

---

# **LA REALIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

¿Es necesaria su admisión en España?

---

Derecho Civil, Grado de Derecho



**Autor**

**Mireia Angulo Colom**

**Director**

**Xavier Cecchini Rossell**

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto analizar en profundidad la maternidad subrogada, así como sus consecuencias y realidad, a los efectos de demostrar la necesidad de una urgente regulación que dé una respuesta actualizada y útil.

Para ello, ha sido necesario estudiar la situación legal a nivel internacional y nacional de esta compleja figura; analizar la Resolución, de 18 de febrero de 2009, y la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, ambas adoptadas por la DGRN; y, finalmente, comprobar como repercute su prohibición legal en España, en base a los derechos humanos que entran en juego.

**Palabras clave:** Maternidad subrogada/ Resolución de 18 de febrero de 2009/ Instrucción de 5 de octubre de 2010/ Interés superior del menor/ Derechos Humanos/ Contrato de maternidad subrogada.

**Abstract:** The object of the present essay is the deep study of the actual legal problems that involve resorting to surrogate motherhood, along with its consequences and reality. All of that used to prove that the new realities require an urgent regulation, giving an actual and useful answer.

For this, it has been necessary to study the International legal situation as well as the national about this complex figure; analyse the Resolution of 18 February 2009, and the Instruction of 5 October 2010, both of them adopted by the DGRN; and, finally, study how impacts this legal prohibition in Spain according to the human rights.

**Key words:** Surrogate motherhood/ Resolution of 18 February 2009/ Instruction of October 2010/ The best interests of the child/ Human rights/ Surrogate motherhood contract.

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS Y SIGLAS .....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>I.- CUESTIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>7</b>
<b>1.1.- Concepto de maternidad subrogada. ....</b>	<b>7</b>
<b>1.2.- Causas. ....</b>	<b>8</b>
<b>1.3.- Modalidades.....</b>	<b>9</b>
<b>II.- LA MATERNIDAD SUBROGADA BAJO LA ÓPTICA INTERNACIONAL .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1.- Su estudio en el Derecho Comparado.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1.1.- Prohibición de la gestación por sustitución.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1.2.- Admisión bajo ciertos requisitos y condiciones. ....</b>	<b>12</b>
<b>2.1.3.- Admisión amplia.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.- El turismo reproductivo.....</b>	<b>15</b>
<b>III.- LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL ....</b>	<b>17</b>
<b>3.1.- Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009.....</b>	<b>20</b>
<b>3.1.1.- El precepto 15 LRC de 1957, la inscripción de nacimiento en el RC español y el problema del <i>circulus inextricabilis</i>.....</b>	<b>25</b>
<b>3.1.2.- El artículo 81 RRC.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1.3.- La cuestión del fraude de ley y del <i>Forum Shopping</i>.....</b>	<b>28</b>
<b>3.2.- Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.....</b>	<b>30</b>
<b>IV.- ¿LA PROHIBICIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA SUPONE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS? .....</b>	<b>34</b>
<b>V.- PROPUESTA DE LEGE FERENDA .....</b>	<b>37</b>
<b>5.1.- El contrato de maternidad subrogada.....</b>	<b>38</b>
<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>45</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.....</b>	<b>47</b>

**ABREVIATURAS Y SIGLAS**

Art.: Artículo.

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil español.

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.

CE: Constitución Española.

CP: Código Penal.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.

EE.UU: Estados Unidos.

JPI: Juzgado de Primera Instancia.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LRC: Ley del Registro Civil.

LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana y Asistida.

RAE: Real Academia de la Lengua Española.

RRC: Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

RC: Registro Civil.

## INTRODUCCIÓN

Hasta hace relativamente poco tiempo, una persona para poder ser madre o padre, debía gestar un hijo mediante una relación íntima e interpersonal, o bien, recurrir a la adopción en el supuesto de no poder concebirlo. En la actualidad, gracias a los avances científicos y a la progresiva irrupción de una sociedad tecnológica, existe una variada gama de posibilidades que sustituyen el contexto tradicional; es un hecho obvio que las técnicas de reproducción asistida son el fiel reflejo de una sociedad avanzada en la tecnología, ciencia y en la medicina.

La aparición de estas nuevas tecnologías reproductivas han propiciado, en los últimos años, el recurso de las mismas, en base a los denominados derechos sexuales y reproductivos. Así, en este sentido, se reclama un moderno y revolucionario procedimiento denominado maternidad subrogada, o lo que es lo mismo, la posibilidad de llevar a cabo la gestación de un hijo propio o ajeno en el útero de otra mujer, que rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del Derecho Romano, *mater semper certa est*.

Es de la maternidad subrogada, o también conocido como vientre en alquiler, y de su actual regulación sobre la que se desarrolla el presente trabajo. Ello se debe a que es un tema que suscita, ya no tan sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional, un sinnúmero de polémicas, y un gran debate sobre su legalidad en cuanto a la entrada en juego de diferentes derechos humanos y, principalmente, los del niño.

Actualmente, existen países cuya legislación permite la práctica de la maternidad subrogada, como es el caso de alguno de los Estados de los Estados Unidos. Frente a ello, los sistemas jurídicos de Europa Occidental, que consideran que la filiación por sustitución trata de un contrato inmoral y, que de celebrarse, sería nulo de pleno derecho, por no ser las personas objeto de comercio.

En el caso de España nos encontramos con la ambigüedad que resulta de la prohibición que se contempla en la ley española y la admisión de sistemas de

convalidación de sus efectos una vez realizada la maternidad subrogada en algún país donde sí las personas pueden acudir a esta práctica. Con ello, me refiero a que la gestación por sustitución, viene siendo considerada una práctica ilegal, prohibida en el precepto 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. No obstante, ha sido necesaria dictar la Resolución, de 18 de febrero de 2009, y una posterior Instrucción, de 5 de octubre de 2010 —ambas dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado—, para admitir la inscripción registral de la filiación obtenida mediante dicha técnica fuera de España, en países cuyos ordenamientos jurídicos viene reconocida como lícita, con la finalidad de amparar el interés del menor y proteger sus derechos.

Por todo ello, a lo largo de este trabajo, además de precisar el concepto de maternidad subrogada y estudiar su regulación tanto en ámbito nacional como internacional, se abordará la problemática que comporta que el legislador español sólo dé una solución parcial a esta cuestión, no siendo capaz de continuar regulando esta técnica que cada vez va teniendo más acogida en nuestra sociedad.

## I.- CUESTIONES PRELIMINARES

### 1.1.- Concepto de maternidad subrogada.

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

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

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

Significativamente, los Tribunales españoles también se han atrevido a formular una definición del convenio de maternidad por subrogación, señalando que “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente

---

<sup>1</sup> BAYARRI MARTÍ, M. L., “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, Noticias Jurídicas, 2015.

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

en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos<sup>3</sup>.

Con todo ello, se puede concluir, que esta técnica, también conocida como gestación por sustitución, vientre de alquiler, filiación por sustitución, gestación por contrato o maternidad disociada, entre otras, es el compromiso de una mujer, manifestado en un acuerdo o pacto, que lleva implantado en su cuerpo un embrión hasta su nacimiento, en entregar el niño o los niños que pudieran nacer a otra mujer, hombre o a una pareja, ya sea matrimonial o de hecho, heterosexual u homosexual.

### **1.2.- Causas.**

Recurrir a la técnica de la maternidad subrogada puede deberse a varias razones, pero no todas ellas tienen la misma aceptación social; la controversia fluctúa desde la objeción moral a la valoración positiva.

Hoy en día, una de las causas que lleva a recurrir a la gestación por sustitución es el problema de infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer sola o en pareja, que se debe por la aparición de enfermedades por las que el embarazo puede suponer un peligro grave para la mujer o para la vida del bebé, a la ausencia uterina, a la edad o a una causa genética.

Otra de estas varias razones es cuando la mujer no tiene el deseo de ser madre para no transmitirle a su hijo una enfermedad genética; o bien, cuando existe deseo de ser padre de los hombres solos o de aquellas parejas homosexuales de hombres, sin dejar de lado que tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se

---

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



modificó el Código Civil español en materia de derechos a contraer matrimonio<sup>4</sup>, éstos pueden constituir un matrimonio y gozan del derecho a la paternidad.

### 1.3.- Modalidades.

La maternidad subrogada, para ser entendida en toda su dimensión, debe de tratarse desde todas las posibilidades que ofrece en el momento de combinar el material genético aportado; por ello, procedemos a explicar, de un modo más concreto, cada modalidad:

I.- En el supuesto de una pareja heterosexual contratante, ésta aporta el material genético en su totalidad, es decir, óvulo y espermatozoide, y la madre gestante recibe el embrión en su útero con el fin de gestarlo y llevar a cabo su nacimiento. Por tanto, es una madre gestante pero no biológica. Se considera la modalidad que menos complicaciones presenta puesto que se produce la denominada fecundación *in vitro* homologada.

