un registro especial (*Parental Order Register*), en donde consta la identidad de la madre subrogada. A continuación, el tribunal verifica el cumplimiento de todos los requisitos contenidos en la sec. 54 HFEA (2008), dentro de los cuales se pueden advertir que la pareja se encuentre casada; que el niño sea concebido con gametos de al menos un miembro de la pareja; que la solicitud de filiación se presente dentro de los seis (6) meses posteriores al nacimiento; que uno de los miembros de la pareja tenga como domicilio el Reino Unido; que ambos miembros de la pareja sean mayores de 18 años; que el hogar del niño sea el mismo que el de la pareja; que el consentimiento de la madre subrogada se presente con más

---

<sup>64</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER, "*Inscripción en España...*", Op. cit. Pág. 20.

<sup>65</sup> «Artículo 54 de la *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. Órdenes parentales. (1) En un recurso presentado por dos personas ("los demandantes"), el tribunal podrá dictar una orden para que un niño sea legalmente tratado como hijo de los demandantes, si: (A) el niño ha sido gestado por una mujer que no es uno de los demandantes, como consecuencia de haber implantado en ella un embrión o esperma y óvulos o de inseminación artificial, (B) los gametos de al menos uno de los demandantes han sido utilizados para llevar a cabo la creación del embrión, y (C) se han cumplido las condiciones de las subsecciones (2) a (8). (2) Los demandantes deben ser: (A) marido y mujer, (B) constituir una unión civil, o (C) dos personas que están viviendo como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco. (3) Salvo en el caso previsto en el inciso (11), los demandantes deben solicitar la orden dentro del plazo de 6 meses a partir del día en que nace el niño. (4) En el momento de solicitud y realización de la orden: (A) el hogar del niño debe ser con los demandantes, y (B) uno o ambos demandantes deberán estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o la Isla del Hombre. (5) En el momento de la presentación de la solicitud ambos demandantes tendrán que haber alcanzado la edad de 18 años. (6) El tribunal deberá asegurarse de que ambos –(A) la mujer que ha gestado al niño, y (B) cualquier otra persona que sea padre del niño, pero no sea uno de los demandantes (incluyendo cualquier hombre en virtud de los artículos 35 o 36, o cualquier mujer en virtud de los artículos 42 o 43) – han consentido libre, incondicionalmente y con pleno conocimiento a la realización de la orden. (7) La subsección sexta no requiere el consentimiento de la persona que no puede ser hallada o es incapaz de darlo. El consentimiento de la mujer que gestó el niño no es eficaz con el fin de esa subsección si lo otorga en un plazo inferior a seis semanas después del nacimiento del niño. (8) El tribunal deberá asegurarse de que ningún dinero u otros beneficios (que no sean para los gastos razonables en que incurra) se ha dado o recibido por cualquiera de los demandantes para o en consideración de: (A) la confección de la orden, (B) cualquier acuerdo requerido por la subsección sexta, (C) la entrega del niño a los demandantes o (D) la realización de acuerdos con vistas a la adopción de la orden, a menos que sea autorizado por el tribunal» LAMM, ELEONORA, "*Gestión por Sustitución – Realidad y Derecho*", InDret, Revista Para el Análisis del Derecho, Barcelona 2012. Págs. 15 a 16.

de seis (6) semanas después de haber dado a luz; o que la pareja contratante o patrocinadora no haya pagado a la madre de alquiler por la gestación<sup>66</sup>.

En relación con la legitimación, únicamente pueden solicitar la *Parental Order* los matrimonios [Parejas heterosexuales]; las parejas homosexuales que formen una unión civil registrada (*civil partnership*); y las parejas estables que no tengan impedimentos para casarse<sup>67</sup>.

### § 5.11. RUSIA

En Rusia<sup>68</sup> la maternidad subrogada se encuentra amparada en el Código de Familia de la Federación Rusa y en la Ley Federal de Salud (*Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health, núm. 323-FZ*), aprobada en noviembre de 2011. Concretamente los artículos 51.4 y 52.3, establecen que «Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación *in vitro* o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimiento como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido». De igual forma, se tiene que la parte médica del alquiler de vientres los rige la Orden No. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia «Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina», de 26 de febrero de 2003. «En Rusia pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y reúnan los requisitos siguientes: tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener buena salud psíquica y somática. Sólo se admite la gestación por sustitución gestacional».

---

<sup>66</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER, "Inscripción en España de la Filiación...", Op. cit. Pág. 20.

<sup>67</sup> *Ibidem*, págs. 20 a 21.

<sup>68</sup> LAMM, ELEONORA, "Gestación por Sustitución...", Op. cit. Págs. 17 y 18.

## **§ 5.12. SUIZA**

En Suiza la Constitución Federal, en su artículo 119.2 letra d), condena toda forma de maternidad subrogada: «*Se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución*».

## **§ 5.13. UCRANIA**

En Ucrania<sup>69</sup>, el Código de Familia así como la Orden 771 del Ministerio de Salud consienten la maternidad subrogada. Así, el artículo 123.2 del Cc. Establece que si un embrión generado por el empleo de una Técnica de Reproducción Humana Asistida y perteneciente a unos cónyuges [Únicamente parejas heterosexuales que se encuentre casadas oficialmente], es transferido a otra mujer en aras de que ésta última lo gesté, los cónyuges serán los padres del niño y por ende ejercerán sin límites la patria potestad sobre el menor.

## **§ 6. SUPUESTOS DE LEGALIZACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

Como veremos, son muchos los argumentos tanto a favor y en contra que rodean la maternidad subrogada, no existiendo un consenso en la actualidad que permita exhibir una luz al final del túnel, pues desde dilemas éticos, religiosos, morales y últimamente hasta legales, han impedido que el mismísimo legislativo opte por cambiar de posición frente a esta diferenciada Técnica de Reproducción Humana Asistida.

Y es que son mucho los componentes que se deben observar al momento de tomar una decisión frente a la maternidad subrogada, pues por una parte se encuentran los intervinientes en el procedimiento; la salvaguarda de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones a las que se someten; el menor y su interés superior; las obligaciones concretas de los comitentes frente al futuro hijo; los

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, Pág. 17.

medios de coerción como mecanismo para exigir a cada una de las partes el acatamiento de lo convenido; las condiciones precisas en cuanto a capacidad y consentimiento de los interesados así como la legitimidad para poder, de una parte gestar y por la otra contratar. En fin, son muchos los matices que se deben estudiar ante un tema tan controversial que difícilmente permitirá tener a todas las partes involucradas contentas; no obstante es un asunto que innegablemente se tendrá muchas veces que discutir pues algo si es cierto, es una realidad social que cada vez coge más fuerza en nuestro entorno.

#### **a. ARGUMENTOS A FAVOR**

Como lo manifesté previamente, por ser un contexto que no solo encierra aspectos jurídicos si también éticos, morales y religiosos, además de principios básicos de la sociedad como son la vida y la dignidad humana que traspasan fronteras y rompe esquemas, encontramos diferentes posturas, incluso, dentro de los que proclaman su aceptación, veamos:

Como argumentos a favor encontramos como primera medida y el más básico de todos, el derecho a procrear<sup>70</sup>, erigido por la imposibilidad de algunas mujeres de concebir ya sea por problemas congénitos o por procedimientos quirúrgicos [Histerectomía], y más recientemente por hombres solos o en pareja, que ven en este mecanismo un medio eficaz para cumplir su propósito de tener un hijo.

Paralelamente, existen quienes lo ven como un reconocimiento del derecho a instituir una familia con bases en el libre desarrollo de la personalidad, la libertad humana, la dignidad y el derecho a la reproducción, viendo en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida un medio para acceder a tal propósito. Es

---

<sup>70</sup> Cfr. GÓMEZ SÁNCHEZ, "*El derecho a la reproducción humana*", Marcial Pons. Madrid .1994. págs. 67 y ss., FERNÁNDEZ PACHECO MARTÍNEZ, Op. cit. Pag. 670; citados en PÉREZ MONGE, MARINA, "*La filiación derivada de...*", Op. cit., Pág. 336.

evidente que este argumento se sienta en principios como el *libre albedrío* y el derecho de una persona, en este caso la mujer gestante, a disponer de su cuerpo. No obstante, dicha postura genera más debate que solución pues el disponer del cuerpo humano encierra demasiadas connotaciones que no hacer tal argumento como posible.

Otro de los sustentos más sólidos y favorables que tiene dicha técnica es aquel por el cual ven en la maternidad subrogada una solución para aquellas mujeres que presentan casos biológicos o médicos que les impide procrear. En consecuencia, de ser aceptado este argumento únicamente cobijaría a las mujeres que clínicamente prueben su impedimento.

Un distintivo argumento es aquel que se sienta en la idea de solidaridad de aquellas mujeres que ven en la maternidad subrogada una posibilidad de ayudar a parejas con problemas de esterilidad<sup>71</sup>. Podríamos decir que de una u otra manera este dependería del *libre albedrío* del que se hablo en unos renglones precedentes.

Desde el punto de vista volitivo de las personas, algunos asumen el contrato como un simple acuerdo de voluntades al que llegan las personas intervinientes de manera libre y consciente de sus actos, por lo cual no cabría el reproche de la sociedad. Empero los contratos como actos entre privados, sin excepción alguna, son y deben ser regulados por el Estado, lo que hace poco factible tal tesis.

Finalmente tenemos aquel que infiere que ante las vicisitudes que pueda ostentar la adopción, la maternidad subrogada se convierte en una alternativa para las parejas estériles o del mismo sexo que desean conformar una familia. Con todo, tal posición exhibe a los hijos más como objetos que como personas.

---

<sup>71</sup> MASSAGER, "*Les droits de l'enfant à naître*", Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, 1997, págs. 822 y ss., citado en PÉREZ MONGE, MARINA, "*La filiación derivada...*", Op. cit. Pág. 336.

## **b. ARGUMENTOS EN CONTRA**

Como principales argumentos en contra de la maternidad subrogada podemos enunciar los siguientes:

Socavan la noción tradicional de familia, pues la madre gestante debe desprenderse del hijo recién nacido para dárselo a sus contratantes a cambio de una compensación económica. Amén de la renuncia irrevocable a la filiación.

La mercantilización del cuerpo de la mujer, y más precisamente su útero como factor de gestación del ser humano. Esta perspectiva contrasta con el principio del *libre albedrío* erigido como argumento a favor.

El servilismo que se ve reflejado en la contratación de mujeres de escasos recursos frente a los comitentes que gozan de un mejor estatus social y/o económico<sup>72</sup>.

La explotación y manipulación de la mujer quien es concebida como un objeto procreador de hijos<sup>73</sup> que desnaturaliza el respeto por el cuerpo y dignidad de la mujer.

Durante los nueve meses se generan sentimientos tanto por parte de la madre gestante como por el bebé que está gestando; y al tener que entregarlo después de su nacimiento podría quebrantarse principios constitucionales como la dignidad humana y el derecho a una familia.

La comercialización de la capacidad reproductora de la mujer.

---

<sup>72</sup> PÉREZ MONGE, MARINA, "La filiación derivada...", Op. cit. Pág. 334.

<sup>73</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO, J. L. (DIR.), *et alii*, "Elementos de Derecho Civil". Tomo IV. Familia. Dykinson. 2008. Pág. 164-165. Citado en PÉREZ MONGE, MARINA, "La filiación derivada...", Op. cit. Pág. 334.

La incorporación de los bebés en el comercio como objetos de transacción o de negocio comercial.

«La gestación para otro no es una terapia que cure la esterilidad, ya que si se pretende tener (procrear) otro hijo, será necesario acudir a este procedimiento de nuevo»<sup>74</sup>.

La mujer sometida a una técnica de gestación por sustitución se puede ver sometida a condiciones de abuso o de degradación física y psicológica que pueden repercutir en su vida cotidiana.

Los anteriores argumentos se han hecho en su mayoría a manera enunciativa, pues comportan, en muchos casos, posiciones enteramente subjetivas o parcializadas, ya sea a favor o en contra, por lo cual se exponen con la intención de ejemplarizar las diversas visiones que se poseen frente a este polémico procedimiento.

---

<sup>74</sup> PÉREZ MONGE, MARINA, *“La filiación derivada...”*, Op. cit. Pág. 334.

## II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

### § 7. MARCO NORMATIVO Y LEGAL

- Artículo 10, Ley 14/2006;
- Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009;
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución
- Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, Sentencia de 23 Nov. 2011, rec. 949/2011.

### § 8. ANÁLISIS A LA LEY 14 DE 2006

«Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.»

De la atenta lectura del precitado artículo 10º LTRHA., podemos descubrir varios componentes que demarcan la situación de la gestación por sustitución hoy por hoy en España; así, por un lado encontramos la nulidad que de manera imperativa asigna la ley a los contratos en los cuales se pretende llevar adelante un convenio de maternidad subrogada; empero dicho mandato no enseña los fundamentos de tal apotegma, como es de esperarse, por lo cual, es la misma doctrina y la jurisprudencia la que se encargan de llenar esos vacíos o de interpretar las palabras que conforman el articulado, tal y como lo veremos más adelante.

Del mismo modo, la norma hace un puntual señalamiento sobre la filiación, pues de manera imperativa esgrime que ésta será determinada por el parto, evitando de esta manera interpretaciones acomodadas sobre la nulidad del contrato e imponiendo una traba a la renuncia de la gestante respecto de la filiación del pequeño.

Un último aspecto y no menos importante, es aquel que encontramos en el numeral tercero de la norma, en el cual deja ver una intención del legislador por el factor genético de la filiación, pues aprueba que en el caso de los padres biológicos estos puedan ejercitar la acción de reclamación de la paternidad conforme a las normas de derecho; con lo cual podría concluir, sin entrar en mayores debates, que la ley consiente y regula tres tipos de filiación, por un lado la «maternidad social o de deseo»<sup>75</sup>, la maternidad «gestacional» y la «biológica»<sup>76</sup>; todas estas abordadas en detalle en unos renglones posteriores.

Por lo tanto, una vez expuesto lo que antecede y advirtiendo desde ya la complejidad del asunto, abordaré el estudio de la norma de manera sistémica, disgregando cada uno de los aspectos aquí relatados, empezando por el contrato.

---

<sup>75</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *“Comentarios a la Ley 14/2006...”*, Op. cit. Pág. 356.

<sup>76</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, MARINA, *“La filiación derivada de la técnicas...”*, Op. cit. Págs. 319 y ss.

## **A. § 9. EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

Primeramente, es preciso establecer el marco al cual se encuentra sometido el contrato de gestación por sustitución, pues como se atisba, este es por completo atípico desde todas las perspectivas, por lo que se desarrollará de la siguiente manera:

### **a. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

Históricamente la maternidad siempre fue vista desde una perspectiva muy amplia de la palabra, pues era común que la misma hiciera referencia a todo el proceso que encierran distintos factores como el hecho de la fecundación, la (i) gestación y el parto, incluso hay quienes consideran que esta abarca, incluso, los meses posteriores al alumbramiento debido a su contenido psicológico y/o espiritual; de ahí que no se suscitara otrora, debates sobre la procedencia del óvulo o la madre del menor pues su concepción partía de un principio netamente naturalista y cierto para la época, pues conforme a aquel viejo aforismo romano «*mater Semper certa est*».

Luego, con la aparición de la tecnología y sus incursiones en materia de reproducción humana, tal concepto tomó un giro súbito que llevó a desligar cada uno de los componentes de la maternidad que hasta los años 80 era indivisible, convirtiendo a aquel viejo adagio en un anacrónico recuerdo de épocas ya lejanas. Así, se empezó a hablarse de términos como fecundación, fertilización, cultivos de gametos, embriones y preembriones, etc., justificando, o mejor aún, exhibiendo las nuevas Técnicas de Reproducción Humana Asistida como las ungidas para fenecer con los problemas de infertilidad del hombre, o como lo cita GARCÍA PÉREZ, el «remedio para la infertilidad humana»<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. Exposición de motivos de la Ley de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, citado en GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), "Comentarios a la Ley 14/ 2006...", Op. cit. 360.

Conjuntamente, ya tratándose de la maternidad subrogada su aparición tampoco fue tan sosegada, pues una de las más fuertes críticas que ha llovido sobre dicho procedimiento es el denominado mercantilismo del cuerpo de la mujer y el servilismo que se despliega, pues en la mayoría de los casos, a excepción de algunos particulares y muy puntuales casos, la mujer de escasos recursos económicos es la que accede a gestar la criatura de sus comitentes, que por las altas erogaciones económicas que requieren este tipo de acuerdos presupone un cierto nivel social de los que la emplean<sup>78</sup>. En el mismo sentido, grupos feministas han sostenido que «la maternidad subrogada supone la explotación y manipulación económica de un grupo de mujeres necesitadas y dispuestas a vender su capacidad reproductora. Estos contratos de subrogación, no harían más que crear un nuevo grupo de mujeres explotadas y angustiadas»<sup>79</sup>.

Aunado a lo anterior, podemos decir que otro ingrediente que se suma al alto nivel de complejidad que encierran estos contratos, es aquel que tiene que ver con su innegable carácter pecuniario que lo ha estigmatizado a nivel de ‘negocio subrogacional’ [si me permiten denominarlo así], pues en muchos de los casos [algunos conocidos en medios de comunicación<sup>80</sup>] son los intermediarios los que mejores réditos sacan de la intervención, vigorizados en algunas partes gracias a países permisivos que no ejercen el control que dichos actos requieren.

Estos intermediarios o agencias a que me refiero, son los encargados de publicitar los presuntos beneficios de estos tratamientos, comprometerse a conseguir la madre gestante y/o el país donde se puede desarrollar el

---

<sup>78</sup> *Ibidem* Pág. 358.

<sup>79</sup> *Brief filed on behalf of Amici Curiae*, The foundation of Economic trend et al., julio 1987, pág. 10, citado en GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), “*Comentarios a la Ley 14/2006...*”, Op. cit. Pág. 358.

<sup>80</sup> *Vide* FARNÓS AMORÓS, ESTHER, “*Inscripción en España de...*”, Op. cit. Pág. 20; en relación con el caso «Baby Cotton». Señala FARNÓS AMORÓS que este fue el primer caso de maternidad subrogada en el Reino Unido. «Se trataba de un caso de maternidad subrogada tradicional o plena, en qué el marido de la pareja comitente aportó el esperma con el que fue inseminada la madre subrogada. Los miembros de la pareja comitente, de nacionalidad británica, habían contratado los servicios de una agencia de maternidad subrogada en los EE.UU., a la que pagaron £14.000, de las cuales la madre subrogada recibió £6.500, y la agencia otras £6.500. Las £1.000 restantes fueron destinadas a cubrir los gastos médicos y legales».

procedimiento y, finalmente, asesorar técnicamente a los usuarios de las técnicas en materia de filiación. Precisamente, dicho andamiaje ha generado otra nueva figura insospechada hace unos años conocida con el nombre de «turismo procreativo internacional»<sup>81</sup>, que se origina o tiene como fuente la regulación de países en donde determinado procedimiento es permitido; así, se presenta este fenómeno hacia España cuando mujeres de diferentes partes de Europa [Asevera CARRASCOSA GONZÁLEZ que especialmente procedentes de Europa del Este y del Norte<sup>82</sup>] viajan al país a someterse a un tratamiento de fertilidad que no pueden practicarse en su país de residencia, ya sea por razones prohibitivas, de costos o de esencia de la tecnología necesaria para desarrollarlos; y desde España a otras partes del mundo [India o EE.UU.] cuando parejas o personas solas se interesan por adelantar un contrato de maternidad subrogada, prohibido como sabemos en España.

En esa lógica, cabe preguntarnos si no se está presentando una evasión a la normatividad local, también llamada como «Fraude de Ley y del *Forum Shopping*»<sup>83</sup>; planteamiento abarcado en la § 16.1.e.

Por otra parte, muchos se han preguntado si con la aceptación de estos tipos de acuerdo se está impulsando, oculto entre las letras del documento, un tráfico 'i-legal' de menores dependiendo el país donde se encuentra. Como sabemos, la legalidad es un factor mutante tanto en el círculo nacional de un país como en el ámbito internacional, por lo tanto hablar de legalidad o ilegalidad dependerá de la concepción que cada gobierno tenga respecto de la maternidad subrogada, para el caso de España, obviamente estaríamos hablando de una

---

<sup>81</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., '*Filiación Natural*', en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada 2010, 11ª Edición. Pág. 208.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pág. 208.

<sup>83</sup> Cfr. En este sentido PÉREZ ALVARES, MIGUEL ÁNGEL, *Efectos de las normas jurídicas*, en DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, *et alii*, Curso de Derecho Civil Vol. 1 (Derecho Privado – Derecho de la Persona), Madrid 2011, 4ª Edición, págs. 191 y ss.; y CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "*Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009*", Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2009), Vol. 1, No. 2, págs. 315 y ss.

ilegalidad en el objeto del contrato de maternidad subrogada, sin embargo, matizada por la concepción del origen genética del menor que puede pasar de la ilegalidad a la legalidad, pues recordemos que el mismo artículo 10.3 accede a la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, desvirtuando de tal suerte el conjeturable tráfico ilegal del menor.

