



# La problemática actual de la Maternidad Subrogada

---

**Ana Melodi Ramírez Martínez**

**Dirigido por Ramón Herrera de las Heras**

*Universidad de Almería. Grado en Derecho.  
Convocatoria de Junio de 2016.*

---

## INDICE

|   |    |
|---|----|
| 1. INTRODUCCIÓN.....  | 3  |
| 2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....  | 4  |
| 2.1. CONCEPTO.....  | 4  |
| 2.2. CLASES.....  | 6  |
| 2.2.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....   | 6  |
| 2.2.2. FECUNDACIÓN IN VITRO.....  | 7  |
| 2.2.3. TRANFERENCIA INTRATUBARICA DE GAMETOS.....   | 8  |
| 2.3. REGULACIÓN.....  | 8  |
| 3. LA MATERNIDAD SUBROGADA.....   | 10 |
| 3.1. CONCEPTO.....  | 10 |
| 3.2. CAUSAS Y MODALIDADES.....  | 14 |
| 4. LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL<br>CONTRATO DE GESTACION SUBROGADA.....  | 17 |
| 4.1. EN ESPAÑA.....   | 19 |
| 4.2. DERECHO COMPARADO COMO ALTERNATIVA EN OTROS<br>PAISES.....   | 20 |
| 5. EL TURISMO REPRODUCTIVO.....   | 27 |
| 6. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LOS CASOS DE<br>MATERNIDAD SUBROGADA.....   | 31 |
| 7. PROBLEMÁTICA ACTUAL. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL<br>ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE<br>LA MATERNIDAD SUBROGADA..... | 33 |
| 8. CONCLUSIÓN.....  | 54 |
| BIBLIOGRAFIA.....   | 56 |

## **ABREVIATURAS Y SIGLAS**

Art.: Artículo.

AP: Audiencia Provincial.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC.: Código Civil.

CE.: Constitución Española.

CP.: Código Penal.

DGRN.: Dirección General de los Registradores y del Notariado.

EEUU.: Estados Unidos.

LEC.: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LO.: Ley Orgánica.

LRC.: Ley del Registro Civil.

LTRHA.: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

MF.: Ministerio Fiscal.

RAE.: Real Academia Española.

RC.: Registro Civil.

RRC.: Reglamento del Registro Civil.

STS.: Sentencia.

TS.: Tribunal Supremo.

## **1. INTRODUCCIÓN.**

Actualmente, encontramos diferentes cambios en el ámbito científico así como en el de la medicina, y es debido a esos cambios por los que todos los tipos de familia, como pueden ser las familias monoparentales o las que están formadas por parejas homosexuales tienen la posibilidad de crear una familia. Para ello, encontramos diferentes técnicas de reproducción humana asistida que son acogidas de manera favorable en la sociedad. Sin embargo, la maternidad subrogada, a pesar de las personas que la llevan a cabo, no se encuentra reconocida como una técnica de reproducción.

Debido a todo esto, me resulta muy interesante analizar la maternidad subrogada como una Técnica de Reproducción, dicho método, aparece como un concepto desconocido al que el Derecho no da una determinada solución.

La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA), no considera la maternidad subrogada como una técnica de reproducción y en virtud de su artículo 10 (en adelante art.), dicho método se encuentra prohibido en el Ordenamiento Español. De este modo, en España los contratos en los que se convenga la gestación serán nulos de pleno derecho y por tanto, la madre biológica será siempre la que dé a luz al nacido, sin embargo, son muchas las personas que desean ser padres y como no pueden conseguirlo de manera natural por problemas de infertilidad o por querer hacerlo de manera independiente o por ser una pareja formada por dos personas del mismo sexo, han recurrido a este método viajando a otros países en los cuales la maternidad subrogada aparece es una técnica reconocida, que se lleva a cabo de manera habitual y por tanto es legal.