II.- Una segunda modalidad es cuando la mujer interesada en recurrir a esta práctica aporta su óvulo fecundado por otra persona ajena a su pareja, y éste es introducido en la pared uterina de la madre gestante, que accede a engendrarlo y, posteriormente, a entregar el hijo cuando nazca.

III.- La madre gestante también puede ser biológica del bebé, cuando únicamente se aporta el elemento masculino —esperma de uno de los miembros de la pareja que contrata o de una tercera persona—.

IV.- Otra forma es que el material genético aportado sea de personas ajenas al individuo soltero o a la pareja, ya sea matrimonial o de hecho, heterosexual u homosexual, y la madre gestante únicamente cede su útero.

---

<sup>4</sup> De modo que el actual precepto 44.2º CC dispone: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

## II.- LA MATERNIDAD SUBROGADA BAJO LA ÓPTICA INTERNACIONAL

### 2.1.- Su estudio en el Derecho Comparado.

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

A continuación, se analizarán, sin ánimo de exhaustividad, determinados países para poder tener buena idea de qué tratamiento recibe esta práctica en sus respectivas legislaciones internas.

#### 2.1.1.- Prohibición de la gestación por sustitución.

Bajo la óptica del Derecho Comparado, dentro de nuestro continente, observamos que la gran mayoría de los países prohíben la maternidad subrogada y contemplan la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución. Tal es el caso de Alemania donde su práctica, incluso, tiene consecuencias en el orden penal —siendo sancionada con una pena de libertad de hasta tres años o con una multa<sup>5</sup>—.

En cuanto su la jurisprudencia, se han considerado nulos este tipo de contratos por ser contrarios al orden público. En este caso, se puede observar que, entre los años 1985 y 1986, llegaron a juicio tres supuestos que versaban en disputas por dinero en conexión con los contratos de gestación por sustitución, y los Tribunales alemanes, tomaron una postura en contra a esta práctica de forma unánime.

---

<sup>5</sup> La ley alemana para la Protección de los embriones o la *Embryonenschutzgesetz* 745/90, de 13 de diciembre de 1990 prohíbe la práctica de la maternidad subrogada en su sección β 7 I Nr. 7.

En Francia, la gestación por sustitución está prohibida por el precepto 16-7 *Code Civil* ya que dispone que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”. Asimismo, el *Comité Consultatif d’Ethique* de Francia<sup>6</sup> se ha pronunciado en diversas ocasiones en cuanto a la maternidad subrogada; en su Opinión núm. 3, de 23 de octubre de 1984, se manifestó de manera contraria a esta técnica de reproducción asistida al considerar que ésta puede servir a intereses comerciales y conllevar la explotación material y psicológica de las mujeres gestantes. Esta misma postura negativa se contempla en la Opinión núm. 90, de fecha 24 de noviembre del año 2005 y, en la núm. 110, de mayo de 2010, donde en ésta última se declara que los vientres de alquiler son contrarios a la dignidad humana y pueden ocasionar graves secuelas de carácter emocional a los nacidos.

La *Cour de Cassation* francesa consagró como doctrina, al conocer el asunto del matrimonio *Mennesson*, la afirmación solemne de que, de acuerdo con la legislación francesa en vigor, los acuerdos de maternidad subrogada vulneran uno de los principios fundamentales del Derecho francés: el estado civil es inalienable. Así pues, no se pueden establecer excepciones a la ley de la paternidad mediante un mero contrato<sup>7</sup>.

En el caso de Italia, no existe duda que también está prohibida la gestación por sustitución. En el artículo 34.1 de la Proposición Ministerial, de 22 de noviembre de 1985, se prohíbe todo pacto o acuerdo por el cual se insemine a una mujer utilizando su propio óvulo para llevar a cabo un embarazo, y posteriormente ceder

---

<sup>6</sup> El *Comité Consultatif d’Ethique* es un órgano consultivo francés que se encarga de dar opiniones respecto problemas éticos y cuestiones formuladas por la sociedad en temas de biología, medicina y de salud.

<sup>7</sup> Sentencia de la *Cour de Cassation* nº 370, de 6 de abril de 2001, cuyo texto íntegro puede consultarse en la página web del propio Tribunal Supremo Francés [www.courdecassation.fr/](http://www.courdecassation.fr/). En cuanto a los antecedentes del asunto, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, en *INDRET* 3/2009. Barcelona 2009, pág. 9-11.

al hijo nacido a otra pareja, aunque sea a título gratuito. Asimismo, en su párrafo segundo impide ejercer la modalidad que implica la aportación del material genético por parte de la pareja contratante a la madre gestante, siendo así que lo que se transfiere es un embrión constituido por fecundación in vitro con gametos de estas dos personas.

Otro de los puntos referenciales, que podemos tomar para evaluar en qué punto se encuentra la legislación italiana, es el art. 4.3 de la Ley núm. 40, de 19 de febrero de 2004, que prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo.

### **2.1.2.- Admisión bajo ciertos requisitos y condiciones.**

Sin salirnos del territorio europeo, encontramos países que admiten la maternidad subrogada, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones; tal es el caso del Reino Unido. En el año 1985, se aprobó la *Surrogacy Arrangements Act*<sup>8</sup>, cuya aplicación también recaía en Irlanda del Norte. Esta normativa prohíbe iniciar o colaborar en negociaciones con el objetivo de celebrar un acuerdo de gestación por sustitución; ofertar la realización de dichos pactos; y recopilar todo tipo de información con la intención de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de maternidad de subrogación. Así pues, la ley británica sanciona la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad fuere la realización de acuerdos relativos a la gestación por sustitución, pero mantiene una actitud permisiva con respecto a esta técnica, siempre y cuando, sea gratuita o sin precio y sin intermediarios, considerando que de este modo no puede reputarse ilegal. En este sentido, cabe añadir, que el Reino Unido también admite la maternidad subrogada a título benévolo<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> *Surrogacy Arrangements Act 1985*, disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>.

<sup>9</sup> Se viene admitiendo el pago de los “*gastos razonables*” a la mujer gestante, que se deriven del embarazo puesto que se entiende que esa prestación no priva al negocio jurídico de su carácter gratuito.

La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere —pasado un período de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante— a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales<sup>10</sup>, sucediéndose así, dos actas o dos certificados de nacimiento.

La *Surrogacy Arrangements Act* fue modificada por la Acta de Fertilización y Embriología Humana de 2008<sup>11</sup>, por la cual, concretamente en su precepto 42, se permite establecer la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo<sup>12</sup>.

En Grecia, la maternidad subrogada se encuentra regulada por ley 3089/2002 y la ley 3305/2005. De acuerdo con esta normativa, sólo se permite después de una resolución judicial que autorice la transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su correspondiente embarazo, siempre que, previamente, exista acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre la mujer gestante y las personas que desean tener un niño. Para otorgar dicha autorización, el Tribunal valorará si se presentan las siguientes circunstancias: a) la madre que desea tener un hijo debe probar que es médicamente incapaz de concebir un hijo y no debe exceder la edad de los cincuenta años; b) la madre gestante debe probar ante el Tribunal que goza de un estado de salud correcto y es apta para gestar; c) ambas partes deben presentar ante la autoridad judicial su acuerdo por escrito<sup>13</sup>; d) si la mujer gestante está casada, su esposo debe dar consentimiento por escrito; e) los óvulos

---

<sup>10</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, cit., p. 32.

<sup>11</sup> *Human Fertilization and Embryology Act 2008*, disponible en <http://www.hfea.gov.uk/501.html>.

<sup>12</sup> LAMM, E., “Gestación por sustitución”, en *Revista para el análisis del derecho, INDRET*, Barcelona 2012, p. 19.

<sup>13</sup> El acuerdo celebrado por las partes podría permitir la compensación de los gastos; el pago de los servicios o cualquier otro beneficio de carácter económico está prohibido.

fertilizados no deben corresponder a la gestante; f) y, finalmente, las partes deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes.

Conforme a la legislación mencionada, los padres comitentes se convierten en legales inmediatamente después del nacimiento. No obstante, dentro de los seis meses posteriores, cualquiera de las partes, pueden impugnar la maternidad legal si prueban que se trataba de una subrogación donde la mujer gestante aportó sus propios óvulos; en tal caso, ésta última se convertiría en madre legal, con efecto retroactivo, al día de nacimiento.