Ahora bien, retomando el tema de la (i) gestación como una de las finalidades del contrato, y unas líneas atrás sobresaltado, considero que este por sí sólo no representa el fondo de la controversia, es más bien el propósito de la misma la que ha levantado los debates, pues la simple gestación no pasaría de ser un embarazo corriente [como tantos procedimientos a los que se someten mujeres con problemas de infertilidad para quedar encinta] de no ser por el propósito último de entregar el infante, con independencia de la participación biológica de sus comitentes, a la pareja que la contrató y renunciar, en algunos casos inflexiblemente, a una filiación que en la mayoría de los países del entorno se encuentra conferida por la misma ley, es decir, le corresponde por derecho propio. Del carácter filiatorio que conlleva en contrato me referiré en § 10.

## **b. OBJETO DEL CONTRATO**

El objeto del contrato, como ya se dijo, yace en la gestación de un bebé en un útero ajeno, ya sea con gametos u óvulos propios o ajenos para que, luego del nacimiento el niño sea entregado a los comitentes, implicando de esta manera la renuncia de la madre gestante a cualquier vínculo de filiación o derecho sobre el nuevo ser<sup>84</sup>.

Tal como se adelantó previamente, la controversia en el objeto contractual de un acuerdo de maternidad subrogada no se precisa en la gestación individualmente concebida, sino en su último aparte consistente en la entrega del

---

<sup>84</sup> GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *"Comentarios a la Ley 14/2006..."*, Op. cit. Pág. 354.

nacido y la correspondiente renuncia a la filiación que hace la gestante para que el menor pueda ser registrado como hijo de los comitentes. En esa lógica, para PÉREZ MONGE<sup>85</sup>, el contrato es nulo por varias razones a saber: a) Por ilicitud en la causa; b) Por ilicitud en su objeto; c) Por contradecir las buenas costumbres, la moral y el orden público; d) Por ser incompatible con la dignidad humana; e) Por oponerse a las normas del Código Civil; y f) por cuanto «los negocios jurídicos relativos al Derecho de familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes».

### **c. NULIDAD DEL CONTRATO.**

En el caso concreto de la nulidad del contrato, y acorde con los límites que ha impuesto el mismo legislador, se puede decir que existen varias causas para que el contrato [en caso de realizarse] esté viciado de nulidad:

EN LA CAUSA: El contrato es nulo en razón a que su causa es ilícita pues se opone a las leyes y a la moral, tal como lo dispone el artículo 1275 Cc: «Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». En ese entendido, la maternidad subrogada contradice lo dispuesto en la LTRHA [Art. 10.1], forjando como consecuencia su nulidad.

EN SU OBJETO: El artículo 1271 del Código Civil español [LEG 1889/27; Real Decreto de 24 de julio de 1889] consagra que «[P]ueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.(...) Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres»; lo que infiere que por sus distintivas características el contrato de gestación de subrogación se encuentra dentro de los supuestos contrarios de que trata la norma, pues el vientre de una

---

<sup>85</sup> PÉREZ MONGE, MARINA, “*La filiación derivada de...*”, Op. cit. Pág. 347.

mujer se encuentra fuera del comercio de los hombres<sup>86</sup>; pues, parafraseando al VELA SÁNCHEZ, la capacidad de gestar es «indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una *res extra commercium*»<sup>87</sup>; amén de ser contrario a la ley como ya se había expuesto.

POR CONTRADECIR LAS BUENAS COSTUMBRES Y LA MORAL: Como apunta GARCÍA PÉREZ, haciendo alusión a la moral y las buenas costumbres que «habría que dejar en manos de los jueces la apreciación de la inmoralidad de la causa o del objeto, lo que implica ‘una tarea de gran delicadeza, para cuyo desempeño se requiere especial sensibilidad respecto a lo deseable y posible socialmente... Las buenas costumbres hacen referencia a la moral y, a la vez, a la consideración social, según aquélla, de las conductas. Se trata de la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas. De aquí que es estigma de causa opuesta a la moral o de contraria a las buenas costumbres, será merecido cuando, por inmoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y ella lo considere indigno de amparo jurídico’»<sup>88</sup>.

Para FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, el contrato de gestación por sustitución igualmente es nulo al oponerse tanto al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, como al principio de indisponibilidad del estado civil, «ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que

---

<sup>86</sup> GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), “Comentarios a la Ley 14/ 2006...”, Op. cit. Pág. 376.

<sup>87</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO J. “*La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler, Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*”, Diario La Ley, No. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY. 3302/2011.

<sup>88</sup> DE CASTRO, F.: *El negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 246 y 247; citado en GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), Comentarios a la Ley 14/ 2006...”, Op. cit. Pág. 376.

determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo»<sup>89</sup>.

Finalmente encontramos que es nulo el contrato de maternidad subrogada, en explícita indicación a la renuncia que debe hacer la madre gestante respecto de la filiación del recién nacido, por cuanto este es un derecho de orden público irrenunciable en observancia de lo estipulado en el artículo 6.2 Cc<sup>90</sup>, pues la filiación y en general el derecho de familia se caracterizan precisamente por su alto contenido de interés público, «ético, transpersonalísimo y la relevante función a que sirven los poderes y facultades otorgados»<sup>91</sup>, impidiendo de esta manera la renuncia al derecho otorgado por contradecir «el orden público»<sup>92</sup>.

Por otra parte, una variante que presenta la doctrina con relación a los contratos de maternidad subrogada y por lo cual no recaería en principio una nulidad, es el considerado «*gentleman's agreement*»<sup>93</sup> o «pacto de caballeros»<sup>94</sup>; pues en tales supuestos no existiría como tal un contrato sino un acuerdo simple de voluntades gobernado por la moral o, si se quiere, por las obligaciones naturales, en donde las partes cumplen lo acordado «aunque no sea jurídicamente exigible»<sup>95</sup>. En tal supuesto, señala GARCÍA PÉREZ que «al modo de una obligación natural (o moral) en la que en el foro del honor y de la conciencia obliga al que la ha contraído, pero que no constituye un vínculo jurídico, quedando reducido entonces a ser “*pudoris et aequitas vinculum*”, o también calificada como “obligación puramente natural” y entre las que se encuentran “aquellas a las que la

---

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, ANA SUYAPA, “*Eficacia Jurídico-Registral...*”, Op. cit. Pág. 131.

<sup>90</sup> Artículo 6.2 Cc. «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»

<sup>91</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), Comentarios a la Ley 14/ 2006... , Op. cit., Pág. 381.

<sup>92</sup> Castán Tobeñas, J, *Derecho Civil Español...*, Op. cit., págs. 169 y 170, citado en C. GARCÍA PÉREZ, en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), Comentarios a la Ley 14/ 2006... , Op. cit, Pág. 381.

<sup>93</sup> RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, IV, 1989, pág. 165; citado en GARCÍA PÉREZ, en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), “Comentarios a la Ley 14/ 2006...”, Op. cit., Pág. 368 y 369.

<sup>94</sup> PÉREZ MONGE, MARINA, “*La filiación derivada...*”, Op. cit. Pág. 327.

<sup>95</sup> GARCÍA PÉREZ, en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), “Comentarios a la Ley 14/ 2006...”, Op. cit., Pág. 369.

Ley niega acción por disfavor hacia la causa de las que ellas producen”»<sup>96</sup>. No obstante la presente hipótesis presenta varios cuestionamientos, *verbi gratia*, si el acuerdo moral o natural no es igual a decir que existe un contrato verbal?, y, con independencia de la réplica, igualmente no tendría mayor aplicación en la actualidad pues la inscripción del menor ante el encargado del Registro desnudaría por entero la subrogación materna; aunque, si hablamos de supuestos podríamos pensar en un lejano hecho en el cual el niño nace a la vieja usanza en una casa, evadiendo así los controles médicos y el papeleo que expongan la filiación gestacional.

#### **d. PARTES QUE CELEBRAN EL CONTRATO**

Como partes suscribientes del contrato encontramos:

La madre gestante o también llamada madre subrogada<sup>97</sup>: Es la persona confiada para gestar a un bebe luego de ser implantado en su útero un embrión que puede o no llevar su material genético<sup>98</sup>. Luego de su nacimiento deberá entregarlo a los comitentes, renunciando a la filiación del hijo.

Los comitentes que pueden ser una pareja o personas solteras. Se distinguen principalmente: La madre genética o madre comitante<sup>99</sup> quien contrata el ‘vientre de alquiler’ y que puede, o no, aportar su gameto con el fin de figurar como madre del hijo que está por nacer; el marido de la gestante<sup>100</sup>, quien debe dar su consentimiento.

El equipo médico, encargado de adelantar la TRHA e implantar el embrión en la portadora<sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, pág. 369.

<sup>97</sup> COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), “Comentarios a la Ley 14/ 2006...”, Op. cit. Pág. 363.

<sup>98</sup> *Ibidem*, Pág. 363.

<sup>99</sup> *Ibidem*, Pág. 367.

<sup>100</sup> PÉREZ MONGE, MARINA, “La filiación derivada de...”, Op. cit. Pág. 355.

<sup>101</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, ANA SUYAPA, “Eficacia Jurídico-Registral...”, Op. cit. Pág. 129.

Finalmente y aunque no hace parte del contrato, los donantes si pueden llegar a ser [son] intervinientes en el mismo, pues aunque su identidad se mantiene oculta [Art. 5.5, Ley 14/2006] su material genético en muchos casos es el que permite el adelantamiento de la TRHA.

#### **e. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO**

- Dependiendo la legislación de cada país, el contrato puede ser condicionado o irrestricto;
- El contrato puede ser oneroso, gratuito<sup>102</sup> o de simple compensación; en este último caso se fija una cifra que cubra únicamente las 'molestias' de la gestante, como traslados y controles prenatales. En algunos países el altruismo es obligatorio tal y como se expuso en § 5.;
- Es innominado por cuanto no se encuentra tipificado<sup>103</sup> ni se encuentra ajustado a los contratos conocidos en el ordenamiento español;
- Es consensual;
- Es Intuitu personae pues la gestación no puede ser delegada;
- Es conmutativo en razón a las prestaciones de los intervinientes; por una parte gestar y entregar el bebé luego del parto y por la otra pagar una suma de dinero determinada si es oneroso;
- Dependiendo el país puede ser formal, debiéndose elaborar un contrato en el que constan las obligaciones de las partes;

---

<sup>102</sup> Vide GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *"Comentarios a la Ley 14/2006..."*, Op. cit. Pág. 368 a 369. «El artículo 10 recoge bajo el mismo supuesto el acuerdo con o sin precio, sin embargo entre la doctrina se distingue que el acuerdo tenga o no una causa onerosa para, de este modo, darle un (sic) calificación diferente y atribuirle distintas consecuencias. Así, se considera que no hay un tal contrato (por ilicitud del objeto y de la causa), cuando la causa es onerosa, mientras que podría ser considerado válido un acuerdo gratuito (la ilicitud se suaviza)».

<sup>103</sup> Vide GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *"Comentarios a la Ley 14/2006..."*, Op. cit. Pág. 369 a 370.

## B. § 10. LA FILIACIÓN EN ESPAÑA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

Antes de sumergirnos en el estudio de la maternidad subrogada en España y sus conflictos con la filiación de los menores nacidos bajo esta modalidad, es oportuno conocer un poco sobre su régimen legal filiatorio; por lo tanto, a efectos de hacer más comprensible este complejo escenario, empezaré por hacer una etérea exposición sobre la misma, emprendiendo tal labor por su concepto.

### § 10.1. CONCEPTO.

En ese orden, entendemos filiación como la procedencia de los hijos respecto de sus padres<sup>104</sup>; esto es, aquel vínculo biológico o mejor aún, genético del que descienden los hijos respecto de sus padres<sup>105</sup>. Históricamente este hecho fue concebido como parte de la naturaleza humana cuya génesis reposaba en el hecho mismo de la generación [Entendida como la fecundación, gestación y parto], de ahí que los romanos encumbraran aquel viejo aforismo que dice que «*mater semper certa est*», pues no había duda alguna de que quien se encintaba era biológica y jurídicamente la madre del menor.

Para el caso de la procedencia de los hijos respecto de sus padres el panorama era un poco más liso pues no existían las herramientas tecnológicas con las que contamos en la actualidad para demostrar de manera cierta el parentesco biológico, por lo que partieron [Los Romanos] de una lógica simple, el padre de la criatura siempre sería el esposo de la parturienta «*Pater sest quem nuptiae demonstrant*»<sup>106</sup>. De tal suerte, resultaba relativamente cómodo para la época determinar la filiación del niño pues era madre quien paría y padre su legítimo esposo.

---

<sup>104</sup>Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española (22ª ed.). Madrid. Consultado en web <http://lema.rae.es/drae/?val=filiaci%C3%B3n>

<sup>105</sup>Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “La Filiación” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *et alii.*, *Curso de Derecho Civil (Vol. 4), Derecho de Familia*, Madrid 2011, 3ª Edición. Pág. 293.

<sup>106</sup>MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “La Filiación” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *et alii.*, “Curso de...”, Op. cit. Pág. 293.

La filiación por tanto es una efigie jurídica nacida, en principio, del lazo genético que ata a las familias, tal y como lo vimos; es un hecho natural soportado por el derecho positivo que busca establecer obligaciones ciertas, «relaciones de justicia» como las llama MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ<sup>107</sup>, entre los padres y sus hijos, todo en aras de que estos reciban una adecuada asistencia moral y material<sup>108</sup>, legitimándolos, incluso, a exigirlos mediante mecanismos de coerción legal ante los respectivos jueces de conocimiento. En dicho argumento, la filiación otorgada por las normas jurídicas [*ius positivismo*] se encaminan a asemejar la realidad biológica con la legal en un intento por conservar la naturalidad de la ‘identidad de la descendencia’; sin embargo existen situaciones en las cuales no se puede patentizar con facilidad o de manera cierta la filiación del menor [Críos sometidos a condiciones de abandono o padres del mismo sexo, etc.], por lo que, en esencia, entra la ley a regular y/o a colmar el vacío dejado por estos acontecimientos.

Es precisamente en estos contextos que para un problema ya no biológico si no social se forja una solución jurídica que por su alto impacto en el conglomerado y su cultura, genera una diversidad de enfoques y perspectivas que como resulta erigen la ley. Sobre el particular sostiene MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, que la filiación biológica y jurídica no supondría graves problemas «si el vínculo biológico fuera suficientemente evidente», pero como no lo es, sustenta el doctrinante, es el Derecho positivo quien deba establecer las herramientas necesarias para «determinar jurídicamente la filiación».

Ahora bien, conforme cada avance científico en materia de reproducción humana surge una nueva posibilidad de filiación, lo que lleva a que el concepto esté en constante evolución en razón a la complejidad que se cierne sobre él<sup>109</sup>,

---

<sup>107</sup>*Ibidem*, Pág. 294.

<sup>108</sup>*Ibidem*, Pág. 294.

<sup>109</sup> Recientemente fue publicitada en varios medios de comunicación una crónica que señalaba que «[E]l Gobierno británico ha dado luz verde a un revolucionario y controvertido tratamiento de

por lo cual pasamos no sólo de hablar de una filiación natural<sup>110</sup>, sino también a referirnos, de manera reciente, a una filiación «social o de deseo»<sup>111</sup>, o genética<sup>112</sup>; todas estas, en últimas, convergiendo de una u otra manera en una filiación legal<sup>113</sup>.

## § 10.2. MARCO NORMATIVO

### a. La Filiación en el CÓDIGO CIVIL

En España el artículo 108 del Código Civil señala que «[L]a filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción»; seguido, la norma indica que «[L]a filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí». No obstante y pese al marcado diferenciamiento que realiza el artículo entre filiación matrimonial y la no

---

fecundación in vitro (FIV) que utiliza el ADN de tres personas y destinado a impedir el desarrollo de enfermedades mitocondriales», [Tomado del Diario LaVanguardia.com, secc. Sanidad, 28/06/2013, disponible en web <http://www.lavanguardia.com/salud/20130628/54377053161/reino-unido-hijos-tres-padres-enfermedades.html>]; por su parte el Diario “el Nuevo Herald” [Secc. Mundo, 28/06/2013, disponible en web <http://www.elnuevoherald.com/2013/06/28/1510995/podrian-aprobar-crear-bebes-con.html>], anotó que «Londres -- Gran Bretaña podría permitir una técnica controversial para procrear bebés utilizando el ADN de tres personas, una medida que ayudaría a parejas que buscan evitar transmitir alguna enfermedad genética rara, dijo la funcionaria de mayor jerarquía en el sector de salud del país». De ser cierto dicho procedimiento, que no digo que no, la gran pregunta que surge, de muchas más que pueden rodear este nuevo procedimiento, es innegablemente el tema legal de la filiación y los conflictos que se pueden generar, pues en estricto sentido son tres los padres biológicos de la criatura, de ahí la importancia de una «filiación legal» que establezca criterios claros en que puedan apoyarse los usuarios de esos procedimientos y, en todo caso, que respondan al interés y bienestar superior del menor.

<sup>110</sup> Por filiación natural se entendería aquella que proviene de la naturaleza más primitiva del hombre, la fusión del óvulo y el espermatozoide [fecundación o singamia], punto de partida de los principios romanos que por siglos gobernaron la materia y las civilizaciones que se desprendieron de esta. Su juicio se funda en la firme y axiomática convicción de que para procrear se necesita tanto del hombre como de la mujer de quienes se desprende el vínculo respecto de sus descendientes. Por lo tanto, la mujer que pare es la madre y su esposo el padre.

<sup>111</sup> Vide PÉREZ MONGE, MARINA, “La filiación derivada de...”, Op. cit. Pág. 384; y GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), “Comentarios a la Ley 14/ 2006...”, Op. cit. Pág. 356.

<sup>112</sup> En una dicción incipiente podríamos definirla como aquel vínculo generado a partir de la implementación de alguna de las denominadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida –TRHA–, y que tiene el pequeño respecto de sus promotores y/o partícipes. Este vínculo puede ser de dos formas, (i) según los partícipes o donantes del material genético y de su gestación y; (ii) según el marco normativo del país: legal [Que a su vez puede ser condicionado o irrestricto] o ilegal [nulo].

<sup>113</sup> La filiación legal es aquella que otorga el Derecho positivo y que, por lo tanto, dependiendo el país de origen, puede ser nacional [España] o internacional y, en suma, conforme a la legislación de cada país este puede fragmentarse en tantas formas como el derecho interno lo permita.

matrimonial, así como respecto de la adoptiva, rotula que los efectos entre una y otra serán los mismos conforme a las disposiciones que de cada caso contemple el Código.

Su acreditación, como la mayoría de países en el mundo, depende de la exhibición de los documentos legales [medios de prueba que corroboran el vínculo filial entre padres e hijo] que confirman el hecho ante el Registro Civil [artículo 113 Cc.], esto es, por el documento [Certificado de nacimiento expedido por la autoridad competente], o la sentencia que determina legalmente la filiación; del mismo modo pueden servir como instrumentos de comprobación la presunción de paternidad matrimonial [Artículo 116 Cc.]<sup>114</sup> y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado [Artículo 113 Ejúsdem]<sup>115</sup>. Hay que rotular que las pruebas distintas a la inscripción son sometidas a lo dispuesto sobre el particular en la Ley de Registro Civil [Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil], como de igual forma lo siente la norma; por lo tanto, parafraseando a **MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ**, en los procesos ordinarios en donde la pretensión no sea la determinación positiva o negativa de la filiación, la única prueba admitida es la inscripción en el Registro<sup>116</sup>.

Para el caso de la filiación no matrimonial el artículo 120 *Supra* establece que la filiación se determina por el reconocimiento previo ante el encargado del Registro Civil, ya sea por intermedio de testamento o cualquier documento público que así lo atestigüe, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a

---

<sup>114</sup> Art. 116 C.C. «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.»

<sup>115</sup> «la posesión de estado de hijo puede ser definida como la apariencia de que existe entre dos personas una relación de filiación, creada por el ejercicio de las facultades propias de esa relación y por la convicción de la generalidad. Doctrina y jurisprudencia han exigido tradicionalmente tres requisitos, conocidos por sus nombre latinos, para que pueda hablarse de posesión de estado: 1) *Nomen* (nombre), consistente en llevar el considerado como hijo los apellidos del considerado como padre. 2) *Tractus* (trato), consistente en que las relaciones existentes entre el considerado como padre y el considerado como hijo sean propias de una relación paternofilial. 3) *Famaoreputatio* (fama), consistente en ser considerados socialmente como padre e hijo.» *Vide* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, “La Filiación” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, *et alii.*, “Curso de...”, Op. cit., pág. 306.

<sup>116</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, “La Filiación” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, *et alii.*, “Curso de...”, Op. cit., pág. 304.

la legislación del Registro Civil o por sentencia en firme que lo disponga. Y respecto de la madre, «cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil».

Ahora bien, con el eventual tránsito de las personas por el globo terráqueo se ha presentado un nuevo y desafiante reto para el derecho nacional; de ahí que en materia de filiación frente al derecho internacional privado el Código Civil estipuló las bases que se deben tener en cuenta a efectos de asentar en el Registro Civil la filiación natural de una persona. En dicho entorno, el artículo 9.4 del Cc. puntualizó que «*[E]l carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por [(i)] la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la [(ii)] residencia habitual del hijo*». Estos dos aspectos [la ley personal del hijo y la residencia habitual del hijo] determinan pues la filiación frente al derecho internacional.