### **2.1.3.- Admisión amplia.**

El caso de Ucrania es una excepción a la regla general que siguen la gran mayoría de países de Europa dado que la maternidad subrogada es una práctica absolutamente legal. Así, lo viene admitiendo el artículo 51.4 del Código de Familia<sup>14</sup>, que establece que 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 gestic, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido”; y, la Orden nº 24, de 4 de febrero de 1997, del Ministerio de Salud que regula el aspecto médico de esta cuestión. Más concretamente, en el precepto 123.2 del Código, se dispone que, en el supuesto de que el embrión generado por los cónyuges, es transferido a otra mujer, la pareja serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución. Así, en Ucrania se admite la práctica de esta técnica previéndose que en el certificado de nacimiento constarán los nombres de los comitentes, siempre y cuando, exista consentimiento por parte de la madre gestante.

Finalmente, en este estudio de Derecho Comparado es sustancial analizar la realidad de la maternidad subrogada en los Estados Unidos. Como es de saber, es un país federal, donde cada uno de sus Estados tiene su propio Gobierno y disponen de competencia para legislar sobre derecho de familia; así pues, un

---

<sup>14</sup> El *Family Code of Ukraine* entró en vigor el 1 de enero de 2004.

contrato de gestación por sustitución será válido dependiendo del estado en el que te encuentres.

Los Estados cuyas legislaciones vienen admitiendo la práctica de esta técnica, que son la gran mayoría, permiten celebrar contratos y solicitar que en el certificado de nacimiento sean nombrados como padres biológicos los comitentes, y de este modo, la mujer gestante carece de cualquier derecho sobre el niño nacido. Cabe añadir, que dentro de este grupo, hay Estados como Wisconsin o el Distrito de Columbia, que sólo aceptan específicamente la subrogación gratuita. En contraposición, por lo menos una docena de Estados, como New Jersey y Pennsylvania, están de acuerdo con los contratos de gestación por sustitución tanto onerosos como gratuitos<sup>15</sup>. Se podría afirmar, que los fundamentos jurídicos que respaldan la admisión de su práctica serían los derechos de privacidad y de procreación consagrados en la Carta Magna del norte de América<sup>16</sup>.

Como ya se ha mencionado anteriormente, también hay Estados en los Estados Unidos que consideran nulos este tipo de contratos sea cual sea su carácter. Es el caso de Indiana, Nebraska, entre otros pocos.

## **2.2.- El turismo reproductivo.**

Como consecuencia de la diversidad de respuestas jurídicas relativas a la maternidad subrogada, en estas últimas décadas, se ha producido un nuevo fenómeno conocido como turismo reproductivo, procreativo o de fertilidad. Éste, en términos generales, puede definirse como el desplazamiento de una persona o

---

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

<sup>16</sup> El derecho a la privacidad es entendido como aquél que una persona posee para llevar a cabo sus decisiones en el núcleo familiar, sin intervencionismo del estado, exceptuando, si se demuestra que hay un interés superior social o público que lo impida.

de una pareja desde su Estado de origen a otro, para poder recurrir a las Técnicas de Reproducción Asistida.

De forma más concreta, según la especialista en Reproducción Humana Asistida, RODRIGO. A., el turismo reproductivo debe de entenderse como el fenómeno que se identifica “cuando una pareja tiene problemas de fertilidad y el tratamiento de reproducción asistida que permite solucionar su problema no está legalmente aceptado en su país, viajan a otro destino en busca del tan deseado embarazo” .

Se afirma que este tipo de turismo es sólo una opción para la personas que pueden económicamente permitírselo, dado que tiene un alto coste. Además, se considera preocupante, debido a que es imposible un control exhaustivo en la calidad y seguridad de los servicios ofertados que pueden aumentar el riesgo de explotación de mujeres que viven en países en vías de desarrollo; del mismo modo, el turismo procreativo deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio. Los términos *Baby business*<sup>17</sup> o industria reproductiva también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio<sup>18</sup>.

A ello, es conveniente añadir los problemas que se suscitan cuando los padres comitentes deciden llevar al niño nacido a su Estado de origen; complicaciones como el reconocimiento de la resolución extranjera concerniente a la filiación legal del menor o la inscripción del certificado de nacimiento extranjero en el Registro Civil correspondiente.

Ante esta situación, existen posturas que creen que las leyes deberían de reforzarse, determinando así la ilegalidad de este tipo de turismo; otras, consideran que es un supuesto perfecto para armonizar la legislación existente con el propósito de facilitar que la gente pueda satisfacer su deseo de tener un hijo en

---

<sup>17</sup> Su traducción es: negocio de bebés.

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



un lugar donde sea posible y, posteriormente, vuelva a su Estado de residencia careciendo de cualquier dificultad; por último, existen posturas que valoran el turismo reproductivo como una garantía de equidad y autonomía para los futuros padres<sup>19</sup>.

Asimismo, ante estas dificultades, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, en abril de 2012, elaboró un Informe sobre los problemas que conllevan los contratos de gestación por sustitución de carácter internacional. Es de especial interés su propuesta de adoptar un convenio específico que permita fijar un marco de cooperación entre autoridades —parecido al que establece el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional—, que favorezca reconocer las filiaciones válidamente determinadas en un país que admita la maternidad subrogada, en otro país cuyo marco normativo prohíba dicha técnica<sup>20</sup>.

### **III.- LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL**

Antes de entrar a valorar la normativa específica, y entendiendo que la maternidad subrogada se canaliza mediante una relación de carácter contractual, es de tener en cuenta la regulación general de los contratos en la legislación española.

El Código Civil, en sus preceptos 1271 a 1273, dispone que el objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable. Pues no surgen cuestiones relevantes a lo concerniente a su determinabilidad, pero en cuanto a su licitud y posibilidad no se puede afirmar lo mismo, dado que el derecho a la dignidad

---

<sup>19</sup> FARNÓS AMORÓS, E., “European Society of Human Reproduction and Embryology 26<sup>th</sup> Annual Meeting”, en *INDRET* 3/2010, p.9.

<sup>20</sup> VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, p.926.

humana, consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución Española<sup>21</sup>, resulta difícilmente respetado si entendemos posible que el ser humano, en concreto el niño nacido mediante gestación por sustitución, pueda ser objeto de una transacción contractual económica. Por ello, sería cuestionable que se tratase de un contrato lícito con este objeto a la luz de la legislación civil española.

Asimismo, se esgrimen argumentos que consideran la maternidad subrogada como una práctica inmoral y contraria al orden público, y que por tanto, una relación contractual de este tipo no cumple con las exigencias del art. 1255 CC<sup>22</sup>.

Echando la vista atrás, en España, las técnicas de reproducción asistida fueron contenidas por primera vez en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, —siendo una de las legislaciones sobre esta materia más primitivas desarrolladas en nuestro entorno cultural y geográfico<sup>23</sup>— cuyo objetivo primordial fue la admisión de las técnicas de reproducción humana que permitían superar una posible esterilidad en la pareja. Dicha ley, fue reformada por la ley 45/2003, de 21 de noviembre, que comprendía novedades, especialmente, relativas al campo de la investigación, pero no era la reforma que buscaba la ciencia y, consecuentemente, fue objeto de sustanciales críticas. De ello, surgió la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que derogó la normativa anterior y en su contenido se preveía el actual régimen jurídico en materia de reproducción asistida en España.

---

<sup>21</sup> Art. 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

<sup>22</sup> Art. 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

<sup>23</sup> LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., y OCHOA MARIETA, C., *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo*. Editorial Dykinson, 2007, p. 15.

El precepto 10 LRHA señala que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” y que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Así, nos encontramos con otro fundamento jurídico que establece la nulidad de pleno derecho del contrato mediante el cual una persona contrata la gestación ajena.

Pero no sólo se prevé la nulidad de un contrato de maternidad subrogada. No debemos olvidar, que quién recurre a la maternidad subrogada tiene sus oportunas sanciones; pues, el artículo 220.2 del Código Penal<sup>24</sup> castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años a la persona que ocultare o entregare a terceros un hijo con el propósito de alterar o modificar su filiación. Además, el precepto 221 CP dispone que cuando medie “compensación económica”, se castigará a quien entregue el bebé y a quien lo reciba, y a aquella persona, tanto física o jurídica, que haga de intermediadora, “con las penas de uno hasta cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”.

En definitiva, los fundamentos legales de la prohibición de la maternidad subrogada en España se encuentra en el CC, la LRHA y en CP. Como introducíamos, la CE también sería fundamento jurídico, si entendemos que el menor nacido es tratado como objeto de comercio con la celebración de un contrato económico.

Consecuentemente, debido al carácter ilegal de la gestación por sustitución en España, son cada vez más las personas, ya solas o en pareja, heterosexuales como homosexuales<sup>25</sup>, que para satisfacer su deseo de ser padres, deciden viajar a otro

---

<sup>24</sup> Art. 220.2 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”.

<sup>25</sup> Incluso famosos del mundo de la televisión, como Miguel Bosé o Tamara Gorro, han optado por la maternidad subrogada, haciendo público tal hecho por su deseo de ser padres.

país dónde se regula dicha técnica como lícita<sup>26</sup>; se aprecia pues, que el turismo reproductivo es más común en nuestra sociedad actual.

Pues bien, hasta ahí todo se hace al margen de la ley y sin suscitarse problema alguno, pero las complicaciones surgen en el momento de reconocer la filiación de los menores nacidos en el Estado español y de inscribirlos en el Registro Civil; más concretamente, el niño nacido es residente en un país donde no se reconoce a sus padres a efectos legales, lo cual perturba su derecho a la filiación, a adquirir una nacionalidad y, sobretodo, al derecho del niño a la identidad.

### **3.1.- Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009.**

Para abordar el tema de la maternidad subrogada en España, es de rigor reflejar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009, ya que constituye una decisión pionera relativa a este sensible y complicado tema.

La DGRN abordó el conocido caso el Valenciano<sup>27</sup>; dos ciudadanos españoles, varones y casados en Valencia, acudieron a EE.UU, concretamente a California<sup>28</sup>, para contratar a una madre gestante que fue inseminada con el semen de ambos

---

<sup>26</sup> Ucrania y Estados Unidos son algunos de los destinos más demandados.

<sup>27</sup> BEORLEGUI LOPERENA, A., “La maternidad subrogada en España”, en *Académica-e, repositorio institucional de la Universidad Pública de Navarra*. Trabajo Fin de Máster de Acceso a la Abogacía, Febrero 2014, p.22.

<sup>28</sup> En California los contratos de gestación por sustitución no se contemplan expresamente en la Ley. No obstante, la jurisprudencia de su órgano judicial supremo es la que vela por los intereses de los padres comitentes sobre los de la mujer gestante, dado que ésta no podrá revocar dicho negocio jurídico previamente firmado.

y con óvulos donados por otra mujer<sup>29</sup>. La mujer subrogada dio a luz a dos niños que en el Registro civil californiano constataban como hijos por naturaleza, y no adoptados, de la pareja española. No obstante, el encargado del Registro Civil Consular español de Los Ángeles<sup>30</sup>, en su Auto de 10 de noviembre de 2008, rechazó la inscripción de los nacidos al estimar que la filiación por sustitución está prohibida en España; denegó lo solicitado por los interesados, invocando los preceptos 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

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

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

---

<sup>29</sup> CALVO CARAVACA, A.L., y 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, Vol. 1, nº 2. Octubre 2009, pp. 294-319.

<sup>30</sup> El encargado del Registro Civil, de acuerdo con el precepto 23 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, podrá practicar la inscripción, “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”.

Para tomar tal decisión y, consecuentemente, expedir esta resolución, la DGRN se apoyó en un conjunto de fundamentos jurídicos.

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

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

Asimismo, sostuvo que el no permitir la filiación de los niños a favor de los dos hombres resultaría discriminatorio por razón de sexo, dado que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 permite que la filiación de un hijo conste en el RC a favor de dos mujeres. A tenor literal de este último, “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

Por otra parte, la DGRN consideró que el no permitir la inscripción de esos niños en el Registro Civil español conllevaría la vulneración del precepto 3 de la

Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. En este sentido, se aludió al correcto funcionamiento de los diferentes Registros nacionales y al cumplimiento del derecho fundamental a la identidad de los menores, recogido en los artículos 7 y 8 CDN.

El hecho de que los nacidos podrían tener una determinada filiación en California, pero dicha solución resultaría ineficaz en España, de modo que los interesados deberían volver a plantear *ex novo* la inscripción de los menores en el Registro Civil español, dando lugar a otra distinta filiación, conduce, tal y como apuntó la DGRN, a la vulneración de la economía procesal; llevar a cabo una duplicidad de procedimientos elevaría los costes de litigación para los particulares y, conllevaría la transgresión de la seguridad jurídica en el contexto internacional. Ésta es imprescindible para cumplir de manera propicia dos principios: el principio de derecho de la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso equitativo.

En este sentido, cabe señalar que la DGRN reiteró que los nacidos deben tener la misma filiación tanto en California como en el Estado español y, que su identidad sea una, de modo que tales niños no cambien de padres cada vez que cruzan las fronteras.

Por todo lo expuesto anteriormente, la inscripción de los bebés, llevada a cabo por la referida Resolución de la DGRN, de fecha 18 de febrero de 2009, fue recurrida por la Fiscalía de Valencia. Dicho recurso fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, que en resolución de fecha 15 de septiembre de 2010<sup>31</sup>, revocó tal decisión mediante la aplicación del principio de jerarquía normativa que consagra la Constitución Española en su artículo 9.3; el juez señaló que primaba la aplicación del precepto 23 LRC sobre los arts. 81 y 83

---

<sup>31</sup> Sentencia núm. 193/2010, del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. [AC\2010\1707].

RRC<sup>32</sup>. Este primero obliga al registrador a efectuar un absoluto control de la certificación californiana con el propósito de que no incurra en contradicción a la legislación española. Parafraseando lo que señala esta sentencia del JPI “el encargado debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores, cuya inscripción se pretende, lo que no es ni puede serlo a efectos materiales, pues biológicamente resulta imposible”.

Asimismo, respecto a la consideración de la DGRN, de que si se permitía la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres casadas, también debería permitirse la filiación a favor de dos varones casados, la sentencia despeja cualquier tipo de duda concerniente al principio de no discriminación; el juez estimó que la nulidad de pleno derecho del contrato deviene de las consecuencias que se producen tras el alumbramiento, independientemente del sexo de las personas, distintas de la madre gestante, que pretenden ostentar la filiación del nacido, por la existencia de un contrato de gestación por sustitución<sup>33</sup>.

Por otra parte, la sentencia señala la existencia del principio de no disponibilidad del estado civil, y que éste se vulneraría en el caso que se pudieran alterar las normas que determinan el nacimiento de la relación paterno filial y la atribución de la condición jurídica de padre e hijo.

Resulta curioso que en esta sentencia se haga un guiño a la opción de que el matrimonio de varones pueda conseguir el mismo resultado que se les negó,

---

<sup>32</sup> Art. 81 RRC: “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”.

Art. 83 RRC: “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido. Las sentencias o resoluciones canónicas, para ser inscritas, requieren que su ejecución, en cuanto a efectos civiles, haya sido decretada por el Juez o Tribunal correspondiente”.

<sup>33</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. *Anuario Facultad de Derecho*, 2012, pp. 365-381.



llevando a cabo otros mecanismos que son puestos a disposición por el ordenamiento jurídico español. Parece que lo que se plantea es la posibilidad de que el varón que hubiera aportado su material genético ejercite la acción de reclamación de la paternidad de los niños recogida en el artículo 10.3 LTRHA<sup>34</sup>; y que, posteriormente, la mujer gestante renuncie a sus derechos de manera que el otro cónyuge inicie un procedimiento de adopción.

Bajo la óptica del Derecho Internacional Privado es sustancial conocer el cómo deben ser entendidos los preceptos que entran en juego, en supuestos como el tratado por la citada Resolución de la DGRN. Ello, se procede a explicar en los siguientes apartados de este epígrafe.

### **3.1.1- El precepto 15 LRC de 1957, la inscripción de nacimiento en el RC español y el problema del *circulus inextricabilis*.**

En este terreno entran en escena las líneas expresas del artículo 15 de la Ley de Registro Civil<sup>35</sup>, que ordenan que el nacimiento haya tenido lugar en España, o bien, el nacido ostente la nacionalidad española. La primera de las posibilidades no concurre puesto que los niños, como ya se ha mencionado al comentar el caso, nacieron en el Estado de California. En cuanto a la segunda, se añade al escándalo jurídico el precepto 17.1 CC, que dice así: “son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles”.