En ese esquema, tenemos que la ‘ley personal del hijo’ se devela en el texto del artículo 9.1 del Código Civil como equivalente a la ley nacional del hijo, veamos: «*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior*». En otras palabras, la filiación del hijo se encuentra indiscutiblemente regida por la nacionalidad del sujeto<sup>117</sup>, es decir, por las leyes del país de origen de este<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ‘Filiación Natural’, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), “Derecho internacional...”, Op. cit. Pág. 194.

<sup>118</sup> Según PARRA LUCÁN, «[L]a nacionalidad española es la condición o cualidad de las personas que son miembros de la comunidad nacional española. La determinación de quiénes son sus nacionales corresponde a cada Estado soberano, por lo que la ley española sólo establece los criterios de atribución de la nacionalidad española (arts. 17 a 26 Cc.), y quien la ostenta es considerado español. La ley española se ocupa también de aspectos que afectan a quienes no son españoles, fundamentalmente en relación con el ejercicio de sus derechos en España, pero no determina cuál es su nacionalidad, que en cada caso dependerá de lo dispuesto en otros ordenamientos.» PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, “La

No obstante, en el evento en que no se posean las herramientas o las demostraciones suficientes para precisar de manera cierta la nacionalidad del hijo y su consecuente filiación, la norma sustantiva traza una solución jurídica a este arquetipo [amén de la dispuesta para la residencia habitual del hijo demarcada en el mentado artículo 9.4. Supra y lo consagrado en el ordinal 10 de la misma norma<sup>119</sup>], como es la oteada en el artículo 17 del Código Civil que registra: «[S]on españoles de origen: a. Los nacidos de padre o madre españoles. (...)». Así las cosas, se puede decir que la norma va mas allá de un precepto meramente formalista para abrir camino a uno naturalista «*lus sanguinis*», pues trasciende por encima de la nacionalidad de los hijos, probada o no, para darle paso al hecho físico, o si se quiere mejor, al hecho genético de la procreación del infante. Luego, el tema pasa por evidenciar el vínculo sanguíneo existente entre los padres y el

---

*Nacionalidad*" en De Pablo Contreras, Pedro, *et alii*, "Curso de Derecho Civil", volumen I (Derecho Privado – Derecho de la Persona), 4ª Edición, (Madrid 2011), pág. 463.

Al igual que la filiación, la nacionalidad es un vínculo jurídico que une al Estado con los individuos que la componen, permitiendo de esta manera identificar sus miembros quienes son sujetos de derechos y obligaciones frente al Estado. Según la doctrina, la nacionalidad es un estado civil «que determina la aplicación [del] régimen jurídico» [*Ibidem*, pág. 466]. En España la nacionalidad se adquiere por el sólo hecho de ser nacido de padre o madre español, por nacer en España cuando al menos uno de los padres –extranjeros– también nació en España o cuando ambos padres carecen de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. Igualmente se consideran nacionales españoles los críos nacidos en España cuya filiación no resulte determinable (art. 17.1.a-d Cc.). Del mismo modo pueden optar por la nacionalidad española las personas que determinan la filiación o su nacimiento, o el extranjero adoptado por un español, que supera los 18 años de edad (art. 17.2 y 19.2 Cc.). Relativamente, los hijos y nietos de padres originalmente españoles pueden elegir dicha nacionalidad si cumplen los requisitos que contempla la Ley 52/2007 «Por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.» [nacionalidad originaria]. Por otra parte, pueden optar por la nacionalidad española –no originaria– «[L]as personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español» y «[A]quellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España» [Art. 20.1.a-b Cc.]; por carta de naturaleza otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto por la DGRN cuando el interesado concorra en circunstancias excepcionales [art. 21.1 Cc.]; por residencia de más de 10 años y, de manera singular, 5 años para los que hayan obtenido la condición de refugiado, 2 años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes y 1 año para el que haya nacido en territorio español, el que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar, el que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, el que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho, el viudo o viuda de española o español y, el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.

<sup>119</sup> Artículo 9.10 C.c. «Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual.»

menor a efectos de establecer, en últimas, la filiación del hijo que es lo que desde un comienzo emprendimos como labor.

Retomando los preceptos comprendidos en el artículo 9.4 Supra, tenemos aquel intitulado como la 'residencia habitual del hijo', que no es más que un apéndice que llena el vacío dejado por la falta de claridad o dudas respecto de la (i) la nacionalidad del individuo o (ii) el vínculo sanguíneo existente entre el hijo y el progenitor español, por lo tanto el artículo 9.10 Cc. ha enseñado que «[S]e considerará como Ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la Ley del lugar de su residencia habitual», que por lo general sería la española y sobre la cual se cimentaría la decisión de fijar la nacionalidad del menor<sup>120</sup>, transportándonos de esa manera hacia los umbrales del derecho internacional privado. Pero, qué pasaría si en observancia del derecho foráneo de los padres del menor, éste o estos [siendo los padres de disímiles países] impidieran tener como nacional al sujeto nacido en España, convirtiéndolo en un apátrida y, al paso, subvirtiendo lo preceptuado en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>121</sup>. Pues ante tal contrariedad la Dirección General de los Registros y del Notariado «DGRN» ha sentado que en el caso en que el derecho extranjero de los padres no tenga como nacional al nacido en España, el nacido en España será español «Iure soli», resolviendo así y de una buena vez la divergencia que pueda suscitarse, en salvaguarda y por encima de cualquier ordenamiento territorial, de los derechos del infante [interés superior del menor]<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 'Filiación Natural', en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), "Derecho internacional...", Op. cit. Pág. 196.

<sup>121</sup> «Art. 7. 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida».

<sup>122</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 'Filiación Natural', en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), "Derecho internacional", Op. cit. Págs. 196-197. A manera de ejemplo los doctrinantes citan el siguiente caso: «Un varón nace en España hijo de madre colombiana y de padre marroquí. A la hora de la inscripción en el Registro se debe consignar su filiación y su nacionalidad. Pues bien: con arreglo al derecho colombiano, el nacido en España no tiene nacionalidad colombiana. Y aquí surge el «problema circular»: con arreglo al Derecho marroquí, el nacido en España sólo será marroquí se ha quedado acreditado que su padre es un sujeto marroquí, pues la nacionalidad depende de la filiación.

En extracto, la filiación del menor se determina y rige por la ley personal del menor o, en su defecto, por el de la residencia habitual del hijo [Generalmente la española]. La ley personal del hijo equivale a la ley nacional del menor, es decir a la de su nacionalidad [Para el caso de España los artículos 17 y subsiguientes del Código Civil instruyen quienes son o pueden ser nacionales españoles, distinguiéndose dentro de estos los nacidos de padre o madre españoles].

#### **b. FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE TRHA [LEY 14/2006]**

Desde la incursión del hombre en el campo de la investigación de la genética humana y la procreación, España ha liderado a nivel mundial la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; no en vano fueron promulgadas de manera progresista las Leyes 35/1988, 45/2003 y 14/2006, ésta postrimera derogando las disposiciones normativas precedentes.

De tal suerte, ahondó en temas referentes a la filiación de los hijos nacidos mediante las mencionadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida [Filiación científica/genética], advirtiendo, no obstante y de primera mano, que la filiación se encuentra gobernada por las leyes civiles en general [Repasadas previa y ligeramente], y por las reglas dispuestas en los artículos 7º a 10º de la ley 14/2006, de 26 mayo «Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida».

Aunado a lo anterior y como particularidades inherentes a la filiación de los menores nacidos bajo estas técnicas, la Ley esgrime la importancia del consentimiento de todas las partes intervinientes en el procedimiento previo a

---

Pero es que, al mismo tiempo, el nacido en España sólo será hijo del sujeto marroquí si queda acreditada su filiación respecto de dicho progenitor, cuestión que hay que resolver con arreglo a la Ley nacional del hijo, y se ignora cuál es la nacionalidad del hijo (la filiación depende de la nacionalidad). La DGRN resuelve el problema: la filiación se determinará con arreglo al Derecho sustantivo español, que es la Ley de la residencia habitual del hijo (art. 9.4.II CC y art. 9.10 CC: Ley personal de los sujetos con nacionalidad indeterminada). Acreditado que el sujeto es hijo del padre marroquí, el Derecho marroquí indicará si el nacido en España ostenta nacionalidad marroquí *jure sanguinis* o no ostenta tal nacionalidad marroquí. En tal caso, el nacido en España será español *jure soli* ex art. 17.1 c. CC.»

someterse al mismo<sup>123</sup>; precisamente, el artículo 3.4 puntúa que «[L]a aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación»; además, si la mujer se encuentra casada, deberá contar con el consentimiento de su marido, «a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente» [artículo 6.3]<sup>124</sup>.

En cuanto a los donantes, el artículo 5º *Supra* establece que la donación en todos los casos será anónima<sup>125</sup> y gratuita<sup>126</sup>, en ningún caso podrá ser lucrativa o comercial; y para efectos de signar el contrato deberá el donante prestar su consentimiento de manera formal por intermedio de unos formatos que cada centro le suministrará.

Ahora bien, en descenso a los aspectos concretos que regularizan los artículos 7º a 9º LTRHA., se destacan, a manera enunciativa, (i) la reserva del carácter de la generación la cual no puede figurar en el Registro Civil, entendido como el respeto a la intimidad de las personas y a la protección del menor; (ii) la determinación de permitir la filiación del *nasciturus* de una mujer casada con otra, a favor de la cónyuge, para lo cual ésta última únicamente requerirá su sola

---

<sup>123</sup> *Vide* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, "La Filiación" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, et alii., "Curso de Derecho...", Op. cit. págs. 334 a 336.

<sup>124</sup> Sobre este específico asunto, sostiene MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ [*Ibidem* pág. 335], que «[E]sta exigencia tiene sentido, puesto que, habiendo matrimonio, el hijo que nazca será considerado hijo matrimonial del esposo, por aplicación de las reglas sobre la presunción de paternidad del marido (art. 116 Cc.): lo que consiente el marido no es algo que vaya a afectar únicamente a la mujer, sino que le concierne directísimamente a él, que va a ser considerado legalmente como padre del nacido, con todas las obligaciones derivadas de la paternidad. Por esta misma razón, la regla no es aplicable cuando la mujer usuario de las técnicas está civilmente casada con otra mujer (nótese que el art. 6.3 exige específicamente el consentimiento del *marido*, y no del cónyuge): en este caso no hay presunción de paternidad, aunque la mujer cónyuge de la usuaria podrá consentir que se determine la filiación del nacido en su favor en los términos del art. 7.3 LTRHA.»

<sup>125</sup> La identidad del donante únicamente podrá ser revelada en circunstancias excepcionales como se advertirá más adelante. Sin embargo, los hijos nacidos tienen derecho a obtener información únicamente general de los donantes, lo cual no incluye la identidad del mismo. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones [art. 5.5].

<sup>126</sup> Excepcionalmente la donación puede tener un carácter económico siempre y cuando sea a título de compensación resarcitoria por las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar, estrictamente, de la donación [Art. 5.3].

manifestación de consentimiento ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, en la cual declare que cuando nazca el niño se determine la filiación a su favor [artículo 7.3 (doble filiación materna, tema que se abordará más adelante § 10.3.a); (iii) la prohibición de impugnación de la filiación matrimonial del hijo nacido mediante una TRHA y con contribución de un(os) donante(s), cuando la pareja haya prestado su consentimiento formal<sup>127</sup> para la fecundación de manera previa y expresa. A este tenor, algunos doctrinantes han declarado que dicha declaración en sí no es un reconocimiento de paternidad, pues, aseveran, «lo que se reconoce más bien es que el hijo no es biológicamente del varón que consiente, puesto que a lo que consiente es a la fecundación con gametos de donante, y no con los suyos propios (MONTES PENADÉS)»<sup>128</sup>; y la (iv) exención o exclusión de filiación del donante cuando su identidad sea revelada por situaciones extraordinarias como encontrarse en peligro cierto la vida o salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales. Aún así, tal revelación mantiene el carácter restringido y no implica en ningún caso publicidad de la identidad del donante (artículo 5.5, ley 14/2006).

En cuanto a la premoriencia del marido, sostiene la Ley que (i) no se determinará la filiación ni sus efectos jurídicos entre el hijo nacido mediante la aplicación de una TRHA y el marido fallecido, cuando los genes de éste no se encontraren en el útero de la mujer para la fecha del deceso del varón. Empero, la ley permite que cuando exista un documento que acredite plena y válidamente el consentimiento dado por el hombre [Esposo] para que su material genético pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer «entiéndase escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas», tal declaración permitirá que esa descendencia se beneficie de los efectos que produce la filiación matrimonial. Equivalentemente, cita que puede

---

<sup>127</sup>Artículo 8.2 de la Ley 14/2006. «Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.»

<sup>128</sup> Cita tomada en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, "La Filiación" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, et alii., "Curso de Derecho...", Op. cit., pág. 337.

presumirse otorgado el consentimiento cuando «el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido» [artículo 9.2]. (ii) Finalmente y en referencia al caso del varón no unido por vínculo matrimonial, presume el consentimiento en los mismos términos descritos anteriormente, aprovechándolo, en todo caso, como título para iniciar el expediente de reconocimiento de la filiación (artículo 49, Ley del Registro Civil), sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad que se pudiere suscitar.

### **C. § 11. FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE LA TÉCNICA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.**

Como se ha expuesto previamente, la filiación es un vínculo jurídico que existe entre padres e hijos por el hecho de soportar una identidad o descendencia biológica «derivada del hecho de la generación»<sup>129</sup> que identifica a los unos con los otros y por tanto que genera obligaciones precisas entre sus miembros, resguardadas por el derecho.

Con todo, no es fácil discutir el tema de la filiación cuando el hijo nacido fue gestado con ocasión de un contrato de maternidad subrogada, dado que son muchos los factores tanto legales como naturales [amén de los argumentos morales, sociales, éticos, etc.] que se inmiscuyen al momento de determinar dicha filiación.

Bajo tales predicados, es claro que uno de los principales motivos de discusión que rodean la filiación, es aquel que tiene que ver con el concepto de generación, fácilmente confundido en este ámbito con el de gestación<sup>130</sup>, pues mientras el primero hace precisa alusión a la fecundación o singamia, concebida

---

<sup>129</sup> Cfr. En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Ibidem*, Pág. 293.

<sup>130</sup> En un entendido similar, PÉREZ MONGE en PÉREZ MONGE, MARINA, "La filiación derivada de...", Op. cit. Pág. 319; hace referencia a la posibilidad de «separar la maternidad de gestación de la genética».

como la unión de la célula reproductora masculina con la femenina para dar origen a un nuevo ser<sup>131</sup>, el segundo se refiere justamente al proceso mediante el cual la hembra «[lleva y sustenta] en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto»<sup>132</sup>. Como se advierte, estos son hechos totalmente disímiles que, si bien depende el uno del otro para lograr la procreación de un nuevo ser, en la actualidad la ciencia se ha encargado de resaltar sus diferencias mediante la implementación de múltiples Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Por lo tanto, no se trata pues de establecer si existe una «unidad de valor en la maternidad» como fue lucido en el 'Informe Palacios' [1986]<sup>133</sup>, sino de instituir cual debe ser jurídicamente hablando, el mejor método para garantizar la filiación de las personas nacidas mediante la implementación de una TRHA, que garantice, en gran medida, el bienestar psicosocial para del menor y sus padres; lo que sería tanto como poner en una balanza la generación [fecundación], en el otro la gestación y en medio la filiación.

En este punto, es de destacar que la generación comporta una obligada participación de los gametos de ambos progenitores [En teoría padre y madre de la criatura], mientras que la gestación le corresponde innegable y únicamente a la mujer, en razón a factores fisiológicos, lo que la hace más compleja y peculiar respecto de la filiación del menor, como pasaré a abordar a renglón seguido.

### **§ 11.1. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD**

En la determinación de la filiación materna de un hijo nacido como consecuencia del acuerdo de maternidad subrogada, se puede presentar una conjunción tripartita de madres candidatas para la filiación del niño; de una parte

---

<sup>131</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española (22ª ed.). Madrid. Consultado en web <http://lema.rae.es/drae/?val=fecundar>

<sup>132</sup> *Ibidem*, Consultado en web <http://lema.rae.es/drae/?val=gestar>

<sup>133</sup> Informe Palacios, *Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y de la inseminación artificial humana*, Gabinete de Publicaciones del *Congreso de los Diputados*, 1986, pág. 88, citado por GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), "Comentarios a la Ley 14/2006...", Op. cit., Pág. 382.

tenemos a la madre encinta quien se apropia de la maternidad por los nueve meses que perdura la gestación de la criatura, por otra la donante del óvulo [Una tercera ajena al contrato] y finalmente la mujer comitente. No obstante, la estampa de la mujer donante del gameto puede recaer, igualmente, en la propia madre subrogada o en la mujer comitente dependiendo cada caso, de ahí que sea el derecho y propiamente la legislación de cada país la que deba entrar a solventar dicho dilema con el objeto de sentar a quién le corresponde jurídicamente la filiación<sup>134</sup>.

#### **a. DETERMINACIÓN LEGAL [MADRE GESTANTE]**

En este primer supuesto que se aborda, me referiré a la filiación que determina la misma Ley española, quien la determina a favor de las madres gestantes. Recordemos que en España la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida se inclinó por otorgar la filiación de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada a la gestante, fundados en supuestos «éticos», y en argumentos doctrinarios como los citados por GARCÍA PÉREZ respecto del 'Informe Palacios', en donde se considera, literalmente, que «hay unidad de valor en la maternidad que en ella (*la subrogada*) no se respeta y crea una distorsión deshumanizadora», coligiendo por tanto que «es más importante la maternidad de gestación que la genética... pues "la gestante lleva en su vientre al fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer portadora y en contra de la gestación por sustitución a favor de otros"»<sup>135</sup>; así el artículo 10.2 consignó que «[L]a filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto»; descartando cualquier otra posibilidad de filiación como en el caso de la 'madre' comitente y/o incluso, de la donante conocida del óvulo. Del mismo modo, nótese como hábilmente el legislador evita hacer alusión alguna respecto de las demás posibilidades de

---

<sup>134</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, MARINA, "La filiación derivada de...", Op. cit. Pág. 320.

<sup>135</sup> Informe Palacios, "Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro..." citado por GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), "Comentarios a la Ley 14/ 2006...", Op. cit., Pág. 382.

filiación materna, en una clara postura de indiferencia frente al contenido genético de la filiación<sup>136</sup>; presumiendo o, por lo menos dando a entender que, (i) o no es de relevancia la procedencia del gameto o que, (ii) en todos los casos, el óvulo siempre pertenecerá a la gestante.

Por lo tanto, si fuere como lo puntualizado en el primer marco (i), tendría que decir entonces que concurre una contradicción en la norma, pues el artículo 5.5 [Inc. 3º<sup>137</sup>] de la LTRHA deja ver una axiomática preocupación del legislador por el bienestar en la salud y la vida del nacido, tanto así que en ciertos y excepcionales casos permite revelar la identidad del donante, hasta ese momento religiosamente ocultada y protegida, encaminado a resguardar la integridad física del menor, proporcionándole una inteligible importancia al origen biológico de éste, lo que nos lleva a pensar, ¿existe un trato diferencial respecto del óvulo plantado por la 'madre' comitente? [Partiendo de la conjetural irrelevancia de la procedencia del óvulo] o simplemente debemos asimilarlo como un gameto donado por la contratante de la subrogación, en un intento desesperado por encajar en la norma?; en cuyo caso germinaría una nueva discusión, esta vez relacionada con el consentimiento de la mujer productora y por ende 'propietaria' del gameto, pues es indiscutible que su intención o acto de voluntad se encuentra encaminado a obtener la filiación del infante y no hacia la donación del material genético.

Por otra parte, si lo que se intentó insinuar es que (ii) el óvulo, sin importar su procedencia, una vez introducido en el cuerpo de la gestante pertenece a ésta, esto resultaría en no más que una violación de las libertades personales de la contratante [Artículo 1º, CE], pues es claro que su consentimiento sería enteramente desdibujado y pasado por alto, y su gameto asignado arbitrariamente

---

<sup>136</sup> GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *"Comentarios a la Ley 14/2006..."*, Op. cit. Pág. 383.

<sup>137</sup> Artículo 5.5. Inc. 3º «Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes».

a favor de otra persona; a más de no guardar correspondencia con la realidad biológica y consensual.

Encima, otra es la historia cuando el óvulo pertenece [naturalmente] a la gestante, pues en ésta situación que si que se hallan tanto el carácter biológico como el de gestación, forjando entonces el cumplimiento de los dos agentes necesarios para la creación de vida y, de contera, vigorizando los presupuestos de filiación [Natural y jurídica]. En el papel, tal concepto no ofrecería mayores debates de no ser porque la madre gestante decide, como consecuencia de un acto libre y voluntario, renunciar a la filiación del menor para 'cederla' a la de su contratante y consecuentemente, abriendo un nuevo debate sobre la voluntad en la filiación frente a la indisponibilidad del estado civil<sup>138</sup>; tema del cual me ocuparé en una líneas más adelante [§ 10.1.c].

En consecuencia, la norma presenta un(os) vacío(s) poco fácil(es) de subsanar, debido al sinnúmero de planteamientos que genera la atribución de la filiación a la madre subrogada o gestante y a la «escasa normativa legal»<sup>139</sup>; empero, con todos esos juicios de por medio, hoy por hoy la norma explícitamente consagra la nulidad de los contratos de maternidad subrogada, confirmando la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución a la mujer que pare el hijo.

#### **b. DETERMINACIÓN GENÉTICA O BIOLÓGICA**

En este supuesto me refiero a un hipotético caso de determinación de la filiación por su carácter biológico, es decir, por la aportación del gameto, poniendo de relieve el vínculo sanguíneo [Genético] que enlaza directamente a la

---

<sup>138</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *"Comentarios a la Ley 14/2006..."*, Op. cit. Pág. 380.

<sup>139</sup> GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2º (10ª ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁSQUEZ, Madrid, Reus, S.A., 1995), p. 239, citado por PÉREZ MONGE, MARINA, *Cuestiones Actuales de la Maternidad Subrogada en España: Regulación Versus Realidad*, "Revista de Derecho Privado", 2010. Págs. 51.

generadora del óvulo con el hijo por nacer<sup>140</sup>. En dicho contexto, la madre genética debe ser la misma a quien se le otorga la filiación, pues se resalta la identidad genética que comparten madre e hijo<sup>141</sup>, la misma que incluso comporta un alto grado de traspaso de enfermedades genético-hereditarias de padres a hijos.

Precisado lo anterior, obsérvese que este hecho no fue pasado por alto por el legislador español que consiente de la contingencia complació correr el velo que cubre la identidad de los donantes en circunstancias en donde se comporte un peligro cierto para la vida o salud del hijo (artículo 5.5 LTRHA). Aunado a lo anterior, consagró la «posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico», dejando ver una tenue entereza por el factor genético en la filiación, si bien, en este último caso únicamente conferido al hombre.

Podríamos decir entonces que la norma ostenta una cierta mixtura entre una filiación genética a favor del hombre y una gestacional a favor de la mujer?; en principio si, aunque la contienda no es nada fácil, pues es manifiesto el hecho que el hombre no puede gestar y por ende no se podrían equiparar –en principio– tales contextos, pero si serviría para plantear cual sería el objeto entonces de una norma tan rigurosa frente a la filiación materna y laxa frente a la paterna<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Cfr. En este sentido, M. PÉREZ MONGE, *“La filiación derivada de...”*, Op. cit. Pág. 320; y LAMM, ELEONORA. “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida – Programa ‘El Derecho en una sociedad globalizada’”. Tutora: Mónica Navarro Michel, Universidad de Barcelona, Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Barcelona 2008. Pág. 159. Disponible en web: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/11381/1/DEA%20Eleonora%20Lamm.pdf>.

<sup>141</sup> MORO ALMARAZ, «Procreación, paternidad y fecundación artificial», AC, 1988; citado en PÉREZ MONGE, MARINA, *“La filiación derivada de...”*, Op. cit., Pág. 325; sostiene que «Considerar madre a la gestante viene siendo una respuesta habitual en atención a ese tiempo prolongado en el que la mujer permanece ligada al ser que se desarrolla en su seno donde alcanza la madurez necesaria para el nacimiento. No obstante, debería contemplarse con más detenimiento el tema permitiendo descender en la decisión al caso concreto, para que la identidad genética no sea irrelevante cuando el hijo puede quedar desvalido por falta de la gestante. De esa forma, si la genética estuviera interesada en hacerse cargo de sus descendientes no tendría que pasar por una extraña, sino por aquella que le ha transmitido parte de su herencia genética».

<sup>142</sup> En un planteamiento similar M. PÉREZ MONGE, *Ibídem*, pág. 324, cuestiona «¿Por qué imponer rígidamente que madre legalmente es la que pare incluso en el caso de que, después del parto, sea otra la voluntad de las personas implicadas?»

Por otro lado, la filiación genética cuenta igual con otro gran escoyo como lo sería el de la donación del gameto femenino, escenario en el que nuevamente tendría que entrar la norma a regular el citado supuesto, como lo hace en la actualidad, en donde el gameto femenino donado se entiende cedido gratuitamente (artículo 5.1 LTRHA) por un tercero desconocido (artículo 5.5 LTRHA) a la madre que se someterá a una TRHA en un centro autorizado. En ese orden de ideas la mujer es movida por un deseo natural de convertirse en madre [con un óvulo ajeno]. Por ende, la génesis de esta filiación emerge del deseo y voluntad de la mujer, respaldada por la norma que le permite acceder a dicho beneficio.

En dicho contexto, aparece un nuevo integrante del complejo mundo de la filiación materna en casos de gestación por sustitución y es el denominado por muchos doctrinantes como «maternidad social o de deseo»<sup>143</sup>, la cual considero se ajusta más al tema que a continuación abordo.

### **c. MATERNIDAD SOCIAL O DE DESEO; RENUNCIA DE LA MADRE GESTANTE A LA FILIACIÓN.**

Una de las cuestiones que genera gran controversia respecto de la maternidad subrogada es su aspecto volitivo y social plasmado en los contratos, pues en estos se logra advertir de manera visible la voluntad de las mujeres participantes en el acuerdo. En otras palabras, por un lado encontramos a una mujer que por diferentes razones acude a un contrato de maternidad subrogada con la intención de ser madre, ya sean con aportación de su gameto [véase maternidad genética o biológica] o sin este. Es claro que su propósito es la que promueve el contrato, el deseo de ser madre; y por la otra se halla la madre

---

<sup>143</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, MARINA, *“La filiación derivada de...”*, Op. cit., Pág. 322; GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), *Comentarios “a la Ley 14/2006...”*, Op. cit., Pág. 384; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *et alii., Curso de Derecho Civil (Vol. 4), Derecho de Familia*, Madrid 2011, 3ª Edición. Pág. 295.

gestante que únicamente le interesa gestar el bebé ya sea por un interés económico o altruista pero que en todo caso no liga con la filiación de la criatura.

Así entonces, por un lado está la mujer gestante de la criatura quien se compromete y obliga a embarazarse [§ 8.4.] para posteriormente entregar al recién nacido [de manera libre y voluntaria] a su comitente y, como efecto del primigenio arreglo, renunciar a la filiación del menor en aras de que este sea registrado a favor de su contratante; por la otra se encuentra la mujer que con fundamento en su «deseo de relación materno-filial»<sup>144</sup> contrata a otra en aras de recibir después de los nueve meses de gestación al bebé objeto de la subrogación. Tal y como se observa, son un conjunto de voluntades que convergen en un documento como muestra de aceptación del convenio, en donde ciertamente a la primera no le interesa el aspecto filial del acuerdo, en tanto que la otra parte aspira y desea precisamente alcanzar ese vínculo de filiación con el propósito de comportarse como una legítima madre [En palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ<sup>145</sup>, quien «ama, educa, cuida...»].

Refulge entonces el aspecto social de la madre que realmente anhela comportarse como tal en antagonismo de la gestante contratada, a quien la filiación muy seguramente no le interesa<sup>146</sup>, por lo que no tendría ningún sentido ‘constreñirla’ a conservar un vínculo que no desea, amén de las consecuencias psicosociales que esto pueda comportar y reflejar hacia el menor; de allí que se encuentren partidarios de permitir que la filiación sea realmente ostentada por quien si lo desea, como en el caso de la filiación adoptiva, en donde, pese a no existir ninguna clase de vínculo genético o gestacional, la madre acoge socialmente al menor con la única pretensión de criarlo, amarlo y protegerlo.

---

<sup>144</sup> Informe Palacios, "Informe de la Comisión especial ...", Op. cit, cap. III, citado por GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), "Comentarios a la Ley 14/ 2006...", Op. cit, Pág. 385.

<sup>145</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, et alii., "Curso de Derecho Civil...", Op. cit., Pág. 295.

<sup>146</sup> No es de su interés por cuanto acepta las condiciones del acuerdo y es consiente de la renuncia que debe hacer respecto de la filiación del menor; no obstante se conocen registros como el afamado caso conocido con el nombre de «Baby M. Case» en el que la madre de alquiler se retracta y decide no entregar el bebé a sus comitentes.

Es entonces esa convicción la que nos lleva a reflexionar si las disímiles madres [Genética y gestacional] no están ejerciendo su «libre desarrollo de la autonomía de la voluntad», así como su «capacidad para elegir y autodeterminarse»<sup>147</sup>.

Pese a todo lo anterior, el artículo 10.1 LTRHA declara como «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». El fundamento de tal decisión lo podemos advertir siguiendo a GARCÍA PÉREZ<sup>148</sup>, quien señala concluyentemente que las normas que rigen al estado civil de las personas son de carácter imperativo y de orden público, por lo que «las facultades de estado sustraídas a la disposición individual (indisponibilidad del estado civil), son personalísimas e intransferibles y excluidas del comercio de los hombres (artículo 1271 CC), quienes no pueden disponer de ellas por cesión o venta (STS de 29 de octubre de 1928 [RJ 1928, 147])»<sup>149</sup>; deduciendo de esto que al conllevar el contrato de maternidad subrogada la implicación de renuncia a la filiación materna por parte de la madre gestante, el mismo se derivaría como nulo o inexistente, dado que se dispone «de una materia sobre la que no cabe ni renuncia ni disposición»<sup>150</sup>.

Además, sostiene que al ser una cuestión de orden público es irrenunciable conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 Cc<sup>151</sup>, pues la filiación y en general el

---

<sup>147</sup> Cfr. E. LAMM. "*El elemento volitivo como determinante...*", Op. cit., Pág. 125, señala que «hay autoras que defienden inequívocamente la maternidad subrogada, no sólo gratuita, sino también y sobre todo retribuida. Lo hacen en nombre de la autonomía de la voluntad, de la capacidad de elegir, de Autodeterminarse».

<sup>148</sup> C. GARCÍA PÉREZ, en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), "*Comentarios a la Ley 14/2006...*", Op. cit., Pág. 380.

<sup>149</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. I, vol 2º, decimocuarta ed., revisada por DE LOS MOZOS, J.L, Madrid, 1987, págs. 169 y 170, citado en C. GARCÍA PÉREZ, en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), "*Comentarios a la Ley 14/2006...*", Op. cit., Pág. 380.

<sup>150</sup> *Ibidem*, Pág. 380.

<sup>151</sup> Artículo 6.2 Cc. «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»

derecho de familia se caracterizan precisamente por su alto contenido de interés público, «ético, transpersonalísimo y la relevante función a que sirven los poderes y facultades otorgados»<sup>152</sup>, lo que soporta la imposibilidad de la precitada renuncia, pues, se recalca, contradicen «el orden público»<sup>153</sup>. De tal suerte las normas imperativas impiden el desborde de la autonomía de la voluntad, precisadas por el «*ius congens*»<sup>154</sup>.

## § 11.2. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD

Una vez estudiados los diferentes supuestos de filiación de las mujeres, pasaré a explorar la determinación de la filiación de los hombres [padres] bajo un supuesto caso de maternidad subrogada. Con tal intención debemos decir que el artículo 10.3 de la LTRHA., al referirse a dicho razonamiento, cita que «[Q]ueda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales». Así pues, siguiendo a PÉREZ MONGE<sup>155</sup>, esta regulación plantea dos problemas de interpretación relacionados con las «reglas generales» que cita la Ley, pues podría entenderse como tales las contenidas en la LTRHA o las contenidas en el Código Civil, o siendo un poco más amplio, sobre ambas, lo que genera unas gráciles contradicciones, veamos:

En cuanto al «padre biológico» es indiscutible que se trata de una estricta demarcación del varón que aporta su material genético [gameto] en el proceso de maternidad subrogada, surgiendo entonces dos posibilidades, la primera que el gameto pertenezca al esposo de la comitente, en cuyo caso y con arreglo a lo determinado en la norma *Sub Exámine* [LTRHA] se permitiría la reclamación de la paternidad. De otra parte, todo lo opuesto se presentaría en el evento en que el gameto corresponda al de un donante; recordemos que acorde con lo dispuesto

---

<sup>152</sup> GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), “*Comentarios a la Ley 14/2006...*”, Op. cit., Pág. 381.

<sup>153</sup> Castán Tobeñas, J, “*Derecho Civil Español...*”, Op. cit., págs. 169 y 170; citado en C. GARCÍA PÉREZ, en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), “*Comentarios a la Ley 14/2006...*”, Op. cit., Pág. 381.

<sup>154</sup> *Ibidem*, Pág. 381.

<sup>155</sup> PÉREZ MONGE, MARINA, “*Cuestiones Actuales de...*”, Op. cit. Págs. 51 y ss.

por la LTRHA (artículo 5.5), la identidad del donante es completamente anónima y, en todos los casos, los centros o instituciones de servicios de reproducción asistida deben garantizar la confidencialidad de los datos de éstos. Excepcionalmente, y como se ha visto en la actual investigación, «en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto»; sin embargo, la enunciada revelación en ningún caso puede constituirse como determinación legal de la filiación, pues así y de manera palmaria lo establece la LTRHA (artículo 8.3<sup>156</sup>)<sup>157</sup>. En esos términos, el menor no gozaría de un padre biológico que lo pudiera reclamar como hijo en razón al anonimato del donante de esperma. Así las cosas y ante tal vacío y poca claridad de la norma el cónyuge de la comitente podría reclamar la paternidad del pequeño exhibiendo el escrito de consentimiento a procreación heteróloga en mujer determinada (artículo 8.2)<sup>158-159</sup>.

Por otra parte, en cuanto a «las reglas generales» entendidas como las contenidas en el Código Civil español, igual planteamiento se debe realizar al edificado previamente respecto del varón aportante del semen, pues éste puede pertenecer al cónyuge de la comitente o al de un donante conocido<sup>160</sup>.

En el primero de los casos, el cónyuge delegante es a su vez padre biológico del niño lo que abre la puerta a la solicitud de filiación por ser un español de origen como lo distingue el artículo 17.1.a. del Código Civil<sup>161</sup>. Es de recordar que, como quiera que el contrato de maternidad subrogada es nulo en España, el

---

<sup>156</sup> Artículo 8.3 «La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación»

<sup>157</sup> M. PÉREZ MONGE, *“Cuestiones Actuales de la Maternidad Subrogada...”*, Op. cit., Pág. 51.

<sup>158</sup> *Ibidem*, pág. 51.

<sup>159</sup> Cfr. En este sentido, LAMM, ELEONORA. “El elemento volitivo...”, Op. cit. Pág. 58. «En este supuesto, una mujer es receptora de material genético de donante, con el consentimiento de un varón, que no es su marido ni en el momento de la realización de las técnicas ni en el del nacimiento».

<sup>160</sup> M. PÉREZ MONGE, *“Cuestiones Actuales de la Maternidad Subrogada...”*, Op. cit., Pág. 51.

<sup>161</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ‘FILIACIÓN’, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *“Derecho internacional...”*, Op. cit. Pág. 196.

mismo debió haber sido consentido y practicado en un país foráneo. Empero, la tarea no se aviene tan fácil dado que existen varios supuestos o cuestionamientos que alteran tal suposición. Empecemos por preguntarnos ¿qué pasaría si la madre de alquiler es a su vez casada y su cónyuge asintió o no la subrogación de la gestación?, en principio la filiación sería matrimonial (artículo 108.I. Cc)<sup>162</sup> en anuencia del precepto fijado en el artículo 116<sup>163</sup> del Código Civil<sup>164</sup>. Sin embargo, en este punto lo que se tendría que evaluar es el aspecto discrecional del marido, si conocía y asintió el embarazo ‘técnico o científico’ de su cónyuge con los gametos de otro varón [Sin importar el origen de estos (adoptivo o del comitente)] con el fin de que ésta se subrogase a llevar la maternidad de un hijo ajeno [Vid § 10.1.]. Sobre el particular tenemos dos marcadas posiciones, por una parte RAMÍREZ NAVALÓN, sostiene que «si el marido consiente en la inseminación de su esposa está actuando como si reconociera al hijo, y, por ello, no podría impugnar su paternidad (...) si el marido no dio tal consentimiento sí que podría impugnar la filiación paterna (artículo 136).»<sup>165</sup>; *contrario sensu*, PÉREZ MONGE considera que «[P]arece excesivo este efecto si se tiene en cuenta que consintió la inseminación de su esposa para maternidad de sustitución, es decir no asumió la paternidad y se le atribuye el efecto contrario. Considero que el marido de la gestante podría

---

<sup>162</sup> Cfr. En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “La Filiación”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *et alii.*, “Curso de Derecho...”, Op. cit. Pág. 306. «En su sentido más estricto, la filiación es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí en el momento de la concepción. A partir de ahí, se juega con diversos plazos y situaciones para ampliar el ámbito de la filiación matrimonial, hasta alcanzar la formulación del art. 108.I C.c.: así, es hijo matrimonial el nacido pasados 180 días de la celebración del matrimonio (...), pero también el nacido después del matrimonio, aunque sea antes de que hayan transcurrido esos 180 días, así como el hijo extramatrimonial a partir del momento en que sus padres contraen matrimonio».

<sup>163</sup> Artículo 116, Cc. «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges».

<sup>164</sup> Cfr. En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “La Filiación”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *et alii.*, “Curso de Derecho...”, Op. cit. Págs. 307 y 308. «La presunción de paternidad del marido, formulada ya en Derecho romano («*pater is est quem nuptiae demonstrant*»: D.2.4.5), tiene un doble fundamento: 1) La consideración de que lo habitual es que los hijos de mujer casada son también hijos de su marido: es decir, han sido concebidos durante el matrimonio como consecuencia de las relaciones sexuales habidas entre marido y mujer. 2) Desde un punto de vista más estrictamente jurídico, la existencia de las obligaciones de vivir juntos y guardarse fidelidad, que incumben a los esposos (art. 68 Cc.), cuyo cumplimiento (considerado sociológicamente como habitual) desembocaría en la presunción de que quienes nacen de mujer casada son hijos de su marido».

<sup>165</sup> RAMÍREZ NAVALÓN, «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas», *Revista General del Derecho*, 1987, p. 6.565, citado por M. PÉREZ MONGE, “Cuestiones Actuales de...”, Op. cit., Pág. 51, 52.

impugnar, y simplemente el consentimiento no tendría efecto (...) Entiendo que el marido de la gestante podrá impugnar la paternidad, independientemente de que diese o no su consentimiento para la gestación por sustitución de su mujer, ya que en ningún caso existe ni aportación de gametos ni voluntad de asumir la paternidad por el varón»<sup>166</sup>. Pues bien, por mi parte y en concordancia con nuestra última expositora, considero que al ser el consentimiento un acto libre de voluntad de las personas, protegido incluso por la Constitución española, no se podría obligar a quien no es padre biológico [no asintió ser padre de la criatura y hasta podría afirmarlo, no lo desea], a vincularlo jurídicamente con un menor gestado por su cónyuge dentro de un contrato de maternidad subrogada; es de advertir que el asentimiento del marido se limita y relaciona directamente con el objeto del contrato en sí [El embarazo de la mujer], mas no hace alusión alguna respecto del hijo, por obvias razones, sabe y entiende que con éste no ostenta vínculo alguno biológico, y que, en todo caso, la procreación se efectúa con el preciso e inmóvil propósito de darlo a sus contratantes quienes, por el contrario, si desean y asienten la filiación del menor [§ 16.1.d. Interés Superior del Menor].

Así pues, sería plena prueba del consentimiento otorgado solamente para la concepción, el contrato de maternidad subrogada en el que se ponga a la vista, en ese mismo documento o en escrito aparte, el consentimiento expreso, claro y libre del marido de la gestante, en el cual se indique, en suma, su intención de no pretender filiación alguna referente al venidero hijo. Por otra parte, de no ser impugnada dicha paternidad, será el cónyuge de la madre gestante el que arroge la paternidad del niño, tal y como lo dispone el artículo 116 del Código Civil.

Símilmente, resulta más cómodo el imaginario en el que el esposo ignoraba o simplemente no consintió el contrato de maternidad subrogada, pues como apunta E. LAMM, «[C]omo no concurre el elemento biológico ni el volitivo no podrá atribuirse la paternidad ni prosperaría una acción de reclamación de paternidad

---

<sup>166</sup> M. PÉREZ MONGE, "Cuestiones Actuales de...", Op. cit., Pág. 51.

frente a dicho conviviente]<sup>167</sup>; pudiendo entonces, como corolario, el marido de la gestante impugnar la paternidad<sup>168</sup>.

Por otra parte, en cuanto al varón que prestar su consentimiento formal, previo y expreso para la fecundación de una gestante subrogada con el fin de que ésta sea fecundada con gametos de donante o donantes, registra de manera expresa la legalidad de la filiación no matrimonial (artículo 120.1, Cc.<sup>169</sup>). De tal suerte, es el carácter facultativo de tal despliegue el que permite tramitar el correspondiente expediente registral luego de verificar el contenido del artículo 49 LRC<sup>170</sup>, siempre y cuando no haya oposición<sup>171</sup>, pues el artículo 8.2 de la LTRA<sup>172</sup> deja como salvedad la «reclamación judicial de la paternidad». Circunstancialmente, de presentarse la mentada oposición, la inscripción de la filiación sólo lograría obtenerse por el procedimiento ordinario (Inciso final, art. 49 LRC), ejercitando la «acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado», para que sea la justicia ordinaria la que defina la controversia promovida mediante fallo firme (artículo 120.3, Cc.<sup>173</sup>)<sup>174</sup>, en cuyo

---

<sup>167</sup> E. LAMM. "El elemento volitivo como determinante...", Op. cit., Pág. 64.