Se entiende que el precepto 15 LRC emplea el término “nacidos” para evitar el problema del llamado *circulus inextricabilis*, o también conocido como la

---

<sup>34</sup> Art. 10.3 LTRHA: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

<sup>35</sup> Cabe añadir que, el artículo 15 LRC, citado en la Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009, fue modificado posteriormente por la LRC 20/2011, de 21 de julio de 2011, que, en principio, entraba en vigor el 22 de julio de 2014. No obstante, por el Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, se prorrogó su entrada en vigencia hasta el 30 de junio de 2017.

cuestión del doble espejo; éste nace cuando la determinación de la nacionalidad del nacido se conecta a la cuestión de la filiación, y a la vez, la cuestión de la filiación se vincula a la determinación de la nacionalidad. Así es, puesto que lo exige el art. 9.4 CC, “la filiación se rige por la Ley nacional del sujeto”; es decir, para fijar la filiación es preciso conocer cuál es la nacionalidad del sujeto. Pero es que para determinar la nacionalidad del niño, es necesario conocer previamente su filiación y saber quiénes son sus progenitores.

Pues bien, el problema del doble espejo cae con la expresión “nacidos de padre o madre españoles”, que actualmente emplea el precepto 17.1 CC, dado que no es exigible que haya quedado determinada la filiación del sujeto a efectos legales respecto de un progenitor u otro de nacionalidad española. En definitiva, basta con acreditar el “hecho físico de la generación” del niño nacido<sup>36</sup>.

### **3.1.2.- El artículo 81 RRC.**

El artículo 81 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil establece expresamente que “el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”. Este precepto, tal y como sostiene CALVO CARAVACA, A. L., refleja, de modo claro, diversas ideas que constituyen su círculo hermenéutico y que se resumen en las siguientes:

I.- Si se dispone de un documento auténtico —documento público no falsificado—, original o testimoniado, expedido por autoridades extranjeras judiciales, administrativas o notariales, no es preciso, para llevar a cabo una inscripción en el RC español, instar *ex novo* dicha inscripción.

---

<sup>36</sup> CALVO CARAVACA, A.L y 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”, cit., p. 297.

II.- Este documento constituye el título para inscribir el hecho que da fe.

III.- No es suficiente con la simple presentación de dicho título para obtener la inscripción en el RC español. Sino que es necesario que este título extranjero supere un control de legalidad; superado el control, el documento extranjero tendrá fuerza en España.

IV.- El control de legalidad se puede superar de dos formas: por un lado, si resulta aplicable un instrumento legal internacional, dicho texto legal fijará el nivel, la profundidad y el procedimiento de dicho control; y, por otro, a falta de dicho instrumento, también es posible conseguir superar el control de legalidad mediante los procedimientos recogidos en normas españolas de producción interna.

V.- El precepto 81 RRC, no ofrece ningún listado determinado de los requisitos que debe cumplir el documento registral extranjero a fin de poder efectuar la inscripción en el RC español con base en el título registral extranjero. Asimismo, no revela cuál es el sistema o método que debe seguirse al respecto; se limita a indicar que el documento registral extranjero debe tener fuerza en España<sup>37</sup>.

Expuesto lo que exige el precepto 81 RRC, es sustancial destacar lo que el mismo no requiere ya que también forma parte de su círculo hermenéutico. Pues bien, este artículo, tal y como señala la Resolución de la DGRN, de 18 de febrero 2009, “no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas”. Lo que requiere el artículo 81 es que dichas certificaciones registrales superen su control de legalidad, pero dicho control no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera resuelva el caso de manera idéntica a

---

<sup>37</sup> CALVO CARAVACA, A.L y 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”, cit., p. 306.

como lo habría resuelto la autoridad registral española<sup>38</sup>. En este sentido, la citada Resolución señaló que, “exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho Internacional Privado, y que, como regla general, y en virtud del principio de exclusividad del Derecho Internacional Privado, las autoridades públicas de un Estado sólo aplican a la resolución de los casos internacionales que se les plantean, sus propias normas de Derecho Internacional Privado. En consecuencia, exigir que las autoridades registrales extranjeras hayan aplicado las normas españolas de Derecho Internacional Privado resultaría irreal e ilógico”. Es decir, dicha exigencia sería irrazonable, dado que las autoridades registrales extranjeras aplican sus propias normas de conflicto a fin de determinar la ley reguladora de la filiación de los niños nacidos en California. Asimismo, exigir una completa identidad entre la solución californiana y la solución española resultaría chauvinista, provinciano, y ridículamente imperialista<sup>39</sup>.

### **3.1.3.- La cuestión del fraude de ley y del *Forum Shopping*.**

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución, de 18 de febrero de 2009, niega la presencia de un fraude de ley, sosteniendo que los particulares no utilizaron “una norma de conflicto ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española”. Es decir, no se manipuló el punto de conexión de la norma de conflicto española, creando así una vinculación ficticia, aparente, puramente formal, entre el caso y un determinado país, cuya ley, los particulares desean ver aplicada al supuesto concreto<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Resolución de 18 de febrero 2009, FD III *in primis*.

<sup>39</sup> CALVO CARAVACA, A.L y 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”, cit., p. 306.

Existiría fraude de ley, por ejemplo, si se presentase el nacido como nacional norteamericano y con domicilio en California, provocando así, la aplicación de la ley californiana por un juez español a fin de decidir sobre la filiación del niño<sup>41</sup>. Pero, en el supuesto tratado por la DGRN, tal y como afirma CALVO CARAVACA, A. L., los particulares “no viajan a otro país para litigar allí y obtener una resolución extranjera que luego intentan introducir en España” y por ello, “no existió ninguna alteración del punto de conexión de la norma de conflicto”<sup>42</sup>.

Asimismo, la DGRN rechazó el *Bad Forum Shopping*<sup>43</sup>, señalando que, aunque se considerase que los sujetos situaron de una manera artificiosa la cuestión jurídica de la filiación de los niños en manos de las autoridades californianas, lo que debe primar es el interés superior de los menores sobre la sanción que conlleva dicho *Forum Shopping*. Se trata pues, de un interés superior que se antepone a otras consideraciones y que exige, tal y como se establece su la Resolución, la “continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores”.

---

<sup>40</sup> CALVO CARAVACA, A.L y 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”, cit., p. 316.

<sup>41</sup> De acuerdo con el art. 9.4 CC, las autoridades judiciales españolas aplican a la filiación la ley nacional del hijo.

<sup>42</sup> CALVO CARAVACA, A. L., y 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”, cit., p. 316.

<sup>43</sup> *Bad Forum Shopping* es un mecanismo para castigar, mediante su ineficacia legal, los movimientos estratégicos de conveniencia que llevan a cabo determinadas personas y que consisten en situar ante los tribunales o autoridades extranjera, un caso exclusivamente vinculado con España y cuyo resultado pretenden introducir en el orden jurídico español.

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

La Dirección General de los Registros y del Notariado no sólo a tenido la ocasión de pronunciarse en el caso anteriormente explicado; cada vez han sido más los recursos que se interponían ante la DGRN contra las resoluciones emitidas por diferentes encargados de los Registros Civiles consulares. Éstas compartían la denegación de la inscripción de nacimiento de aquellos niños nacidos en otro país distinto a España, mediante la gestación por sustitución. Ello, fue uno de los motivos por los que se dictó la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que se publicó el 7 de octubre de ese mismo año en el Boletín Oficial del Estado.

Asimismo, el deseo de dotar a los menores de plena protección jurídica, así como de velar por su interés superior y por los intereses de la madre gestante, fue el factor motivador que conllevó a que la DGRN fijase los requisitos necesarios para el acceso al RC español de aquellos niños nacidos en el extranjero por maternidad subrogada.

La Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre, recoge como primordial requisito, la presentación, ante el encargado del RC, de la correspondiente resolución judicial emitida por el Tribunal competente del país de origen; éste se fundamenta en el hecho, además de proteger los intereses indicados *ut supra*, de controlar el cumplimiento de las obligaciones de perfección y contenido del contrato de filiación por sustitución, que se exigen por el ordenamiento jurídico del país donde se ha formalizado.

En este sentido, se demuestra “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”; y, se verificará “que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico ilegal de menores, así

como la eventual previsión y posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento u otros requisitos previos en la normativa legal del país de origen”<sup>44</sup>.

Junto a este principal y esencial requisito, la Instrucción aborda otros instrumentos necesarios a fin de que la filiación acceda al RC español de los niños nacidos en el extranjero por la técnica de la maternidad subrogada, cuando al menos uno de los progenitores sea nacional español, como vía para reconocer su nacimiento a efectos registrales.

En este sentido, sostiene que la resolución que determina la filiación del niño nacido, dictada por la autoridad judicial extranjera en procedimiento jurisdiccional contencioso, debe reconocerse en el Estado español de acuerdo con los preceptos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; esto es, lo que se conoce por exequátur. Así pues, el encargado del RC español denegará la inscripción, si antes no se ha llevado a cabo el exequátur.