<sup>168</sup> RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2º. 3ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, P. 166, citado por M. PÉREZ MONGE, "Cuestiones Actuales de...", Op. cit., Pág. 51.

<sup>169</sup> Artículo 120.1, CC. «La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1º. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público».

<sup>170</sup> Artículo 49 LRC «El reconocimiento puede hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil o mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos. En este último supuesto deberá concurrir también el consentimiento del hijo o la aprobación judicial, según dispone dicho Código. Podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1º. Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación. 2º. Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia... Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por el procedimiento ordinario».

<sup>171</sup> E. LAMM. "El elemento volitivo como determinante...", Op. cit., Pág. 59.

<sup>172</sup> Artículo 8.2. LTRHA. «Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad».

<sup>173</sup> Artículo 120.3, Cc. «La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: ...3º. Por sentencia firme».

caso no la tendría fácil el padre comitente de la subrogación, pues tendría que sortear conflictos como la procreación heteróloga en mujer que no es su cónyuge<sup>175</sup> y hasta un conjetural fraude de ley al consentir el contrato de maternidad subrogada [Nulo de pleno derecho en España (artículo 10.1, Ley 14/2006)] del cual es partícipe en su calidad de contratante y/o promovedor del mismo [§ 8.4].

EL CONSENTIMIENTO COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA FILIACIÓN DESPRENDIDA DE UN CASO DE MATERNIDAD SUBROGADA. Como quiera que el primero de los tópicos expuestos previamente no resulta en mayores discusiones, pues el padre biológico es el mismo que pretende la filiación del menor (Artículo 17.1.a. Cc.) [§10.2.], la discusión por tanto se centraría en el segundo de los casos donde el pretendiente padre se apropia y desea la filiación del menor sin importar la semejanza biológica; para tal caso, podría citarse un célebre aforismo que ora «padre no es el que engendra sino el que cría». Pues bien, en dado caso el varón demandante debe acreditar fehacientemente su consentimiento a la filiación del menor en medio escrito, donde se refleje de manera expresa que esta fue otorgada libre y conscientemente (artículo 8.2, LTRHA) ante el encargado del Registro Civil o, de corresponder, ante el Juez de conocimiento. Dicho formalismo por tanto se encuentra resguardado por principios constitucionales como el libre desarrollo de la personalidad (artículo 1.1 CE) y el de la dignidad humana (artículo 10.1 CE)<sup>176</sup> que soportarían en principio el propósito de lograr la filiación del menor en aras de evitar que este quede desprotegido. En todo caso le pertenecerá a la autoridad correspondiente evaluar el consentimiento otorgado en busca de tomar la decisión que mejor salvaguarde el interés superior del menor.

---

<sup>174</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana, José María Bosch editor, Barcelona 1995. Pág. 122-123. Citado por E. LAMM. "El elemento volitivo como determinante...", Op. cit., Pág. 59.

<sup>175</sup> M. PÉREZ MONGE, "Cuestiones Actuales de la Maternidad Subrogada...", Op. cit., Pág. 51.

<sup>176</sup> IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos constitucionales y contenido de los derechos de consentimiento e información en la Ley de técnicas de reproducción asistida" en CAMBRON INFANTE, A. Reproducción asistida: promesas, normas y realidad. Trotta. Madrid. 2001. Pág. 141 y ss. Citado por E. LAMM. "El elemento volitivo como determinante...", Op. cit., Pág. 28.

Por último, mucho más fácil resulta establecer la filiación paterna cuando la madre subrogada es soltera, pues en este caso no se presenta una pluralidad de varones que puedan procurar la filiación del menor, reduciéndose entonces las posibilidades al donante o al comitente y, como quiera que el donante es anónimo (artículo 5.5, Ley 14/2006), la respuesta al planteamiento plasmado emerge por sí misma, la filiación recaería inexcusablemente en cabeza del comitente, sea porque haya o no contribuido con su material genético. Si hubo aportación de gametos sería no sólo padre biológico sino también legal (artículo 17.1.a, Cc.) y, si no hubo aportación de su esperma, bastará con el consentimiento [Testamento o documento público] o directamente el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil (artículo 120 Cc.)<sup>177</sup>.

En definitiva, principalmente son dos los factores que permiten determinar la filiación del hijo respecto del padre, por un lado la aportación de gametos masculinos en la Técnica de Reproducción [Fertilización *in vitro*, inseminación artificial, etc.] facilitan evidentemente el establecer el origen biológico del niño y por ende la filiación; y por otra parte, a falta del lazo genético la voluntad del padre, su consentimiento a acogerlo como hijo son los que permiten precisar la filiación paterna.

### **§11.3. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN PAREJAS DEL MISMO SEXO**

Como primera medida es de resaltar que con la entrada en vigencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, «por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», España consintió el matrimonio entre parejas del mismo sexo, e hizo extensiva la adopción y por ende la filiación a favor de dichas parejas [Hombres o mujeres]<sup>178</sup>. Así las cosas, es claro que la discusión no se encamina a establecer si parejas del mismo sexo pueden o no tener hijos bajo la efigie de la filiación legal, pues se evidencia que tal supuesto es cierto, por lo

---

<sup>177</sup> M. PÉREZ MONGE, *Cuestiones Actuales de la Maternidad Subrogada...*, Op. cit., Pág. 52.

<sup>178</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER, *“Inscripción en España...”*, Op. cit. Pág. 13.

tanto, la labor a emprender es elucidar cuál es el destino de los infantes que han sido fruto de una gestación subrogada.

**a. FILIACIÓN A FAVOR DE DOS MUJERES.**

Bajo ese entendido, empezaré por destacar que en el caso de la pareja de mujeres se distinguen dos entornos peculiares encumbrados por el aspecto genético de la gestación, pues se puede presentar que la madre gestante concorra con su propio gameto o con el de su pareja; en cualquier caso, no estaríamos hablando ciertamente de un hecho de maternidad subrogada propiamente<sup>179</sup>, pues en este escenario se prescinde del tercero que sobrelleva el embarazo. Sin embargo es importante conocerlo por las implicaciones que refleja frente a la situación de la pareja de hombres, abordada posteriormente.

Bien, hay que decir como primera medida que el artículo 7.3 LTRHA [modificado por la Ley 3/2007, de 15 de marzo «reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas»] acentúa que «[C]uando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». Así las cosas, queda claro que en el caso de las mujeres la doble filiación materna es permitida<sup>180</sup>, incluso en el supuesto en que una de las mujeres se someta a una TRHA con el fin de gestar el gameto de su pareja previamente inseminado con semen de donante, con la intención de «equiparar los derechos de matrimonios homosexuales a los de las parejas heterosexuales»<sup>181</sup>. Obsérvese cómo la norma consagra que la cónyuge de la gestante, libre y facultativamente, pueda manifestarle al Encargado del Registro Civil antes del parto<sup>182</sup> que se inscriba la filiación del nacido a su favor;

---

<sup>179</sup> PÉREZ MONGE, MARINA, "Cuestiones Actuales de ...", Op. cit., Págs. 59 y 60.

<sup>180</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER, "Inscripción en España de...", Op. cit. Págs. 13 a 14.

<sup>181</sup> PÉREZ MONGE, MARINA, "Cuestiones Actuales de...", Op. cit. Pág. 60.

<sup>182</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, "LA FILIACIÓN" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *et alii*, "Curso de Derecho...", Op. cit. Pág. 344.

bastándole únicamente su voluntad para que en el Registro conste dicho acto [Maternidad de deseo]. Como colofón, no existen mayores controles ni requisitos para que dos mujeres puedan compartir la filiación de su hijo, bastando únicamente, por un lado la gestación y por el otro la voluntad de querer figurar como madre de la criatura.

Un tercer advenimiento, anquen debo decir poco probable pero posible, sería aquel en el cual la gestante es ajena al matrimonio, un típico caso de maternidad subrogada [en tercera persona]. No obstante, dicho supuesto se presenta con más regularidad en parejas heterosexuales o en parejas de hombres, por lo que será detallado en cada una de estas figuraciones.

**b. FILIACIÓN A FAVOR DE DOS HOMBRES.**

Resaltando que la doble filiación paterna es permitida [para el caso de la adopción], nos bastaría por establecer el destino, en cuanto a filiación se refiere, del hijo nacido por intermedio de un contrato de gestación por subrogación en los cuales sus comitentes son dos varones [caso que se ilustra ampliamente en la § 11].

Ya en múltiples oportunidades me he referido a la nulidad del contrato por lo tanto es claro que el mismo no podrá ser validado en España; sin embargo emerge un cuestionamiento sobre la filiación del menor dado que uno de los comitentes, el que aporta el material genético, es padre biológico del menor, lo que a las luces de los artículos 17.1. Cc. y 10.3 LTRHA deriva en dos situaciones; en el primer caso el «nacido» de padre español es considerado español de origen, y en el segundo, por ser el padre biológico de la criatura puede ejercer la acción de reclamación de la paternidad. Así las cosas, el padre biológico tiene a su alcance todas las herramientas legales para instar la Inscripción en el Registro Civil de la filiación del bebé en cuyo caso quedaría de la siguiente manera: Hijo de madre gestante y de padre biológico [Homosexual varón]. En dicho contexto, el

cónyuge del padre biológico tendría como opción solicitar la adopción «previo consentimiento de la madre gestante»<sup>183</sup>, en aras de que la filiación quedara en cabeza de la pareja del mismo sexo.

Pese a lo anterior, la discusión se plantea en muchos más aspectos, como por ejemplo el de la igualdad frente a las mujeres, pues como vimos, la cónyuge de la gestante puede, sin mediar más que su entera voluntad, pedir al Encargado del registro que la filiación del hijo de su esposa le sea otorgada [artículo 7.3. LTRHA]; sin embargo y sin entrar en mayores debates, considero que la discusión es por entero infundada por dos razones, la primera legal en consideración al precepto contenido en el artículo 10.2. LTRHA que se encarga de determinar la filiación materna por el parto, lo que sólo da cabida para la solicitud de la filiación paterna y la segunda, como ramificación del mandato legal, fisiológica, pues no se puede equiparar lo que por naturaleza es disímil, como lo ha sostenido la justicia ordinaria<sup>184</sup>.

Por consiguiente y como se encuentra la regulación actual sobre maternidad subrogada, la doble filiación paterna en un caso de maternidad subrogada únicamente se podría presentar en los supuestos de adopción consentida instada por el cónyuge del varón que no aportó su material genético.

Finalmente, discusión aparte merecen los certificados registrales extrajeros en los cuales se dice acreditar una filiación generada con ocasión de un contrato de maternidad subrogada, hecho este del cual me ocuparé en la § 16.1.

---

<sup>183</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA, "Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español", en DÍEZ-PICAZO, LUIS (Presidente), *et alii.*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid 2012, pág. 1375.

<sup>184</sup> Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, Sentencia de 23 Nov. 2011, rec. 949/2011, Ponente: ESPARZA OLCINA, CARLOS. Nº de Sentencia: 826/2011.

#### § 11.4. FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE.

En gracia de discusión VELA SÁNCHEZ<sup>185</sup> eleva un planteamiento respecto de la falta de conocimiento y/o de consentimiento del cónyuge de la persona que contrata una madre subrogada y aporta su gameto para tal fin [Dejando a un lado el tema de la legalidad y de su nulidad –§§ 6 y 7–]. Recordemos que tal como lo vimos en la § 10.2., el artículo 116 Cc, enseña que «[S]e presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges»<sup>186</sup>; por lo tanto pese a la ausencia de consentimiento, el cónyuge legalmente sería considerado como padre del menor en consideración a la presunción matrimonial de que hablamos. Empero, VELA SÁNCHEZ considera que en este supuesto la pareja que no dispuso de su material genético y que por lo tanto no conocía o no consentía el procedimiento, podrá «impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación», fundado en que (i) «no consintió la realización del convenio de gestación por sustitución», así como que «biológicamente el nacido no es hijo suyo»; con lo cual, considera, prosperaría dicha acción legal. En resulta el hijo únicamente ostentaría un vínculo filial con el cónyuge que aportó su gameto y por ende contrató a la gestante, mientras que en relación con el otro gameto, se entendería, pertenece a un donante y por lo tanto su padre desconocido [artículo 5.5 LTRHA].

Y, a más de lo anterior, el artículo 8.1 *Ejúsdem* consigna que si la mujer progenitora o su marido prestaron su consentimiento formal previo y expreso a determinada fecundación, no podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación; lo que deja abierta la puerta para que, en el caso contrario y en ausencia de dicho beneplácito el padre no consintiente pueda impugnarlo, tal y como previamente se dijo.

---

<sup>185</sup> VELA SÁNCHEZ ANTONIO J, “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, en PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, *et alii*, *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Lex Nova, Valladolid 2011, págs. 71 y 72.

<sup>186</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “La Filiación”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *et alii*, “Curso de Derecho...”, Op. cit. Pág. 307.

Para el caso de las parejas no casadas la situación es un poco más fácil de establecer, pues la norma no extiende la presunción filial a parejas no casadas o de hecho, por lo tanto el conjetural vínculo de filiación que se pueda desprender entre el comitente y el hijo 'encomendado' solo sería respecto del aportante del gameto. Conmemoremos que el artículo 6.1. LTRHA consagra que pueden ser usuarias de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida «[T]oda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar... con independencia de su estado civil y orientación sexual», lo que nos lleva a pensar, en el caso de las uniones de hecho, que la no existencia del consenso de su pareja para someterse a una TRHA, o para el caso que nos ocupa, para contratar una madre de alquiler, no infiere al momento de realizar la TRHA o el contrato.

### **§ 11.5. LA CUESTIÓN DEL DOBLE ESPEJO**

Un caso excepcional de filiación que se presenta en España es la del menor que no goza de una nacionalidad y/o de una filiación aparente al momento de registrarse o que no ha sido posible establecer. Este planteamiento desarrollado por CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>187</sup>, expone precisamente las salidas que se pueden procurar en aras de acreditar de la nacionalidad del infante en dicho suceso; para tal efecto y sin más, debe saberse que conforme con lo fijado en el artículo 9.4 Cc. el carácter y contenido de la filiación se regirá por la Ley personal del hijo, esto es, por su nacionalidad [artículo 9.1 Cc.], empero, la nacionalidad a su vez estriba en la filiación del menor [artículo 17 Cc.], volviendo el tema un círculo vicioso. Ulteriormente, esgrime el doctrinante que las soluciones a dicha paradoja reposan en dos salidas, veamos:

---

<sup>187</sup> Vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 'Filiación Natural', en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), "Derecho internacional privado, vol. II, 11ª edición, Comares, Granada, 2010, págs. 196-197; y CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUÍS / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2009), Vol. 1, No. 2, págs. 296 a 297.

La primera aseveración involucra el mismo artículo 17 Cc., pues en este se indica que son españoles los «nacidos» de padre o madre españoles. En esa lógica, si tomamos la dicción literal –nacer– entendemos que hace alusión al hecho físico del parto, o como lo define el Diccionario de la Lengua Española, «[S]alir del vientre materno»<sup>188</sup>, por lo tanto, no estamos hablando en estricto sentido de una filiación acreditada sino del «hecho físico de la generación»<sup>189</sup>, que puede ser probado por la «posesión de estado o inscripción en el registro civil español»<sup>190</sup>.

La segunda iniciativa la ofrece partiendo desde el alegórico hecho de inexistencia de un progenitor español; en este caso al no poderse aplicar el preliminar mandato el hijo sería un apátrida de no ser por la regulación que contienen los artículos 9.4 y 9.9, pues en estos se establece que de no poderse determinar la nacionalidad del niño «se estará a la de la residencia habitual del hijo», que por lo general sería la española. Así, una vez fijado este criterio «puede solventarse la cuestión de decidir si el individuo tiene la nacionalidad de sus padres o no la tiene»<sup>191</sup>.

Ahora, el anterior análisis resulta importante para el caso de la maternidad subrogada, pues como se elucidó en el primer trazo, si uno de los padres comitentes del contrato de gestación por sustitución logra acreditar el «hecho físico de la generación», como lo designa CARRASCOSA GONZÁLEZ, el o los

---

<sup>188</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española (22ª ed.). Madrid. Consultado en web <http://lema.rae.es/drae/?val=nacer>

<sup>189</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., '*Filiación Natural*', en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), "Derecho internacional privado...", Op. cit., pág. 196.

<sup>190</sup> Según CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. [*Ibidem*, pág. 196], esta tesis la siguen «la DGRN (RDGRN 7 mayo 1965, RDGRN 4 febrero 1996, RDGRN 29 diciembre 1971, RDGRN 19 diciembre 1973, RDGRN 11 agosto 1975, RDGRN 19 enero 1976, RDGRN 11 abril 1978, RDGRN 7 mayo 1980, RDGRN 5 marzo 1986, RDGRN 28 octubre 1986 y Circular DGRN 6 junio 1981)».

<sup>191</sup> *Verbi gratia*, «(RDGRN [2.ª] 24 noviembre 2008 [nacido en España hijo de madre marroquí y de padre desconocido], RDGRN [7.ª] 31 octubre 2005, RDGRN [2.ª] 7 noviembre 2005, RDGRN [3.ª] 8 marzo 2006, RDGRN 25 marzo 2006, RDGRN [1.ª] 27 marzo 2006 [nacido en España hijo no matrimonial de marroquí y colombiana], RDGRN [5.ª] 22 mayo 2006 [nacido en España de madre marroquí]); citados en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., '*Filiación Natural*', en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), "Derecho internacional privado...", Op. cit., pág. 196.

nacidos bajo estos convenios pueden acceder al Registro Civil español por ser «nacido» de padre o madre español [artículo 17.1. Cc.]<sup>192</sup>.

**§ 12. LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN DE UNOS HIJOS NACIDOS EN CALIFORNIA [ESTADOS UNIDOS] DE UN MATRIMONIO DE VARONES, NACIDOS MEDIANTE LA TÉCNICA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.**

En la historia reciente de la maternidad subrogada en España ya han sido múltiples los pronunciamientos que sobre el peculiar tema se han suscitado, incluso con una marcada diferencia en cuanto a sus posiciones como las exteriorizadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado «DGRN» y la expuesta por el Poder Judicial, pues pese a que en España la maternidad subrogada se encuentra explícitamente prohibida, muchos ciudadanos españoles continúan trasladándose a países en donde dicho procedimiento es permitido legalmente, como el caso de la India y de manera muy especial, algunos Estados de Estados Unidos, tal y como se presentó en la § 5 de este Trabajo, para luego trasladarse a España y plantear el acceso al Registro Civil del certificado de filiación expedido en el país extranjero.

El caso más sonado sobre esta controvertida práctica es el que involucra a dos menores nacidos en California por un encargo de maternidad subrogada efectuados por una pareja de hombres españoles y que desató varios pronunciamientos como la Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009, posteriormente la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010; de seguido la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado [sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución]; y finalmente, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, Sentencia de 23 Nov. 2011, rec. 949/2011.

---

<sup>192</sup> *Ibidem*, pág. 297.

Así las cosas, en palabras de MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA<sup>193</sup>, el problema que se plantea en la actualidad España es «la inscripción registral y el reconocimiento de la filiación determinada conforme a la legislación extranjera, que permite el uso de la maternidad subrogada y reconoce efectos legales a la renuncia de filiación de la madre gestante a favor del sujeto o sujetos comitentes».

Pero, para entender un poco mejor el mentado panorama, veamos los hechos y fundamentos que han avivado el debate:

#### **A. § 13. RESOLUCIÓN D.G.R.N. DE 18 DE FEBRERO DE 2009.**

Como lo adelantamos, la génesis de la presente resolución reside en la solicitud que hicieran dos ciudadanos españoles ante el Encargado del Registro Civil Consular de inscribir el nacimiento de sus dos hijos ocurrido en San Francisco –California– el día veinticuatro (24) de octubre de 2008 mediante gestación por sustitución. Dicho pedimento sería denegado en principio mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2008 al considerarse que (i) la gestación por sustitución se encuentra implícitamente prohibida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, y por cuanto (ii) la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución se encuentra determinada por el parto, lo que colige que la mujer que da a luz es considerada como la madre legal del menor.

Ante el recurso interpuesto por los padres contra el citado Auto, la DGRN resolvió estimar el mismo, revocar el auto apelado y, como consecuencia, ordenar la inscripción de los menores en el Registro Civil Consular cimentados en lo consagrado en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil<sup>194</sup>, pues entiende la DGRN que el citado artículo excluye la implementación de las normas españolas

---

<sup>193</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA, "*Registro de la filiación...*", en Díez-Picazo, Luis (Presidente), *et alii*, Op. cit., pág. 1375.

<sup>194</sup> Artículo 81 «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. Artículo 81 redactado por R.D. 1917/1986, 29 agosto («B.O.E.» 19 septiembre), de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil.»

de conflicto de leyes, dejando sin aplicabilidad lo dispuesto en el artículo 9.4 del Código Civil así como lo ordenado en la Ley 14/2006 LTRHA. Así entonces, al existir una decisión emanada de una autoridad pública extranjera [En el caso particular la pareja de hombres aporta como documento público internacional la certificación registral extranjera proferida por la autoridad competente «*THE CALIFORNIA OFFICE OF VITAL RECORDS*» en la que se constata la inscripción de los menores y la filiación determinada a favor de éstos], se comprende que son únicamente aplicables «las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil».

Más interesante aún resulta la explicación o mejor, la exégesis que se da sobre el mentado artículo, pues la DGRN asevera que el legislador español no exige «que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española», pues discurre que esto sería tanto como desconocer que cada Estado cuenta con su propio sistema de derecho internacional privado, desquebrajando la «coherencia de reglamentación de las situaciones privadas internacionales y su continuidad en el espacio»<sup>195</sup>.

Abundando en argumentos, esgrime que el Encargado del Registro Civil Consular debe circunscribirse a realizar un control de legalidad a la decisión registral extranjera en la cual verifique si el documento satisface plenamente las diversas exigencias legales para poder acceder al Registro Civil español, sin entrar a efectuar mayores señalamientos sobre si ésta se ajusta o no al ordenamiento jurídico español.

Plantea como elementos constitutivos del control de legalidad la idoneidad del documento, esto es, que la certificación registral extranjera sea un documento

---

<sup>195</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJUE de 2 de octubre de 2003, García Avello, y STJUE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul).

emanado de autoridad pública habilitada para tal efecto; que cumpla con el lleno de las exigencias contenidas en el artículo 323.2 de la LEC<sup>196</sup>; que se acompañe de la correspondiente legalización<sup>197</sup> o apostilla y que el documento sea presentado con la correspondiente traducción<sup>198</sup>. Yuxtapuesto, asienta como segundo factor a tener en cuenta al momento de cumplir con el control de legalidad el relacionado con entidad que emana la correspondiente certificación, pues aclara que este debe haber sido elaborado y adoptado por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas tal y como se desprende de la lectura del artículo 85 del Reglamento del Registro Civil<sup>199</sup>. Finalmente y como última exigencia indica la necesidad de generar un control de legalidad sobre el acto contenido en la certificación registral extranjera, pues anota que al Registro Civil español sólo acceden documentos en los que constan actos presumiblemente 'válidos', lo cual se cumple, señala, con la función de la calificación de la certificación extranjera presentada, en cabeza del Encargado, quien debe soslayar la evaluación de las normas de conflicto españolas, como ya se había argüido y sujetarse a cotejar determinadas exigencias imperativas ineludibles para el documento público a fin de que éste pueda tener 'fuerza en España'.

---

<sup>196</sup> «Artículo 323 Documentos públicos extranjeros. 1 (...) 2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos: 1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.»

<sup>197</sup> Reglamento del Registro Civil. «Artículo 88. A salvo lo dispuesto en los Tratados internacionales, requieren legalización los documentos expedidos por funcionarios extranjeros y los expedidos en campaña o en el curso de un viaje marítimo o aéreo.»

<sup>198</sup> Reglamento del Registro Civil. «Artículo 86. Con los documentos no redactados en castellano ni en ninguna de las demás lenguas oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, o escritos en letra antigua o poco inteligible, se acompañará traducción o copia suficiente hecha por Notario, Cónsul, Traductor u otro órgano o funcionario competentes. No será necesaria la traducción si al Encargado le consta su contenido. Artículo 86 redactado por R.D. 628/1987, 8 mayo («B.O.E.» 15 mayo), por el que se modifican los artículos 86 y 225 del Reglamento del Registro Civil.»

<sup>199</sup> Reglamento del Registro Civil. «Artículo 85. Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente.»

Por otra parte, y en relación con el ajuste al orden público internacional español de la certificación registral extranjera, la DGRN soporta que en el caso particular no se vulnera el orden público internacional español en razón a que en el Derecho español (i) se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, mucho más tratándose de ‘hijos naturales’; (ii) se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres<sup>200</sup>; (iii) «el interés superior 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», como así lo indica el artículo 3º de la Convención sobre los derechos del niño hecha en New York el 20 de noviembre de 1989; en suma, esgrime que (iv) el interés superior del menor infiere el derecho del menor a gozar de una identidad única que incorpora indudablemente la facultad de disponer de una filiación única válida para todos los países y; (v) que en el Derecho español la filiación natural no se determina necesariamente por el vínculo genético entre los sujetos implicados [art. 7.3 de la Ley 14/2006].

En resumen, colige la DGRN que la discusión no se debe centrar en el contrato de gestación por sustitución ni en la filiación al momento del alumbramiento, pues es evidente que ante los ojos de las Leyes españolas el primero se encuentra prohibido y en el segundo de los casos la filiación la determina el parto; por el contrario, lo que se debe determinar es si una filiación estipulada en el extranjero en virtud de una certificación registral foránea puede acceder al Registro Civil español.

---

<sup>200</sup> Ley 14/2006. Art. 7.3: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.»

**B. § 14. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE VALENCIA, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010.**

Como consecuencia de la anterior decisión, el Ministerio Fiscal recurrió la Resolución de la DGRN que ordenó la inscripción en el Registro Civil Consular correspondiéndole por turno de reparto al Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Valencia quien dictó la sentencia de 15 de septiembre de 2010 [Proc. 188/2010. Ponente Taberero Moreno, Esteban. Sentencia No. 193/2010; No. Recurso 188/2010], estimando íntegramente la demanda interpuesta y, como corolario, ordenando «dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores Luis y Fernando con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de Luis y Fernando y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción».

La tesis argumentativa de la citada decisión gravita en el precepto normativo contemplado en el artículo 23 de la LRC<sup>201</sup>, norma que como señala, es de mayor valor normativo, en el cual se sienta que para que un certificado de registro extranjero pueda acceder a la inscripción en el registro español, el Encargado deberá comprobar primeramente la realidad del hecho inscrito de manera cierta, no sólo efectuar un control formal a la certificación sino constatar que lo plasmado en ella es real; lo que para el caso en estudio era imposible biológicamente pues la filiación pretendida había sido incoada por dos varones; y, como segunda medida, debe constatar que la certificación a registrar se apega a la Ley española; lo que evidentemente no lo es en consideración a lo ordenado en la multicitada Ley 14/2006.

---

<sup>201</sup> Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014). Artículo 23. «Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española (...)»

Aunado a lo anterior, redunda en argumentos señalando que (i) no se puede sostener que no existe vulneración del orden público internacional español cuando lo pretendido es mostrar a unos hijos como naturales cuando sus padres son una pareja de varones; (ii) que no existe discriminación pues el fondo no es quiénes solicitan la inscripción sino el medio empleado para la gestación de los bebés; (iii) que el argumento de instar el interés superior del menor para acceder al registro, aunque plausible, señala que «el fin no justifica los medios», agregando a este tenor que existen otros medios legales para hacer que los hijos consten a favor de los pretendientes; y finalmente, (iv) se refiere a la presunta ausencia de *fórum shopping fraudulento* afirmando que, sin entrar a evaluar el carácter fraudulento, los ciudadanos españoles eran conscientes de que su solicitud podía ser desestimada y por lo cual deben asumir la consecuencia que conlleva su decisión.

**C. § 15. INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE EL RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.**

Paralelamente a los anteriores pronunciamientos, la DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS DE ESPAÑA percibiendo el desafío que se avecinaba con motivo de la solicitud de inscripción del nacimiento de los hijos de la pareja de hombres españoles en referencia, emanó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, encauzada, entre otras cosas, en la protección del interés del menor así como en la previsión contemplada en el artículo 10.3 de la Ley 14 de 2006, pues recordemos que en dicho aparte fue salvada la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas ordinarias que regulan la materia en España, lo que en postrimerías se vería traducido como un mecanismo legal para inscribir al menor nacido mediante una práctica de gestación por sustitución suscitada en el extranjero, siempre y cuando uno de los padres de la criatura fuera español y compartiera su mismo material genético en pro de acceder al Registro Civil Español.

Según la Instrucción en referencia, el artículo 10.3 *Ejúsdem* consiente la reclamación de la paternidad tanto del hijo como del padre biológico encaminado a lograr la filiación paterna; debiéndose, por lo tanto, someterse a las precisiones contempladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC<sup>202</sup>, bajo la competencia de los Tribunales españoles, en aquiescencia de lo fijado en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>203</sup>.

Es entonces, por la precitada manifestación y atendiendo la necesidad de proteger jurídicamente el interés superior del menor en los supuestos de un contrato de gestación por sustitución practicado en el extranjero, que la Dirección General de los Registros y del Notariado de España decide establecer criterios que establezcan las condiciones de acceso al Registro Civil Español de estos infantes, para lo cual plantea y aborda tres aspectos que considera como relevantes al momento de valorar la solicitud de acceso al citado Registro, veamos:

1. «[i]nstrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento»;

2. «[l]a inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores»;

3. «[l]a exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12

---

<sup>202</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014); CAPÍTULO III De los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.

<sup>203</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014); Libro Primero; Título Primero, «De la extensión y límites de la jurisdicción»; artículo 22, competencia de los Juzgados y Tribunales españoles en el orden civil.

de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999».

Adicionalmente y como especie de un cuarto criterio, señala la instrucción que en suma de los derechos del infante, también deberá protegerse a la mujer gestante quien renuncia a sus derechos como madre.

Como directrices para la calificación de las solicitudes de inscripción de nacimientos de menores producidos en el extranjero como consecuencia del uso de una técnica de gestación por sustitución, formulada por ciudadanos españoles, fija:

a) Presentación ante el Encargado del Registro Civil de la resolución judicial dictada por un Tribunal competente del país de origen, en la que se determine la filiación del nacido, y en la que se logre avistar el cumplimiento de requisitos de perfección y contenido del contrato de gestación por sustitución, la protección de los intereses del menor y de la gestante, sujetos a las normas que regulan el procedimiento en el país donde éste hubiese sido perfeccionado. Lo anterior en busca de confirmar la «plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen». Asimismo y no menos importante es el propósito que persigue la presente Instrucción al ambicionar comprobar que no se despliegue una simulación en el contrato de gestación que pueda encubrir el tráfico internacional de menores;

b) Salvo que resulte aplicable un Convenio internacional, «la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la

solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur»;

c) En caso de que la resolución judicial extranjera ostente un origen análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, «el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España».

Ahora bien, para el reconocimiento de la sentencia dictada en el extranjero en la que se determine la filiación del menor, se tendrán en cuenta las previsiones normativas contenidas en los artículos 951 y subsiguientes de la LEC 1881, en razón a que las mismas se mantuvieron vigentes luego de la entrada en vigor de la LEC 2000.

En cuanto al control incidental de que trata el literal «c)» Supra, la Instrucción puntualizó que en éste se deberá constatar:

«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 procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una 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, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

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 facultad de revocación, la hubiera ejercitado.»

Finalmente, la Instrucción deja en claro que bajo ninguna circunstancia se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, en la que no conste la identidad de la madre gestante.

**D. § 16. AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN 10ª, SENTENCIA DE 23 Nov. 2011, REC. 949/2011.**

Resultado de la decisión adoptada en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, repasada en líneas atrás, la Audiencia Provincial de Valencia resolvió el recurso de apelación formulado contra el mentado fallo, desestimando el mismo y confirmando la respectiva sentencia sobre la base de los subsiguientes considerandos:

Recalca lo esgrimido en su oportunidad por el Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Valencia, en relación con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley del Registro Civil y la prevalencia de ésta norma sobre el contenido de los artículos 81 y 83 del RRC [Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil], en virtud del principio de jerarquía normativa reconocida en el artículo 9.3 de la Constitución española; por lo que, apunta, «previamente a acordar su inscripción la certificación extranjera tiene que superar un control de legalidad».

A renglón seguido, recuerda que la Certificación Registral de California transgrede el Orden Público Internacional Español al vulnerar principios como «que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona».

Aunado a lo anterior, precisa que la misma DGRN al dictar la Instrucción de 7 [5] de octubre de 2010, sentó la posibilidad de inscribir el nacimiento de menores en el extranjero como consecuencia del uso de una técnica de gestación por sustitución conforme al acatamiento de los requisitos impuestos en dicha instrucción; sin embargo, asevera que para el caso concreto el lleno de exigencias no fueron cumplidas, pues la resolución judicial extranjera donde consta la filiación no fue allegada al legajo, así como tampoco figura la identidad de la madre gestante.

Asimismo señala que no ha habido discriminación por razón de sexo pues no se puede ver como iguales lo que por naturaleza es desigual; infiere que la pareja conformada por dos mujeres no requieren acudir a otra mujer para encomendarle la gestación y que, en todo caso, si lo hicieran igualmente les sería aplicable la misma prohibición pues lo que genera la nulidad es la modalidad empleada.

En último lugar la sentencia hace una enérgica reflexión en relación con el principio del interés del menor reconocido en la Convención sobre Derechos del Niño y en el artículo 39 de la Constitución española, al señalar, y cito, que «la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (artículo 10 de la Ley 14/2.006 y artículos 175 y siguientes del Código Civil)». Del mismo modo, hace alusión a que la prohibición de la gestación por sustitución, «al menos en abstracto», busca impedir que una vida humana sea objeto del comercio.

## § 17. CUESTIONES QUE SUSCITAN AMBAS POSTURAS

Pese a lo loable de los argumentos defendidos por la DGRN en sus respectivas actuaciones, lo cierto es que entre el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE VALENCIA y la AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA desmoronaron cada una de las consideraciones esgrimidas por dicha Institución respecto de permitir el acceso de la certificación emanada por el Estado de la Florida «*THE CALIFORNIA OFFICE OF VITAL RECORDS*» en el Registro Civil español; pues resulta patente que la discusión no viró en torno a la filiación como tal de los menores, éste, en mi opinión, fue un factor transversal que indiscutiblemente se encuentra atado a la solicitud de inscripción. Así pues, la cuestión se orientó a determinar si dicho documento podía ser tenido como suficiente para proceder al anhelado registro sin la necesidad de pasar por controles de legalidad rigurosos que fueran más allá de la simple verificación formal de su contenido, lo que a la postre resultó en un rotundo y categórico no, como lo vimos, básicamente cimentado en dos razonamientos, el rango superior de la Ley del Registro Civil respecto del Decreto por el que se aprobó el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil; y el contenido del artículo 23 de la Ley [Claro está que son debatidos otros argumentos como la vulneración del orden público internacional español, la discriminación y el interés superior del menor, pero todos estos amparando la intención de lograr acceder al Registro Civil con la certificación en cita].

Y es que, como se advirtió en el fallo, el artículo 23 *Supra* regla que «podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». En esa lógica no son muchas las elucidaciones que se puedan dar, pues como fue indicado de manera palmaria, el Encargado del Registro Civil si tiene la exacción de realizar un control de fondo respecto de la certificación extranjera, como lo fue precisado oportunamente por el sentenciador, lo que indiscutiblemente encierra la

realidad del hecho que, en el caso *in examine*, trata de la imposibilidad biológica para que dos varones puedan procrear y del correspondiente contrato de maternidad subrogada convenido; expeliendo por lo tanto un claro contrasentido con la Ley española que prohíbe la maternidad subrogada y determina la filiación de los hijos nacidos mediante dicha técnica por el parto [art. 10.1, LTRHA]<sup>204</sup>.

Pese a lo anterior, era claro que la filiación en teoría ya se encontraba determinada, como así lo comparte la AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, quien en uno de los últimos apartes del fallo rotuló que «la sentencia recurrida no atenta contra el derecho a la identidad única de los menores, pues éstos tienen la que resulta de la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil español si acceden a él de acuerdo con la ley». El problema entonces es la forma como se pretendía acceder al Registro Civil español.

Previendo tal dilucidación, la DGRN se adelantó y profirió la Instrucción de 5 de octubre de 2010 [sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución], como mecanismo confirmatorio de su posición y en el cual deja el procedimiento preciso para que las personas que conciban los servicios de una gestación por sustitución puedan acceder al Registro Civil español.

Lo anterior me lleva a deliberar que entre los aquí contendientes que sí que existe un parcial acuerdo de posiciones, pues desde márgenes opuestas sus puntos de vista dejan ver que de una y otra manera la filiación de un menor nacido con ocasión de un acuerdo de maternidad subrogada si es posible, y en efecto legal [¿?] en España. Y es que las herramientas legales parecen ahora pulular, pues con la salida en 'falso' de la DGRN y luego su precitada Instrucción, sienta las bases para la inscripción de los críos nacidos mediante estos contratos; mientras que, equivalentemente, el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE

---

<sup>204</sup> Cfr. COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO, "*Comentarios de la Ley de registro Civil*" (dirigidos por LECIÑENA IBARRA, ASCENSIÓN y COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO), Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2012, pág. 500.

VALENCIA, deja entre ver en su sentencia su aquiescencia para que los hijos constaran a favor de los demandantes [pareja de varones] por otro medio legal; indudablemente haciendo referencia al presupuesto de que trata el artículo 10.3 LTRHA., a fin con el artículo 17.1 del Cc.<sup>205</sup>.

La gran pregunta y paradoja que surge entonces es ¿cómo puede ser algo legal cuando es ilegal?; la respuesta quizás se encuentra en la misma puerta que ha dejado abierta la LTRHA. en su artículo 10.3 –que a juicio personal no podía ser de otra forma–, puesto que dicha salvedad permite que el progenitor biológico reclame la paternidad de su hijo y una vez producido este hecho, la adopción por parte de su cónyuge sería un simple formalismo.

En cuanto a los requisitos establecidos por la DGRN los veremos a continuación.

## **§ 17.1. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL.**

### **a. DE LOS REQUISITOS EN CONCRETO**

Una vez la DGRN conoció la Sentencia del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE VALENCIA, de 15 de septiembre de 2010, y advirtiendo sus propios yerros –considero–, abandonó su primigenia postura [consignada en la Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009], de permitir la inscripción de los hijos nacidos bajo la implementación de un contrato de subrogación «a través del mero certificado registral de nacimiento», como así lo anota MORENO SÁNCHEZ-

---

<sup>205</sup> En este supuesto, señala MUÑOZ DE DIOS SÁEZ en MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, LUIS FERNANDO, *“El Registro Civil admite el alquiler de vientres”*, El Notario, Numero de revista 27, revista en línea del Colegio Notarial de Madrid 2011, pág. 2; que «si [...] el nacimiento se hubiese declarado al Registro Civil español por los sedicentes padres, sin haber presentado la certificación registral californiana, se habría inscrito el nacimiento y la filiación paterna, pero sólo respecto de aquel de los padres con cuyo semen se fertilizó el óvulo del que nacieron los bebés, como único padre biológico, y se habría inscrito a la gestante como madre. El cónyuge del padre biológico habría tenido que proceder a la adopción de los bebés para poder ser inscrito como padre en sustitución de la madre».

MORALEDA<sup>206</sup>; en su defecto, profiere la Instrucción de 5 de octubre de 2010 cimentada en la salvaguarda de la protección del interés superior del menor, en el derecho del padre biológico [necesariamente español] a reclamar la paternidad sobre su hijo y en la defensa y resguardo de los derechos de la mujer gestante quien renuncia a sus facultades como madre.

Como pilares inspiradores de tal decisión, la DGRN establece como tales el de fijar instrumentos necesarios para que la filiación derivada de una maternidad subrogada pueda tener acceso al Registro Civil español como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; evitar que con la inscripción registral se permita o dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; como último bastión, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico. Anexo, rotula que también se busca proteger a la mujer gestante que renuncia a sus derechos como madre.

En cuanto a los requisitos asesta que para proceder a la inscripción del nacimiento ante el Encargado del Registro Civil, debe ser presentada (i) la solicitud de la inscripción y (ii) la resolución judicial dictada por un Tribunal competente del país de origen y/o el auto judicial que ponga fin al procedimiento de *exequátur* [En el caso que se precise].

En referencia a la resolución judicial dictada por un Tribunal competente el Encargado de Registro deberá verificar en la misma la determinación de la filiación del nacido y el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato de gestación por sustitución, la protección de los intereses del menor y de la gestante, todos sujetos a las normas que regulan el procedimiento en el país donde éste hubiese sido perfeccionado. Simultáneamente constatará la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y

---

<sup>206</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA, "Registro de la filiación...", Op. cit., pág. 1378.

alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Asimismo deberá comprobar que no se encuentre frente a una simulación del contrato de gestación que encubra un tráfico internacional de menores.

Ahora bien, en el evento en la resolución judicial extranjera no se encuentre favorecida por un convenio bilateral de *exequátur*, esta deberá someterse al procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Según MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, para que la resolución pueda allanarse a dicha tramitación, previamente debe cumplir con tres presupuestos como son: «que se trate de una resolución que provenga de una autoridad jurídica extranjera, que la materia sea de derecho privado y que la resolución sea firme en el país de origen»<sup>207</sup>; cumplido lo anterior, podrá sujetarse a la verificación que exige el artículo 954 LEC 1881<sup>208</sup> por parte de los Juzgados de Primera Instancia [artículo 955, LEC]. Equivalentemente, asegura la doctrinante que dichas exigencias han sido «matizados y ampliados por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS)», en el siguiente sentido:

- «Verificar la regulación formal de la resolución tanto respecto de la ordenación procesal extranjera, como respecto a la española: habrá que aplicar lo que establecen los artículos 144 y 323 LEC, que exigen traducción y apostilla de los documentos extranjeros.

---

<sup>207</sup> *Ibidem*, pág. 1379.