El artículo 954 LEC<sup>45</sup> señala lo siguiente: “las ejecutorias tendrán fuerza si reúnen las siguientes circunstancias: 1ª. Que la ejecutoria haya sido dictada en consecuencia del ejercicio de una acción personal; 2ª. Que no haya sido dictada en rebeldía; 3ª. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España; 4ª. 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”.

---

<sup>44</sup> SUYAPA FERNÁNDEZ, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación por sustitución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 parte estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. Junio 2011.

<sup>45</sup> Artículo exceptuado de la derogación por la Disposición Derogatoria Única, apartado 1.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Posteriormente, sí fue derogado por el número 1 de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

Pero, en el caso de que la resolución de carácter judicial devenga en jurisdicción voluntaria o procedimiento análogo a uno español, la inscripción de la filiación del menor no queda sometida al requerimiento del exequátur, sino al reconocimiento de dicha resolución por parte del encargado del RC. La Instrucción de la DGRN, en su Primera Directriz, apartado 3, establece que éste controlará, como requisito previo a la inscripción, si se dan las siguientes circunstancias: “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, 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”.

Por tanto, el encargado del RC español denegará la solicitud de inscripción de la filiación del niño nacido en otro país mediante la maternidad subrogada cuando no se le presente, en el mismo momento, la resolución judicial que determine la filiación, bien reconocible incidentalmente o por medio de exequátur<sup>46</sup>. En este sentido, la Instrucción de la DGRN apunta de manera expresa en su Directriz Segunda, que “en ningún caso, se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

---

<sup>46</sup> BEORLEGUI LOPERENA, A., “La maternidad subrogada en España”, cit., p. 39.



Cabe señalar, que la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil<sup>47</sup>, la cuál entrará en vigor a fecha de 30 de junio de 2017, fija un nuevo procedimiento para la inscripción de los documentos judiciales y extrajudiciales otorgados en un país extranjero; corresponde, dicha inscripción, de manera exclusiva, a la Oficina Central del Registro, que se configura, asimismo, como la autoridad encargada en materia de cooperación internacional en todas las materias que se hallasen sometidas a la Ley<sup>48</sup>.

Su precepto 95 establece que “los documentos no redactados en una de las lenguas oficiales españolas o escritos en letra antigua o poco inteligible, deberán acompañarse de traducción efectuada por órgano o funcionario competentes”, a no ser que al “Encargado del Registro le constare el contenido del documento”, que en cuyo caso se prescindirá de dichos requisitos.

En relación con las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero, el artículo 96.1 señala que éstas serán inscribibles en el RC español siempre y cuando “hayan adquirido firmeza”; y, si se trata de resoluciones de jurisdicción voluntaria, “éstas deberán ser definitivas”. De acuerdo con su apartado 2, se podrá instar la inscripción de dichas resoluciones judiciales, una vez superado el “trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; o bien, ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla una vez haya verificado que se cumplen los siguientes puntos: a) la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; b) que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento;

---

<sup>47</sup> La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, fue resultado de la exigencia de muchos juristas como CALVO CARAVACA, A. L., de una necesaria reforma de la Ley del Registro Civil de 1957, que se adaptase a la realidad social.

<sup>48</sup> VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, cit., p. 922.

d) que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”.

Finalmente, respecto de las resoluciones que carezcan de firmeza o de carácter definitivo, o que hayan seguido el proceso de homologación previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de acuerdo con el precepto 96.3 LRC, “se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40, si así se solicita expresamente”; es decir, bajo una modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrá un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción<sup>49</sup>.

#### **IV.- ¿LA PROHIBICIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA SUPONE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS?**

Analizado el panorama actual sobre la maternidad subrogada, observamos que se trata de una práctica existente, y hasta más frecuente de lo que generalmente se conoce. Su prohibición expresa por el artículo 10 de la LTRHA no impide su realización; sino, lo que se consigue es que se lleven a cabo cualquier tipo de estrategias, o subterfugios, originadoras de conflictos, y en muchos supuestos, conlleva una intrínseca vulneración de derechos.

La legislación española concerniente a la maternidad subrogada, ya desde un principio, vulneraba el deber de respeto a la identidad del menor, dejándolo en una especie de limbo, o dicho de otro modo, de incertidumbre jurídica, puesto que no se reconocía su propia identidad en el país de sus padres ni en su país de origen por el rechazo de los derechos de filiación por parte de la madre gestante; situación que comportaba la vulneración de un derecho garantizado expresamente por la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, de

---

<sup>49</sup> VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, cit., p. 923.

las Naciones Unidas<sup>50</sup>, y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Ante tal situación, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos se pronunció y defendió que “el derecho de que una técnica reproductiva determinada sea ilegal en un país de Europa no debe privar a los niños nacidos en el extranjero por esa misma técnica del reconocimiento de la filiación en el país de origen de sus padres de intención”. Y, por consiguiente, el 18 de febrero de 2009, por medio de Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado se admitió la inscripción en el Registro Civil español de unos gemelos nacidos bajo la técnica de gestación por sustitución en California, señalando que “el documento auténtico extranjero, con fuerza en España, según las leyes o los tratados internacionales, es título suficiente para inscribir el hecho”. Asimismo, como ya se ha explicado, en su Instrucción, de 5 de octubre de 2010, se dispuso que, desde entonces, se podrán inscribir los hijos nacidos mediante la maternidad subrogada, siempre y cuando, exista resolución judicial que declare la filiación.

No obstante, se siguen vulnerando derechos humanos: podemos afirmar la transgresión del derecho de igualdad que recoge en el precepto 14 de la Constitución Española<sup>51</sup> y, los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de

---

<sup>50</sup> Tal y como establece GUILLÓ JIMÉNEZ, J., la Convención plasma, entre los derechos civiles y políticos de los niños, que son los que les garantizan el que sean respetados como personas, que puedan participar en la sociedad y tomar parte en asuntos relevantes para ellos, recoge en sus artículos 7 y 8, su derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una identidad desde el momento mismo de su nacimiento, así como su derecho a preservar sus relaciones familiares (cit. VICENTE GIMÉNEZ, T y HERNÁNDEZ PEDREÑO, M. en “Los derechos de los niños, responsabilidad de todos”. Universidad de Murcia. Murcia, p. 89, 2007)

<sup>51</sup> Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Derechos Humanos<sup>52</sup>. Es una vulneración que se viene dando en tres dimensiones: por un lado, supone una afectación del derecho de igualdad de filiación de los hijos con independencia de la técnica reproductiva por la que hayan nacido; por otro, la vulneración del derecho de igualdad económica dado que las parejas que optan por someterse a la maternidad subrogada deben viajar algún destino donde dicha técnica sea aceptada, implicando un despliegue profundo de recursos económicos, al que muchas personas no pueden hacer frente; y, finalmente, la afectación del derecho a la igualdad de todas las personas, independientemente, de su orientación sexual. Vengo refiriéndome a las parejas homosexuales compuestas por dos varones que deciden ser padres mediante la maternidad subrogada ya que es la única opción de tener un hijo genéticamente propio. Por tanto, no existe igualdad de derechos reproductivos como manifestación de la libertad afectivo-sexual.

En definitiva, esta transgresión del derecho a la igualdad conlleva la discriminación de este conjunto de personas que, por su particular motivo, deciden recurrir a la maternidad subrogada.

Asimismo, la vigente regulación española de la gestación por sustitución viola, en líneas generales, el derecho a la libertad, garantizado en los preceptos 1, 2 y 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Más concretamente, por un lado, transgrede el derecho que dispone toda persona “a fundar una familia” sin ningún tipo de restricción, que viene proclamado en el precepto 16.1 del mismo texto, puesto que la prohibición expresa de recurrir a esta técnica supone una restricción de la libertad de procrear, de elegir cómo hacerlo y con quién; y, por otro, vulnera la libertad que gozan las gestantes, igual que todo ser humano, a servirse libremente de su cuerpo.

---

<sup>52</sup> Art. 1 DUDH: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Art. 7 DUDH: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, el derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Existen posturas que no aceptan la admisión de la maternidad subrogada por ser una práctica inmoral, pero posiblemente se trate de un argumento antiguo. La opinión de que la ley debe regular la conducta en conformidad a la moral fue refutada con éxito hace más de 150 años por el filósofo Jhon Stuart Mill, que introdujo el conocido principio del daño; un hito de valor incalculable en toda sociedad pluralista y liberal. Por ello, la moralidad convencional no debe comportar una limitación de la libertad de participación de las personas en actividades consensuadas cuando éstas no dañan a otros.