<sup>208</sup> Artículo 954 LEC 1881: «Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: 1.ª Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal. 2.ª Que no haya sido dictada en rebeldía. 3.ª Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España. 4.ª Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España».

- Verificar la regularidad del proceso: que la resolución extranjera no haya sido dictada en rebeldía y aparezca fundada jurídicamente y con una actividad probatoria suficiente.

- Que la resolución judicial que se pretende sea reconocida no contradiga una resolución ya dictada en el foro o en un procedimiento en trámite.

- Que la resolución extranjera no contradiga el orden público español.

- Que la autoridad o tribunal de origen, que dictó la resolución, tuviera competencia internacional para hacerlo. Esta condición que no está recogida en el (sic) Ley pero es exigida por el TS, pretende evitar que se reconozcan resoluciones sobre cuestiones consideradas de competencia exclusiva de los tribunales españoles o dictados obedeciendo a foros exorbitantes»<sup>209</sup>.

#### **b. EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL**

Por otra parte, señala la Instrucción en comentario que en caso de que la resolución judicial extranjera ostente un origen análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará *incidentalmente*, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. Para tal efecto verificará (i) la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; (ii) que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (iii) que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; (iv) que no se presente vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante; y (v) que la resolución judicial esté en firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables o que el plazo para la revocabilidad se encuentre vencido.

---

<sup>209</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA, "Registro de la filiación...", Op. cit. págs. 1379 y 1380.

Empero lo inicial, como lo advierte SALVADOR GUTIÉRREZ<sup>210</sup>, la acción de reclamación de la paternidad es un procedimiento judicial en juicio verbal, pues así quedó consagrado en la redacción literal del artículo 753 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en aquiescencia de lo dispuesto en el artículo 748.2, matizado por los artículos 764 y ss.; de ahí que no se pueda tener como análoga la resolución extranjera obtenida en jurisdicción voluntaria por incompatibilidad con el ordenamiento español.

Ejemplarizando un poco este entorno, SALVADOR GUTIÉRREZ<sup>211</sup>, recuerda que «cuando tenemos por ejemplo un divorcio administrativo o notarial de una autoridad extranjera conforme a la ley del país en el que se resuelve el matrimonio, la DGRN ha venido exigiendo el *exequatur* judicial de dicho documento administrativo, dado que en España el divorcio sólo es judicial»; caso el cual se ajusta fielmente al ilustrado.

En definitiva, entendería que la Instrucción en diserto únicamente puede ser empleada en situaciones en donde la filiación provenga de una resolución judicial extranjera en donde se determine que la filiación biológica paterna recae en un español, no pudiéndose, en todo caso, homologar a un caso de jurisdicción voluntaria por cuanto España no integran dentro de su ordenamiento legal dicho procedimiento.

### **C. DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL**

Coexisten doctrinaria y estatalmente dos marcadas posiciones frente al orden público internacional español, pues hay quienes advierten, por un lado, que los pronunciamientos de la DGRN contrarían el orden público internacional español; para **MUÑOZ DE DIOS SÁEZ**, el artículo 23.2 LRC es claro al rotular que el

---

<sup>210</sup> SALVADOR GUTIÉRREZ, SUSANA, "*Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución*", Revista virtual de Derecho de Familia, publicación de 1 de septiembre de 2012, Grupo Editorial El Derecho y Quantor S.L., Madrid, 2012.

<sup>211</sup> *Ibidem*.

hecho no debe infringir la ley española, «y aquí se transgrede sin lugar a dudas el art. 10 de la Ley de TRA, que contiene una norma prohibitiva de lo más explícita», además entiende que el orden público de un país viene dado «por el conjunto de sus normas imperativas y prohibitivas», con lo cual colige que la maternidad subrogada contraria el orden público español<sup>212</sup>.

Precisamente en un símil sentido el Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Valencia, afirma que se vulnera el orden público internacional español al pretenderse mostrar a unos hijos como naturales cuando sus padres son una pareja de varones, lo que, en el estado actual de la ciencia, es imposible, pues los varones no pueden ni concebir ni engendrar. Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Valencia recuerda que la Certificación Registral de California transgrede el Orden Público Internacional Español al vulnerar principios como «que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona».

Por otra parte encontramos argumentos que afirman no existir vulneración del orden público internacional español, como el caso de la DGRN, pues aluden que en España es consentida la filiación a favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales pues estos son iguales ante la Ley [artículo 14 CE]<sup>213</sup>; además, el Derecho español permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres [artículo 7.3 LTRHA], por lo que, infiere, de negar la posibilidad a favor de dos hombre sería discriminatorio en razón al sexo.

En defensa de la precitada tesis CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, alimentan los argumentos añadiendo que, pese a tratarse de supuestos disímiles el caso de las mujeres frente a los hombres por razones tanto

---

<sup>212</sup> MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, LUIS FERNANDO, "El Registro Civil admite...", Op. cit., pág. 3.

<sup>213</sup> DÍAZ ROMERO, MA. DEL ROSARIO, "La gestación por sustitución...", Op. cit., Pág. 1783.

legales como naturales, «resulta nítido que la regulación contenida en el art. 7.3 de la Ley 14/2006 demuestra que en la actualidad, en Derecho español, no es ya un axioma dogmático que la filiación natural quede determinada, en todo caso, por la “vinculación genética” entre progenitores e hijos. Y así es, pues el antes referido art. 7.3 de la Ley 14/2006, permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres aun cuando el nacido no proceda del material genético de la mujer cónyuge de la mujer que da a luz. Por todo ello, puede afirmarse que aunque en Derecho español no se admite el contrato de maternidad subrogada, la inscripción en el Registro civil español de la certificación registral californiana expedida tras un contrato como el citado, produce unos efectos legales que no dañan la estructura jurídica básica de la sociedad española»<sup>214</sup>.

En mi opinión, hay que distinguir y desligar dos asuntos en la presente discusión, una cosa es la maternidad subrogada, nula de pleno derecho en España, y otra muy distinta la solicitud de filiación; en el primero de los casos el contrato convenido y suscrito en el extranjero no contraria directamente el ordenamiento jurídico español, pues la nulidad, se entiende, afecta aquellos acuerdos que en teoría se pudieran suscitar dentro del territorio español, no pudiéndose dar un alcance extra territorial, esto es, sobre los demás países del entorno; en tal sentido le pertenece a cada Estado analizar los presupuestos como el de la conjetural ‘mercantilización del cuerpo humano’ o el de la ‘transacción de los menores’ conforme a sus normas a fin de establecer si los contratos de maternidad subrogada son o no legales en su territorio. Asunto del cual España ha hecho lo propio y por lo cual no debe entenderse como vulnerado, en este sentido, el orden público internacional español.

Luego, el asunto deriva en establecer si la peculiar filiación suscitada en el extranjero –dejando de lado el tema de la maternidad subrogada– conculca el

---

<sup>214</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Gestación por sustitución y Derecho...*”, Op. cit., pág. 311.

orden público español, a mi juicio la respuesta es si, y es que el estribo de tal conclusión se encuentra en el hecho mismo que la filiación natural no puede constar a favor de dos hombres, no por capricho si no por una imposibilidad material y legal, pues como muy acertadamente lo esgrime el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE VALENCIA, en el estado actual de la ciencia el hombre no puede engendrar y por lo mismo no podría equipararse con la situación de la mujer quien goza de esa facultad fisiológica; del mismo modo, la imposibilidad legal que lo rige gira en torno a la normatividad vigente, pues en ninguna parte del Código Civil o de cualquier otra norma se establece que un varón pueda ostentar una filiación 'natural' frente a un menor –como aquí lo vimos–; además, hay que entender que no pueden asemejarse o ponerse en un mismo nivel la filiación natural y la adoptiva, pues pese a que ambas surten los mismos efectos [artículo 108 Cc.], estos obedecen conceptos naturales y jurídicos considerablemente diferentes y que, en todo caso, conservan filosofías y juicios que difieren entre la una y la otra. En último lugar tenemos que decir a manera de reflexión que ni la filiación ni el estado civil de los menores pueden ser de libre disposición de las partes, por lo tanto debe ser en cabeza del estado en quien repose dicha responsabilidad.

Como corolario de lo anterior, quedando por resolver el asunto en cuestión, tenemos que el ordenamiento civil y la LTRHA. otorgan las herramientas legales necesarias para solucionar la controversia, por una parte tenemos el artículo 17.1 Cc. que considera que son españoles de origen los 'nacidos' de padre o madre español, y por otra parte el artículo 10.3 LTRHA que asienta que pese a la nulidad del contrato de maternidad subrogada salva la posible acción de reclamación de la paternidad del padre biológico; en resulta, tendríamos que es madre quien pare y padre el que sumariamente demuestre serlo, esto es, el padre biológico español.

#### d. DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Lo anterior armoniza precisamente con lo dispuesto en relación con el interés superior del menor, este principio consagrado en el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, celebrada en la Ciudad de Nueva York el 20 de noviembre de 1989, señala que todos los países por intermedio de sus correspondientes instituciones deben velar por «asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas [núm. 2]», en consideración al «interés superior del niño»<sup>215</sup>.

Así por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>216</sup> ha indicado en varias oportunidades que la identidad de los menores es única, lo que en palabras de DÍAZ ROMERO<sup>217</sup>, se traduce en «el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación de un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera». Este aspecto es fundamental a la hora referirnos a un caso de maternidad subrogada, pues como lo indicamos en una

---

<sup>215</sup> Vigente en España desde el 5 de enero de 1991; *vide* MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA, "Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español", en DÍEZ-PICAZO, LUIS (Presidente), *et alii.*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid 2012, pág. 1374.

<sup>216</sup> SSTJUE de 2 de octubre de 2003, caso *García Avello* [«Los artículos 12 CE y 17 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro»], y 14 de octubre de 2008, caso *Grunkin-Paul* [«Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Grunkin y la Sra. Paul, por una parte, y el Standesamt Niebüll (Registro Civil de la ciudad de Niebüll), por otra, acerca de la negativa de este último a reconocer el apellido de su hijo Leonhard Matthias, tal como había sido determinado e inscrito en Dinamarca, así como a inscribirlo en el libro de familia abierto para él en dicho Registro», como resultado, el Alto Tribunal resolvió que «[E]l artículo 18 CE se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro»].

<sup>217</sup> DÍAZ ROMERO, MA. DEL ROSARIO, "La gestación por sustitución...", *Op. cit.*, Pág. 1784.

anterior oportunidad [§ 11] ya ha sido fruto de diversas discusiones por parte de la DGRN así como del judicial español. A mi juicio, compartiendo la decisión judicial, es incuestionable que el interés superior del menor debe prevalecer sobre cualquier otro, no sólo porque así se encuentre establecido en un mandato sino por un principio lógico de protección al indefenso; sin embargo, esta protección como todas debe realizarse con apego al ordenamiento español a efectos de no vulnerar otros principios o derechos de la sociedad, es decir, debe sujetarse la protección del menor, y en este caso su identidad, a las normas que para tal efecto contiene a ley.

Bajo tal entendido, la pareja o individuo que efectuó en el extranjero un contrato de maternidad subrogada, nulo hasta la saciedad en España, deberá acudir a las herramientas legales que proporciona la legislación española, esto es, la contenida en el artículo 10.3. LTRHA, en donde la norma tiene una salvedad a favor del padre biológico quien podrá reclamar la paternidad del hijo y de esta suerte acceder al Registro español. En cuanto a su pareja la solución quizás más ajustada sería la de recurrir a la adopción, «previo consentimiento de la madre gestante»<sup>218</sup> con lo que su cometido y el interés superior del menor estarían más que cumplidos y salvaguardados, no obstante ese es un tema ajeno a la actual investigación.

Otro caso es el de las certificaciones registrales foráneas que se desean inscribir en el Registro Civil español, la solución a tal dilema como lo vimos la proporciona la Instrucción de 5 de octubre de 2010, emanada de la DGRN, siempre y cuando uno de los progenitores [El padre] sea de nacionalidad española. En este punto, señala la DGRN que la inscripción del nacimiento del menor sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur realizado a la resolución judicial dictada por Tribunal competente extranjero en la que se determinó la

---

<sup>218</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALED A, ANA, "Registro de la filiación...", en DÍEZ-PICAZO, LUIS (Presidente), *et alii*, Op. cit., pág. 1375.

filiación del nacido; salvo que «la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria», pues en este caso su control será incidental. Como postulado adicional, señala la DGRN que «[E]n 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». Ahora bien, es claro que en este contexto la filiación la ostentaría, por una parte la madre gestante [art. 10.2 LTRHA], y por la otra el padre biológico español, para lo cual su cónyuge, al igual que en el caso anterior, podrá apoyarse en las normas que regulan el tema de la adopción.

En definitiva, la misma ley española consagra los mecanismos eficaces y efectivos para proteger el interés superior del menor, con independencia del mecanismo que se haya empleado para su procreación; lo que no infiere que se esté aceptando el contrato de maternidad subrogada, pues únicamente se establecen las herramientas que contiene la normativa para registrar la filiación de un menor que nació en el extranjero.

#### **e. DEL FRAUDE DE LEY Y DEL *FORUM SHOPPING***

El fraude de ley es definido por el artículo 9.4 del Código Civil como «la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española»; en el mismo sentido el artículo 6.4 Ejúsdem prescribe que «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»<sup>219</sup>.

---

<sup>219</sup> DÍAZ ROMERO, MA. DEL ROSARIO, "La gestión por sustitución...", Op. cit. Pág. 1784.

Por consiguiente, para que exista fraude a la ley tenemos que confirmar que (i) se haya utilizado una norma de conflicto y, por otra parte, (ii) el fin pretendido sea, precisamente, el eludir una ley imperativa. Ahora bien, basados en tal discernimiento, fácilmente podemos concluir que pese a que el fin innegablemente es eludir una ley imperativa prohibitiva como la contenida en el artículo 10.1 LTRHA., no resulta tan fácil, por otra parte, encajar la norma de conflicto utilizada para soportar el fraude de ley.

En este estado de las cosas se advierte una división de posiciones en la doctrina frente al particular, pues por una parte y en concordancia con lo manifestado por el DGRN, se alega que «[L]os interesados no han utilizado una “norma de conflicto”»<sup>220</sup>, soslayando de tal suerte el fraude de ley. Por el contrario y como fruto de la exégesis de la norma, QUIÑONES ESCÁMEZ afirma que «La pretensión jurídica relativa al establecimiento de la filiación queda deslocalizada por la voluntad contractual (y la práctica médica) operándose un fraude al conflicto de calificaciones. Por tanto, a la norma de conflicto»<sup>221</sup>.

Por mi parte, considero que al no existir una norma de conflicto indiscutiblemente utilizada, más allá de las interpretaciones que se puedan presentar frente a las normas de conflicto, el fraude de la ley no resulta patente, aún cuando la intención de los intervinientes hubiese podido residir en eludir una prohibición como la referente al contrato de maternidad subrogada; no obstante no podríamos intitularla técnicamente como un fraude de ley.

Por otro lado, el *Fórum Shopping Fraudulento*<sup>222</sup> resulta un poco más fácil de comprender y despejar, pues en el caso *Sub Examine*, los peticionarios no se

---

<sup>220</sup> DÍAZ ROMERO, MA. DEL ROSARIO, *La gestación por sustitución...*, Op. citl. Pág. 1784.

<sup>221</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, ANA, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, InDret 3/2009, Barcelona 2009, pág. 36.

<sup>222</sup> El *Forum Shopping* fraudulento es definido por CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUÍS / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución...”, Op. cit. pág. 317; como «(= *Bad Forum Shopping*) cuando los particulares “sitúan” la resolución de un caso ante tribunales o autoridades de un Estado que no presenta una “relación sustancial” con el caso en cuestión. Más gráficamente expresado, existe *Forum*

trasladaron a Estados Unidos a plantear un debate jurídico o litigio en aras de que una sentencia resolviera a su favor la filiación de los menores para así introducirla en España, pues recordemos que el documento exhibido como asiento de sus pretensiones es una certificación registral emanada del Estado de California, por lo tanto oponible y debatible ante la jurisdicción ordinaria española. Así las cosas, tampoco podríamos hablar de la presencia de un *Fórum Shopping* en el presente caso.

## **§ 17.2. DILEMAS Y SINGULARIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

Por ser un contrato sin antecedentes legales en materia de contratación [innominado] son muchos los vacíos que se presenta en todos sus aspectos, ya sean contractuales, respecto de las obligaciones que se desprenden de estos para con sus intervinientes y, claro está, en materia de filiación [insisto, con independencia de los argumentos relativos a su ilegalidad y/o nulidad]. Así las cosas traeré algunos supuestos en los que la doctrina se ha fijado.

### **a. CRISIS DE LA FAMILIA, ALTERACIÓN DE LA UNIDAD FAMILIAR [SEPARACIÓN O FALLECIMIENTO].**

Uno de los interrogantes que se plantea VELA SÁNCHEZ<sup>223</sup> es la situación de los menores nacidos con ocasión de un contrato de maternidad subrogada en medio de una crisis familiar como la que se puede desprender de la separación o divorcio de los comitentes o la muerte de uno de estos. Consiguientemente y con el arrojo de solventar su planteamiento, ramifica en dos la conjetural crisis distinguiendo entre «[S]eparación, divorcio o nulidad del matrimonio o disoluciones

---

*Shopping* cuando los particulares "viajan para litigar" al extranjero (=viajan al extranjero con el propósito exclusivo de "litigar ante sus autoridades")».

<sup>223</sup> VELA SÁNCHEZ ANTONIO J, "Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico", en PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, *et alii*, "Revista de Derecho de Familia", Editorial Lex Nova, Valladolid 2011, págs. 72 a 76.

de la unión de hecho de los padres o madres contratantes» y «[F]allecimiento o declaración de fallecimiento de una o ambas personas contratantes».

Pues bien, en consideración a una conjetural separación o divorcio de los comitentes son varios los factores que se deben observar; empecemos por sentar que desde una órbita civilista el contrato genera obligaciones para las partes [artículo 1254 Cc.] que son de imperativo cumplimiento [artículo 1278 Cc.], por lo tanto los contratantes no pueden a su arbitrio desistir de las obligaciones previamente pactadas [artículo 1256 Cc.]. A este tenor, pensemos en unos comitentes que luego de enterarse que el feto exponía malformaciones o incapacidades de cualquier tipo, pretenden ‘echar para atrás’ el convenio signado. En este punto y conforme a la controversia suscitada, en el lance en que los incumplidos no deseen honrar su palabra tendría que existir una decisión judicial que los constriña a cumplir con lo celebrado. Por otra parte, advierte VELA SÁNCHEZ, no podemos olvidar que con independencia de la decisión que adopte la pareja «[L]a separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos» [artículo 92.1. Cc.], y, aunque no ostenten la patria potestad del infante, las obligaciones de velar por los hijos menores y prestarles alimentos permanecen [artículo 110 Cc.].

Por lo tanto, el planteamiento pasa de encauzarse de la ruptura de la unidad familiar a las concretas y puntuales obligaciones de los padres, ya individualmente imaginados, para con sus hijos. Esto al margen de la participación de gametos en la gestación subrogada, pues para suscribir el contrato ambas personas [El artículo 6.3 LTRHA, consagra dicha obligación para las parejas casadas] debieron haber manifestado, previamente a la celebración del contrato, su asentimiento, por lo cual no podrían tiempo después impugnar la filiación del hijo nacido mediante un proceso de gestación por sustitución [En analogía, véase el artículo 8.1. LTRHA<sup>224</sup>].

---

<sup>224</sup> Artículo 8.1. LTRHA «Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o

En ese entendimiento, la cuestión se plantea respecto de la patria potestad y los alimentos para con el menor, correspondiendo en ese preciso momento, y en palabras de VELA SÁNCHEZ<sup>225</sup>, aplicar «las normas relativas a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio de los artículos 90 y siguientes del Código Civil – cuyos postulados también se ha considerado aplicables analógicamente por la jurisprudencia a las hipótesis de disolución de las uniones de hecho (por ejemplo, STS de 7 de julio de 2004)–»; en aquiescencia de lo dispuesto en los artículos 159<sup>226</sup> y 160<sup>227</sup> de la misma norma. En definitiva, será a la sazón el juez, a falta de convenio, quien deba satisfacer las necesidades del menor, como se dijo, en amparo de su interés superior [artículos 91 y ss., Cc.].

Como corolario, la discusión no se centraría tanto en la alteración como tal de la unidad familiar sino en los derechos que se deben conservar a favor del menor en aras de que este no quede desvalido por los hechos o actos de los padres, atendiendo el principio del interés superior del menor. Así que, en analogía se deben aplicar las normas del derecho civil y de familia que acogen los demás casos de filiación y las obligaciones que se desprenden de esta.

Por otra parte, en el segundo de los supuestos relativos al fallecimiento de la persona(s) contratante(s) muestra dos contingencias, la primera cimentada en que en vista del fallecimiento de sus contratantes la madre gestante decida

---

donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación».

<sup>225</sup> VELA SÁNCHEZ ANTONIO J, *“Problemas prácticos...”*, Op. cit., pág. 73.