### **V.- PROPUESTA DE LEGE FERENDA**

Ante esta realidad, la mejor de las soluciones, la que ofrece más garantías, no es la de cruzar los brazos, ni la de prohibir, sino la de regular su admisión. Tal y como sostiene IGAREDA GONZÁLEZ, N., “el Derecho no puede obviar la realidad cada vez más creciente de parejas españolas que viajan a otros países donde la gestación por sustitución está permitida”<sup>53</sup>. Por tanto, una inminente regulación de esta técnica ayudaría a bastantes sectores de la sociedad; se crearía un marco legal que amparase y brindase seguridad jurídica al interés superior del niño nacido, que es lo fundamental, y se harían valer los principios de igualdad, libertad y no discriminación.

Como manifiesta ROUDINESCO, E., “no deberíamos temer a cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicamente asistida. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto

---

<sup>53</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La inmutabilidad del principio ‘mater semper certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, enero 2015, p. 16-17.

de pasar, y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera tener hijos”,<sup>54</sup>.

No obstante, afirmar la necesidad de admitir la maternidad subrogada tiene ciertos inconvenientes, dado que dependiendo del supuesto en el cuál nos hallemos, la permisividad de la misma puede suponer, de nuevo, la vulneración de derechos humanos. Por ello, sostengo que su regulación y admisión debe procederse con cierta cautela, con el propósito de evitar, exhaustivamente, la formación de un verdadero “mercado negro de vientres”<sup>55</sup> en el que la mujer sea un objeto usado por sujetos que desean tener un hijo a toda costa. Esta explotación, únicamente, puede prevenirse con una regulación que controle y limite la práctica de la gestación por sustitución.

### **5.1.- El contrato de maternidad subrogada**

Una buena regulación de esta técnica sería aquella que contemplase el contrato de maternidad subrogada como legal, autorizado, pero siempre y cuando, cumpla con unos requisitos<sup>56</sup>, que en líneas generales, serían los siguientes:

#### I.- Carácter del contrato

El primer requisito, teniendo en cuenta que no se puede comerciar con personas humanas ni se puede considerar a un niño como objeto de un contrato, es el carácter altruista del contrato de maternidad subrogada. De este modo, existe una

---

<sup>54</sup> ROUDINESCO, E., *La familia en desorden*. Editorial Anagrama, Barcelona, 2004.

<sup>55</sup> LAMM, E., “Gestación por sustitución”, cit., p. 31.

<sup>56</sup> Con estos requisitos se evitarían muchos problemas, aunque es imposible prever todas las complicaciones que puedan aparecer en materias tan amplias como es la filiación, y menos en un terreno tan poco legislado como este, con muchas necesidades y lagunas.

cesión gratuita del útero materno<sup>57</sup> y, consecuentemente, la gestante no recibe pago alguno, o solo los gastos derivados del embarazo.

En este sentido, reconocidos juristas como ESPINOZA, J.<sup>58</sup>, sostienen que la maternidad subrogada a título gratuito podría ser aceptada en nuestro ordenamiento jurídico, dado que de este modo si se estaría cumpliendo con una finalidad, que es la de darle una familia a aquella mujer que por circunstancias de la naturaleza no puede, ante la solidaridad de una mujer que presta su vientre para gestar un niño; pues así, no se convertiría tal situación en algo aberrante. La existencia de un fin económico en medio de ello, conllevaría a identificar el niño como mercancía, como un simple producto de consumo que debe cubrir todas exigencias del gusto de los potenciales padres; y, a la degradación de la mujer concebida como una incubadora o como una “fabrica de hacer niños”.

## II.- Formalidad del contrato

La Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, no establece nada respecto a la formalidad del contrato de gestación por sustitución celebrado en un Estado extranjero. No obstante, su Exposición de Motivos alude al “cumplimiento de los requisitos de perfección” de dicho negocio jurídico; y, el apartado 3 de su Directriz Primera, exige la “autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado”. Así pues, atendiendo a estas consideraciones expresadas y a la fuerte trascendencia jurídica que puede tener un contrato de maternidad subrogada —por entrar en juego elementales intereses—, otro requisito que debe cumplir el contrato de maternidad subrogada es la forma pública; y, preferiblemente, la escritura pública notarial, así el notario puede comprobar la capacidad de obrar de las partes, la

---

<sup>57</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La inmutabilidad del principio ‘mater sempre certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, cit., p. 11.

<sup>58</sup> ESPINOZA ESPINOZA, J. *Derecho de las personas*. Editorial GACETA JURÍDICA. Lima-Perú, 2004.

edad que se requiere y la prestación voluntaria del consentimiento<sup>59</sup>. Además, garantizará el cumplimiento de cualquiera otra exigencia legalmente establecida.

### III.- Consentimiento de la maternidad

Para no hablar de explotación, el consentimiento de la mujer gestante debe ser obtenido de forma voluntaria y libre, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación. Este requisito se basa en uno de los intereses con mayor protección del contrato de gestación por sustitución. Es por ello, que la citada Instrucción de la DGRN, en su Directriz Primera, apartado 3, d), ordena que no se haya “producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante”; y su Exposición de Motivos, argumenta, detalladamente, “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 a la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal [...] y verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores”.

En este sentido, no debemos olvidar que, el cónyuge o la pareja de hecho de la madre gestante, de conformidad con los preceptos 131 y siguientes del CC, puede reclamar la paternidad, demostrando que el niño es hijo suyo, y por consiguiente, impugnar la filiación determinada a favor de los padres comitentes. Y, es más, si se trata del cónyuge, éste gozará de la presunción de paternidad derivada del artículo 116 CC<sup>60</sup>. Por ello, sería conveniente que la pareja casada de la mujer gestante otorgue su consentimiento relativo a la inseminación de su esposa para la maternidad subrogada.

---

<sup>59</sup> VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, cit., p. 901.

<sup>60</sup> Art. 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”.



Asimismo, el consentimiento debe realizarse previamente a la inseminación artificial de la mujer gestante. En esta línea LÓPEZ PELÁEZ, P., sostiene que, “para que haya un verdadero supuesto de maternidad subrogada es necesario que el acuerdo o contrato de gestación sea previo al embarazo, que éste se desarrolle precisamente en base a este acuerdo, tenga su causa en él, y por tanto sea posterior al mismo”<sup>61</sup>.

#### IV.- Irrevocabilidad del contrato

El contrato de gestación por sustitución debe ser irrevocable desde su celebración; irrevocabilidad inicial que garantizará una cierta seguridad, evitando así, reclamaciones por gastos ocasionados y daños morales, así como complicadas acciones de reclamación de la filiación<sup>62</sup>. En este sentido, cabe señalar que el ordenamiento jurídico español prevé la irrevocabilidad en negocios de Derecho de Familia; uno de ellos es la adopción, de acuerdo con el precepto 180.1 CC<sup>63</sup>.

#### V.- Requisitos exigidos a los sujetos subrogantes

a) A lo concerniente a la mujer o mujeres interesadas, debe acreditarse, mediante certificación médica expedida por dos especialistas independientes, la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo si existiere peligro grave para su salud o la del niño. Para garantizar el cumplimiento de este presupuesto contractual, el Notario, al tiempo de formalizar el contrato de maternidad subrogada deberá requerir dicha certificación.

Por tanto, esta premisa contractual podría fundamentarse en el hecho esencial de que el contrato de maternidad subrogada sólo sería concebible legalmente como

---

<sup>61</sup> LÓPEZ PELÁEZ, P., “La filiación de los niños y niñas nacidos en virtud de contratos de gestación por sustitución en el Derecho español”, en *VVAA*, Barcelona 2009.

<sup>62</sup> BEORLEGUI LOPERENA, A., “La maternidad subrogada en España”, cit., p. 50.

<sup>63</sup> Art. 180.1 CC: “La adopción es irrevocable”.

medio para solventar problemas de infertilidad que no podrían remediarse mediante los mecanismos establecidos en la LTRHA. No obstante, no puede obviarse que, en la cruda realidad, se dan situaciones que pueden justificar la inobservancia de esta regla general. Un hombre solo o una pareja homosexual formada por varones tiene grandes obstáculos, por no decir una imposibilidad absoluta, para tener un hijo genéticamente propio por la falta del elemento femenino. Por ello, en la regulación de la maternidad subrogada debe contemplarse un apartado especial para cubrir estos casos.

c) Otro presupuesto versa sobre la edad. La persona sola o en pareja, ya sea casada o de hecho estable, deberá ser mayor de veinticinco años. Esta exigencia deviene del criterio deducido del régimen de adopción; si el legislador exige veinticinco años para adoptar<sup>64</sup>, por la trascendencia y madurez que supone e implica la paternidad o maternidad, del mismo modo debe seguirse para la realización del contrato de gestación por sustitución. En este sentido, cabe añadir, que en caso de una pareja, basta con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad.

d) Tal y como señala VELA SÁNCHEZ, A. J., “el comitente o comitentes aceptarán expresamente la eventualidad de la discapacidad psíquica o física que pueda tener el nacido”<sup>65</sup>. Más concretamente, el sujeto o sujetos subrogantes deben firmar un acta de responsabilidad mediante el cuál se comprometerán a aceptar al bebé tal y como venga. De este modo, si se detectase alguna anomalía en el feto, no se podrá obligar a abortar a la madre gestante.