<sup>226</sup> Artículo 159 Cc. «Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

<sup>227</sup> Artículo 160 Cc. «Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores».

conservar el hijo, lo cual abre una discusión respecto del objeto del contrato y sus consecuencias; a mi modo de ver tal acto mostraría al niño como el objeto y no como sujeto de derechos, pues una vez otorgado el consentimiento por parte de la encinta para darlo a sus padres genéticos luego del alumbramiento, este sería hijo de los comitentes y por ende «heredero forzoso» como lo advierte VELA<sup>228</sup> [artículo 807.1. Cc.<sup>229</sup>]. En este paraje, la disputa se concentraría en la equiparación de derechos que puedan ostentar la madre genética o biológica con la madre gestante para así determinar el derecho aplicable; sin embargo, si partimos del imaginario escenario de la aprobación de la subrogación, es claro que la filiación que se impondría sería la genética y por ende el pequeño sería heredero forzoso, como se dijo anteriormente. En tal sentido, sería ya el juez de conocimiento quien se encargaría de establecer el tutor del menor o, en su defecto, someterlo al régimen de adopción al cual podría concurrir la madre gestante como mejor opción. Ahora, sin dos los comitentes [en el caso de un matrimonio] y únicamente llegara a fallecer uno de estos, el contrato igual tendría total validez, apelando a las normas de derecho y del Registro a efectos de sacar adelante la filiación del hijo.

Por otro lado, el verdadero problema radicaría en si la madre gestante es a su vez madre biológica; pues a mi juicio y con independencia, del consentimiento de la madre «social o de deseo» fallecida, de aspirar la primera a conservar la afinidad jurídica con el recién nacido, primarían estas dos condiciones en dicho evento y por ende se le debería otorgar la patria potestad «*ius sanguinis*». Esta teoría sería la excepción a regla por comportar la embarazada una doble conexión con el menor.

---

<sup>228</sup> VELA SÁNCHEZ ANTONIO J, “*Problemas prácticos...*”, Op. cit., pág. 74.

<sup>229</sup> Artículo 807.1., Cc. «Son herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes».

## **b. MEDIOS DE ACREDITACIÓN DEL CONTRATO Y LA MATERNIDAD.**

Uno de los pilares de la maternidad subrogada es claramente el contrato en sí, pues en este se imprimen los acuerdos a los que se someterán las partes a lo largo de la gestación del menor; así, por ejemplo, cita PÉREZ MONGE<sup>230</sup> que sus cláusulas son de tres tipos: «a) de carácter médico; b) de carácter económico y c) contingencias», entendiéndose que la primera puede hacer mención a las capacidades físicas de la gestante para procrear [La edad, compatibilidad de sangre y recomendaciones que se deben tener durante el embarazo, tales como no fumar, beber, o drogarse]; la procedencia de los gametos y el centro médico que se encargará de efectuar el procedimiento de fertilización; los motivos fisiológicos de la comitente en donde se deje constancia que el contrato se eleva por la imposibilidad fisiológica de la comitente de gestar o que de hacerlo puede poner en riesgo su propia vida o la del feto<sup>231</sup>; y, finalmente la concerniente al desarrollo del feto y las circunstancias en las que proceda un aborto. El segundo tipo puede contener aspectos como las tarifas para la agencia si fue desplegado por un tercero, el valor que recibirá la mujer gestante y los gastos de movilización y contingencias que se presentes, o, por otro lado constatará el altruismo del procedimiento. Finalmente las contingencias pueden ser todas las demás situaciones que se puedan presentar y que no se encuentren inmersas en las anteriores, como el caso de la renuncia a la filiación del menor.

Con todo esto, la herramienta más sensata para acreditar este tipo de convenios sería mediante «documento público notarial» como propone VELA SÁNCHEZ<sup>232</sup>, pues así existiría un control legal sobre el documento y sobre la idoneidad de la información en él plasmada, por parte del Notario, amén de evitar el «colapso judicial» avizorado por el proponente.

---

<sup>230</sup> PÉREZ MONGE, MARINA, *“La filiación derivada de...”*, Op. cit., Págs. 332 a 333.

<sup>231</sup> Cfr. VELA SÁNCHEZ ANTONIO J, *“Problemas prácticos...”*, Op. cit., pág. 70.

<sup>232</sup> *Ibidem*, págs. 69 y 77.

En ese modo de ver, el Notario deberá constatar (i) la capacidad de las partes, (ii) el documento formal que acredite el consentimiento irrevocable tanto de los comitentes [De cada uno de los esposos o pareja de hecho], como el de la contratada gestante, (iii) el certificado médico que acredite que la comitente ostenta problemas de fertilidad, ausencia de matriz, peligro en la salud de la mujer o del futuro bebe en caso de quedar embarazada, etc., con el fin de sentar que ésta no se encuentra evadiendo la gestación. Del mismo modo, (iv) deberá verificar la procedencia de los gametos aportados para el procedimiento, preferiblemente de origen de los comitentes [particularmente el óvulo]; de no ser posible por razones médicas, que el gameto femenino provenga de donante. Por vía de excepción el Notario podrá acceder a la aportación del gameto de la gestante cuando haya un lazo de consanguinidad entre la comitente y la mujer contratada; lo anterior a efectos de romper cualquier vínculo genético entre la embarazada y el *nasciturus*. Asimismo, sería recomendable que el contrato sea signado con antelación al embarazo<sup>233</sup>. (v) Finalmente el Notario deberá corroborar la información del centro médico en donde se realizará el procedimiento.

La otra perspectiva para la acreditación del contrato y su consecuente maternidad sería la exhibición de un documento [contrato] privado en el cual las partes de común acuerdo y partiendo de la buena fe de sus intervinientes acrediten los mismos postulados previamente enunciados; sin embargo, con esta medida se evade un control riguroso que puede sortear controversias a futuro, particularmente no referente a la entrega y filiación infante.

Lo contratos verbales se tendrían por inexistentes o nulos en razón a la imposibilidad de verificar de manera cierta los supuestos acordados y por lo complejo que podría ser un debate judicial partiendo de supuestos alegados por los litigantes.

---

<sup>233</sup> *Ibidem*, pág. 69.

### **c. DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO.**

La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado «sobre régimen de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», en estudio del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo «sobre técnicas de reproducción humana asistida», dispuso entre otras de sus decisiones, que para registrar el nacimiento y filiación de un menor nacido mediante la implementación de un contrato de maternidad subrogada, los padres debían, forzosamente, allegar la certificación registral extranjera así como la certificación médica en donde constara la identidad de la madre gestante; cumpliendo de tal suerte con el concepto del origen biológico de las personas.

Coincide lo anterior con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que estableció en su oportunidad que todo niño «será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos», permitiendo de este modo que los infantes puedan buscar sus orígenes primarios. En la legislación española el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, en concordancia con lo preceptuado por el artículo 180.5. Cc., en un sentido semejante consagró que «[L]as personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública de Protección de Menores u organizaciones autorizadas para tal fin. Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia.

Las Entidades colaboradoras que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor»<sup>234-235</sup>.

Con tales herramientas puede entonces el menor producto de una gestación por sustitución conocer tanto su origen genético como gestacional. En principio, los padres genéticos serían aquellos quienes en ese tiempo gozarían de la filiación y patria potestad del menor [Para el caso en que la pareja comitente hubiese puestos sus propios gametos a efectos de embarazar a la mujer contratada], y, con pleno acceso a la certificación medica exigida por la DGNR, podría eventualmente y si así lo desea, conocer la madre gestante.

El tema de la genética en todo caso puede variar tanto como los gametos pertenezcan a una u otra parte, únicamente estaría vetada la información en el evento en que un gameto perteneciera a un donante, en cuyo caso lo abrigaría el anonimato, sólo permitiéndose su revelación en los excepcionales casos que consiente la ley [artículo 5.5 LTRHA].

#### **d. DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA.**

Mucho se ha discutido sobre el mercantilización del cuerpo de la mujer y de su capacidad reproductora<sup>236</sup>, pues desde doctrinantes hasta grupos feministas como lo vistos en una anterior oportunidad en esta investigación, se han opuesto a este tipo de acuerdos. Y es que es evidente que en la mayoría de países donde dicha práctica se ejercita existe un elevado número de mujeres, por no decir todas, que son movidas por una evidente necesidad económica que ven en estos contratos una manera honrada de ganarse la vida. De ahí que la discusión se avive aún más, pues en antagonismo se encuentran parejas o personas solas que

---

<sup>234</sup> Cfr. VELA SÁNCHEZ ANTONIO J, "Problemas prácticos del convenio...", en PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, *et alii*, "Revista de Derecho...", Op. cit., págs. 71 y 72.

<sup>235</sup> Cfr. VELA SÁNCHEZ, ANTONIO J. "La gestación por sustitución o...", Op. cit.

<sup>236</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, CARMEN L., en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO (Director), "Comentarios a la Ley 14/2006...", Op. cit. Pág. 358.

poseen medios económicos o una posición social privilegiada que les permite no sólo costear el procedimiento sino los constantes viajes que tal acto requiere, pues resulta lógico que al estar prohibido en España los interesados deban trasladarse a otros lugares del globo terráqueo para concretar y desplegar el convenio de subrogación gestacional, en muchos casos, con la intervención de terceros o de agencias que incrementan aún más los costos.

No obstante existen igualmente países que únicamente autorizan los contratos de maternidad subrogada siempre y cuando estos sean enteramente altruistas o en otros casos, permitiendo sólo el pago de las erogaciones que requiera la gestación del bebé [Traslados y controles médicos]. Asimismo, existe otro puñado de países que acceden al reconocimiento de sumas de dinero siempre y cuando cubran no sólo los gastos por las molestias ocasionadas en el embarazo sino también por la para laboral.

Lo anterior me lleva a reflexionar como consecuencia, que las compensaciones económicas en este tipo de contratos de una u otra forma son necesarias, pues no se puede pretender que una mujer que geste un niño por nueve meses, asuma los gastos médicos, de vestuario, traslados y demás, amén de, en algunos casos, disminuir su capacidad laboral durante el tiempo que conlleva la misma, sin recibir lo necesario para su sostenimiento; creo que la discusión por lo tanto no se debe encaminar por ese rumbo, es más un tema, considero, de establecer límites a las compensaciones en procura de evitar que la gestación por sustitución se vea como una posibilidad de negocio, para transformarlo en una obra social, entendida como la ayuda a parejas o personas que por diferentes razones no pueden concebir un hijo.

Así pues, sería el Notario conforme a las competencias que le asigne la ley quien debería establecer un monto razonable que cubra los gastos y molestias, necesarios para sobrellevar la maternidad, en todo caso procurando evadir los intermediarios, o de ser requeridos, modulando a su vez las tarifas de estos.

## § 18. SANCIONES

### a. ADMINISTRATIVAS

El Capítulo VIII de la Ley 14/2006 [Artículos 24 a 28] se encarga de regular las infracciones y sanciones a que se pueden ver sometidos el(los) autor(es) de las infracciones, así como los directores de los centros o servicios quienes responderán solidariamente por las infracciones que cometan los equipos biomédicos a su cargo; sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

Para el caso puntual de la maternidad subrogada, podríamos situarla como infracción muy grave acorde a lo dispuesto en el artículo 26.c.2., el cual cita: «La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2». La sanción para este tipo de conducta irá desde 10.001 euros hasta un millón de euros, y en suma, además de la multa pecuniaria se podrá acordar la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se haya practicado la técnica de reproducción humana asistida con fines materno-subrogada<sup>237</sup>.

Algunos críticos de la norma como GÓMEZ FERRER SAPIÑA han declarado que «la descalificación sólo va dirigida a la validez jurídico-civil del contrato y, por lo tanto, a su exigibilidad, pero que la ley no incluye entre las infracciones que contempla, ni la contratación de la maternidad subrogada, ni la intermediación, ni la publicidad comercial de este servicio»<sup>238</sup>; y me atrevo a decir que incluso la infracción respecto de la maternidad subrogada proviene de una interpretación general de la norma, más no significa que en ésta se haga un señalamiento puntual por esta conducta.

---

<sup>237</sup> Cfr. PÉREZ MONGE, MARINA, "Cuestiones Actuales de...", Op. cit., Págs. 49 a 50.

<sup>238</sup> GÓMEZ FERRER SAPIÑA, "Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida", en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, págs. 297 y ss.; citado en PÉREZ MONGE, MARINA, "La filiación derivada de...", Op. cit., Pág. 350.

## b. PENALES

Coincide la doctrina en general en asentar que la única sanción jurídico-penal que se puede imponer a quienes intervienen en la contratación de un 'vientre de alquiler', es la contenida en los artículos 220 y 221 del Código Penal Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre]<sup>239</sup>, que contempla los supuestos de «parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor»<sup>240</sup>.

No obstante, dichas sanciones son poco probable que se presenten en España en razón a que los contratos por lo general son suscritos en el exterior y las certificaciones registrales son emanadas por la autoridad competente del país donde se llevó a cabo la maternidad del infante.

---

<sup>239</sup> Artículo 220 CP. «1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. 3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años. 4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años. 5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año».

Artículo 221 CP. «1. 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 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. 3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.».

<sup>240</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, ANA SUYAPA, "Eficacia Jurídico-Registral...", Op. cit. Pág. 132.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** La maternidad subrogada es un procedimiento en el cual prima la voluntad de las partes y sus intereses, apoyados posteriormente por un grupo médico que se encarga de implantar un embrión en el cuerpo de una mujer gestante.

No obstante, legislaciones como la española han impedido que dicho voluntarismo se apropie de factores sociales y de derecho como la filiación, evitando que la misma pueda ser determinada únicamente por la voluntad de los intervinientes. Así las cosas, es claro que en España la filiación natural únicamente puede ser determinada por el parto, lo que en teoría imposibilita que los casos de maternidad subrogada se puedan suscitar en el país; esto en adhesión de la prohibición expresa que contempla el artículo 10.1 LTRHA.

**SEGUNDA.** La LTRHA deja una puerta abierta para que el padre genético de la criatura pueda reclamar la paternidad de su hijo, facilitando de tal suerte que por esta misma vía padre y cónyuge comitente puedan eludir la prohibición y conseguir su propósito de gestar un bebé por intermedio de una madre gestante subrogada en el extranjero para luego sentar la filiación en España; claro está, como primera medida a favor del padre que aporta su gameto y posteriormente, mediante la adopción el cónyuge asuma la maternidad del niño nacido como consecuencia de ese contrato.

**TERCERA.** Pese a que la Ley es clara al establecer la nulidad de los contratos de maternidad subrogada, parece que legalmente se ha encontrado la forma de vulnerar dicha prohibición, con el beneplácito incluso de órganos administrativas como la Dirección General de los Registros y del Notariado «D.G.R.N.».

Así las cosas, resulta más que necesaria la discusión nuevamente de la presente realidad, pues pasados siete años de promulgada la Ley pareciera que los resultados no han sido los esperados, más allá de evitar que los contratos sean efectuados dentro del país. Para tal efecto, considero que se deberá discutir y reglar de manera independiente la maternidad subrogada, no como una técnica corriente de reproducción humana asistida, sino como un problema social que involucra el bienestar de una mujer gestante, el de una criatura que puede verse en medio de una multi-filiación y el de las personas interesadas en contratar dichos servicios por diferentes razones –concebibles–.

**CUARTA.** En procura de velar por el interés superior del menor, que en efecto debe estar al margen de los conflictos de los adultos, considero que lo más aconsejable para el pequeño es permitir que permanezca con la(s) persona(s) que lo desean y están dispuestas a proporcionarle todos los cuidados que pueda requerir, respetando los mecanismos legales que para tal fin proporciona la Ley.

## BIBLIOGRAFIA

**ALKORTA IDIAKEZ ITZIAR**, “*Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva*”, Editorial Aranzadi, S.A. Navarra 2003.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO**, “*Hijos made in California*”, Editorial Aranzadi, S.A., Aranzadi Civil-Mercantil Num. 3/2009 (Tribuna), Pamplona 2009.

**CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUÍS / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.**, “*Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009*”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2009), Vol. 1, No. 2, pp. 294-319.

**CÁRCABA FERNÁNDEZ**, “*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana*”, José María Bosch editor, Barcelona 1995.

**COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO** (Director); **INIESTA DELGADO JUAN JOSÉ** (coordinador), “*Comentarios a la Ley 14/ 2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”; Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2007.

**COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO; LECIÑENA IBARRA, ASCENSIÓN** (Directores), “*Comentarios de la Ley de registro Civil*”, Editoriales Aranzadi, S.A., Navarra 2012.

**CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.**, ‘*FILIACIÓN*’, en **A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ** (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada 2010, 11ª Edición.

**DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.**, *“La Reproducción Asistida Humana Sin Consentimiento: Aspectos penales «Análisis del tipo objetivo del artículo 162 del Código Penal»*”, Valencia 1999.

**DE PABLO CONTRERAS, PEDRO; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS; PÉREZ ALVARES, MIGUEL ÁNGEL.; PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES**, *“Curso de Derecho Civil Vol. 1 (Derecho Privado – Derecho de la Persona)”*, Madrid 2011, 4ª Edición.

**DÍAZ ROMERO, MA. DEL ROSARIO**, *“La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”*. Diario La Ley, No. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY. 13778/2010.

**DÍEZ-PICAZO, LUIS (Presidente); MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA**, *“Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español”*. Revista Critica de Derecho Inmobiliario 731, Madrid 2012.

**FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, ANA SUYAPA**, *“Eficacia Jurídico-Registral del contrato de gestación subrogada”*, Revista Aranzadi Doctrinal 6 –octubre 2011.

**FARNÓS AMORÓS, ESTHER**, *“Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”*, Revista Para el Análisis del Derecho, Barcelona 2010.

**GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA**, *“El derecho a la reproducción humana”*, Marcial Pons, Madrid 1994.

**IGLESIAS PAIS, M**, *“Fundamentos jurídicos constitucionales y contenido de los derechos de consentimiento e información en la Ley de técnicas de reproducción”*

*asistida*”, en **CAMBRON INFANTE, A.** Reproducción asistida: promesas, normas y realidad. Trotta. Madrid. 2001.

**LAMM, ELEONORA**, “*Gestación por Sustitución – Realidad y Derecho*”, Revista Para el Análisis del Derecho, Barcelona 2012.

**LAMM, ELEONORA**, “*El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida – Programa ‘El Derecho en una sociedad globalizada’*”. Tutora: Mónica Navarro Michel, Universidad de Barcelona, Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Barcelona 2008. Disponible en web: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/11381/1/DEA%20Eleonora%20Lamm.pdf>.

**MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ** (Coordinador); **DE PABLO CONTRERAS, PEDRO;** **PÉREZ ALVARES, MIGUEL ÁNGEL**, “*Curso de Derecho Civil Vol. 4 (Derecho de Familia)*”, Editorial Colex, Madrid 2011, 3ª Edición.

**MERINO MARTÍNEZ, CATALINA**, “*El Derecho a conocer el propio Origen Biológico*”, Editorial Leyer, Bogotá D.C., Colombia [?].

**MEINKE, S.**, “*Surrogate Motherhood: Ethical and Legal Issues. National Reference Center for Bioethics Literature*”, Kennedy Institute of Ethics. Scope Note 6. Georgetown University, 2001.

**MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, LUIS FERNANDO**, “*El Registro Civil admite el alquiler de vientres*”, El Notario, Numero de revista 27, revista en línea del Colegio Notarial de Madrid 2011.

**PÉREZ MONGE, MARINA**, “*La filiación derivada de la técnicas de reproducción asistida*”; Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002.

**PÉREZ MONGE, MARINA**, “*Cuestiones Actuales de la Maternidad Subrogada en España: Regulación Versus Realidad*”, Revista de Derecho Privado, 2010.

**PÉREZ PEÑA, EFRAÍN**, “*Atención integral de la infertilidad «Aspectos básicos de la reproducción asistida»*”; McGraw-Hill – Interamericana, México D.F. 2003.

**PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER (DIRECTOR); VELA SÁNCHEZ ANTONIO J**, “*Problemas Prácticos del Convenio de Gestación por Sustitución o de Maternidad Subrogada en nuestro ordenamiento Jurídico*”; Revista de Derecho de Familia, Editorial Lex Nova, Valladolid 2011.

**PÉREZ VAQUERO, CARLOS**, “*Diez claves para conocer los vientres de alquiler*”, Noticias Jurídicas, Editorial Bosch S.A., [?] 2010.

**QUIÑONES ESCÁMEZ, ANA**, “*Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009*”, InDret 3/2009, Barcelona 2009.

**REMOHI, J.; ROMERO, J.L.; PELLICER, A; SIMON, C; NAVARRO, J.** “*Manual práctico de esterilidad y reproducción humana*”; McGraw-Hill – Interamericana, España 2001.

**RUBIO TORRANO, ENRIQUE**, “*Inscripción como hijo de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución*”, Aranzadi Civil S.A., Pamplona 2011.

**SALVADOR GUTIÉRREZ, SUSANA**, “*Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución*”, Revista virtual de Derecho de Familia, publicación de 1 de septiembre de 2012, Grupo Editorial El Derecho y Quantor S.L., Madrid, 2012.

**VELA SÁNCHEZ, ANTONIO J.**, *“La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler, Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”*, Diario La Ley, No. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY. 3302/2011.

**ZURRIARÁIN, ROBERTO GERMÁN**, *“Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado”*, Departamento de Ciencias de la Educación, Universidad de La Rioja, Cuad. Bioét. XXII, 2011/2ª.