---

<sup>64</sup> Art. 175.1º CC: “La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado”.

<sup>65</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares. Granada 2012, p. 84.

## VI.- Requisitos exigidos a la mujer gestante

a) Debe exigirse a la mujer gestante que tenga más de veinticinco años, aunque la LTRHA señale para acceder a las técnicas de reproducción, la edad de los dieciocho años.

b) Asimismo, debe disponer de un buen y justificado estado de salud física y psíquica. En este sentido, aplicando las mismas premisas fijadas en el artículo 6 LTRHA, debe cumplir “las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio [...] que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar” que no padece “enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia”. Ello, se certificará por dos especialistas independientes y esta certificación se le aportará al Notario autorizante del contrato de gestación por sustitución.

c) Otro presupuesto de exigencia es que la mujer gestante debe tener, por lo menos, un hijo propio. Entendemos este requisito como lógico, dado que, no resultaría apropiado celebrar un contrato de maternidad subrogada con alguien que nunca ha tenido un hijo, y que por consiguiente, es desconocedora de lo que significa gestar una futura vida humana. Con este presupuesto evitaríamos posibles incumplimientos del deber contractual, por parte de la madre gestante, de entregar el niño nacido. En este sentido, sería apropiado constatar de forma clara y precisa la responsabilidad civil por daños y perjuicios, e incluso, la responsabilidad penal en caso de secuestro o quebrantamiento del deber de custodia.

Además, este hijo propio debe tener un buen estado de salud<sup>66</sup>. Puede considerarse absurdo celebrar este tipo de contrato con alguien que ya tiene hijos

---

<sup>66</sup> Requisito que extraemos del Proyecto del Senado Francés, que se introdujo para suavizar el dolor de la madre gestante al separarse del niño al nacer; y, de la legislación ucraniana, que requiere tener “un hijo propio sano”.

propios pero que no son sanos, puesto que existiría una mayor probabilidad de que el niño, resultado de la maternidad subrogada, naciese enfermo.

d) La mujer gestante debe asumir el riesgo de las consecuencias que puede conllevar el embarazo y el parto, y comprometerse a seguir todas las instrucciones que se le sean dadas en los controles prenatales. Ahora bien, se podrá obligar al sujeto o sujetos subrogantes a realizar un contrato de seguro que cubra un posible fallecimiento o incapacidad temporal o permanente de la mujer gestante.

Cabe señalar que si el embarazo supone un peligro grave para la vida de la mujer gestante, ésta podrá interrumpir voluntariamente el embarazo. Pero si aborta sin existir esta causa, su conducta sí que debería ser penalizada civilmente, de modo que deben admitirse cláusulas en el contrato de maternidad subrogada a fin de indemnizar, principalmente, los daños morales producidos a los interesados del nacimiento.

e) Asimismo, la madre gestante debe asegurar que no fumará, no beberá alcohol, ni consumirá sustancias tóxicas, así como abstenerse de cualquier otro comportamiento que sea perjudicial para el embarazo.

Como ya señalábamos anteriormente, el contrato de maternidad subrogada debe tener carácter gratuito, por tanto, la mujer gestante no exigirá remuneración alguna para hacer frente a estas eventualidades. No obstante, el sujeto o los sujetos subrogantes podrán recompensarla, como muestra de agradecimiento, por haber llevado a cabo, de la forma más prudente, la gestación prestada graciosamente; es decir, podrán celebrar una donación remuneratoria<sup>67</sup> ante Notario, cuyo fin y causa es recompensar, a través de la liberalidad, el servicio que se les ha prestado gratuitamente.

---

<sup>67</sup> Art. 619 CC: “Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”.

## CONCLUSIÓN

Después de llevar a cabo el presente trabajo relativo a la maternidad subrogada, la cuál está prohibida en nuestro país, procedo a contestar la cuestión que le ha dado pie: ¿es necesaria su admisión en España? La respuesta es afirmativa.

Pese a tener la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009, —que supuso un pretexto para poner sobre la mesa la necesidad de modificar la legislación española concerniente a la maternidad subrogada— y la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, la cual entiendo que es un apañó regulativo, se seguiría suspendiendo un hipotético examen de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas por la vulneración de una suma de ellos.

Esta técnica es una realidad social; no hay más que acceder a un motor de búsqueda y comprobar la cantidad de bitácoras digitales que tratan sobre este tema y que nos dan a conocer que cada vez son más ciudadanos españoles los que acuden a otros países en los que la maternidad subrogada se encuentra admitida.

Por todo ello, sería inminentemente necesario reformar las normas nacionales que afectan a dicha materia para que, quiénes no quieran recurrir a esta técnica no lo hagan y quiénes sí, tengan un marco jurídico que les de certeza de sus derechos y obligaciones; y, sobretodo, adoptar una solución en ámbito internacional, para evitar situaciones tan dispares y que permita hacer valer los Derechos Humanos.

No se puede atormentar a las personas que deciden llevar a cabo la maternidad subrogada por algo que no se comparte moralmente, dado que actúan en base a los derechos que les corresponden y no perjudican a nadie. Sino, deberíamos admirar, tanto a la madre gestante, que se ofrece gratuitamente, por el hecho de hacer cumplir el deseo de otras personas a formar una familia, como a los padres que recurren a esta técnica, puesto que el niño nace en una familia que lo deseó y que no hubiera existido de no haberse procedido a la gestación por sustitución.

Finalmente, recordar que la dignidad del nacido no se ve ni puede verse vulnerada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quién no lo parió y, sobretodo, no se le causa ningún tipo de daño.

**BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES****Manuales, artículos de revistas y publicaciones:**

BAYARRI MARTÍ, M. L., “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, *Noticias Jurídicas*, 2015.

BEORLEGUI LOPERENA, A., “La maternidad subrogada en España”, en *Académica-e, repositorio institucional de la Universidad Pública de Navarra*. Trabajo Fin de Máster de Acceso a la Abogacía. Febrero 2014.

CALVO CARAVACA, A. L., y 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*. Vol. 1, nº2. Octubre 2009.

ESPINOZA ESPINOZA, J. *Derecho de las personas*. Editorial GACETA JURÍDICA. Lima-Perú, 2004.

FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la gestación por sustitución en California. Cuestiones que plantea la Resolución de DGRN, de 18 de febrero de 2009”, en *INDRET* 1/2010. Barcelona 2010.

FARNÓS AMORÓS, E., “European Society of Human Reproduction and Embriology, 26<sup>th</sup> Annual Meeting”, en *INDRET* 3/2010.

GAMBOA MONTEJANO, C., “Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado”, *Informe de la Cámara de diputados de México*, 2010. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>.

HIERRO HIERRO, F. J., “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, en *Doctrinal Aranzadi Social* 41/2012. Pamplona 2012.

IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 2014.

IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La inmutabilidad del principio ‘mater sempre certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución”, en *Universitas. Revista de Filosofía, derecho y política*, núm. 21, 2015.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, en *Anuario Facultad de Derecho*, 2012.

LAMM, E., “Gestación por sustitución” en *Revista para el análisis del derecho, INDRET*, Barcelona 2012. Disponible en la página web [www.indret.com](http://www.indret.com)

LLEDÓ YAGÜE, F., MONJE BALMASEDA, O., y OCHOA MARIETA, C., *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo*. Editorial Dykinson, 2007.

LÓPEZ PELÁEZ, P., “La filiación de los niños y niñas nacidos en virtud de contratos de gestación por sustitución en el Derecho español”, en *VVAA*. Barcelona 2009.

PERALTA ANDÍA, R., *Derecho de Familia en el Código Civil*. IDEMSA, Editorial Moreno, S.A, 2004.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, en *INDRET* 3/2009. Barcelona 2009.



ROUDINESCO, E., *La familia en desorden*. Editorial Anagrama, Barcelona, 2004.

SUYAPA FERNÁNDEZ, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación por sustitución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 parte estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. Junio 2011.

VELA SÁNCHEZ, A. J “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, en *Diario La Ley*, nº 7608, Sección Doctrina.

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

VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014.

### **Jurisprudencia:**

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

Sentencia núm. 193/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. [AC\2010\1707].