Este trabajo se desarrolla en dos apartados significativos, en primer lugar, llevaré a cabo un estudio sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida que se encuentran reguladas en la ley 14/2006 y en segundo lugar, me centraré en la maternidad subrogada. Este tema, se presenta como un método muy novedoso que cada vez tiene una mayor acogida por la sociedad, sin embargo, sobre esta técnica no encontramos una regulación específica que determine su denominación y sus características y por ello por lo que encontramos un vacío legal sobre el desarrollo de este método. Es debido a la cantidad de personas que lo llevan a cabo, cada vez encontramos más jurisprudencia que se pronuncia sobre esto. Es por todo esto, por lo

que llevaremos a cabo un estudio sobre los principales problemas que plantea, analizando la legislación, la doctrina y la jurisprudencia que se pronuncia sobre el tema.

El principal problema que encontramos cuando se lleva a cabo un contrato de maternidad subrogada en otro país, es la determinación de la filiación de los menores nacidos mediante este método a favor de los padres comitentes, así como su inscripción en el Registro Civil español (en adelante RC). En el presente trabajo, vamos a ver como esto ha sido regulado por la Dirección General de Registro y del Notariado, sin embargo, veremos como los Tribunales Españoles presentan una postura diferente sobre esto.

De este modo, vamos a ver como los casos de maternidad subrogada suponen una revolución en materia de reproducción asistida, así como el desafío que presenta para la determinación de la maternidad y la filiación. De esta manera veremos si se puede llevar a cabo un contrato privado en el cual una mujer se obliga a gestar por otra y si al hijo nacido por la realización de dicho contrato se le atribuye la filiación de la madre gestante y por tanto biológica, o de la madre comitente.

## **2. TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.**

### **2.1. CONCEPTO.**

Actualmente son muchas las personas que por su infertilidad no pueden crear una familia y tienen que resignarse o recurrir a la adopción para ello, en este sentido, aproximadamente *“un 12% de las parejas en edad fértil (15-49 años) son estériles”*<sup>1</sup> sin embargo, esto ha cambiado ya que muchas personas han superado su falta de capacidad para fecundar a través de las diferentes Técnicas de Reproducción Humana Asistida, a través de las cuales, podrán ser padres las mujeres y los hombres estériles ya sean en pareja o por separado, los miembros de una pareja homosexual, así como las mujeres que tengan una edad avanzada.

Por tanto, a través de este nuevo método encontramos una solución a esos problemas, es decir, con las técnicas de reproducción humana asistida lo que se pretende es encontrar soluciones para combatir la esterilidad. *“La reproducción humana puede*

---

<sup>1</sup> CASADO BLANCO, M. e IBAÑEZ BERNALDEZ, M. (2014). “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada”. Revista Española de Medicina Legal”, 40(2), pp.59-62.

*estar proyectando en las técnicas de reproducción asistida su futuro; la esterilidad puede dejar de ser el único horizonte de aplicación de estas técnicas y pasar a un segundo plano. En la manipulación o alteración del genoma humano y en las posibilidades que ofrecen estas técnicas a ciertos colectivos de individuos, que reivindican su derecho a la reproducción, podemos hallar una, tal vez, inquietante ampliación del horizonte de aplicación de estas técnicas”<sup>2</sup>.*

Son varias las definiciones que podemos encontrar sobre las técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo, solo mencionare algunas de ellas.

En primer lugar, VELARDE D’AMIL establece que *“Las técnicas de reproducción humana asistida consisten en procedimientos médicos que tienen como finalidad ayudar a concebir a las personas con problemas de infertilidad, por medio de la manipulación de las células reproductivas femeninas y masculinas”<sup>3</sup>.*

De otro lado, la especialista en reproducción humana asistida GARRIDO CASADO *“Las técnicas de reproducción asistida son una serie de tratamientos encaminados a ayudar de forma artificial a que se produzca la fecundación del ovocito por el espermatozoide y la posterior implantación del embrión y así lograr el deseado embarazo”<sup>4</sup>.*

Por tanto, estas técnicas de reproducción asistida se pueden definir como un conjunto de métodos que se utilizan para tratar todo lo relacionado con la infertilidad.

Al principio, estos tratamientos no establecían mucha posibilidad de éxito, sin embargo, a medida que pasan los años estas técnicas han sido perfeccionadas por médicos profesionales que se forman de manera específica en las técnicas de reproducción asistida, dando lugar al nacimiento de miles de niños. Actualmente, *“cada vez hay más parejas en España que recurren a la fecundación in vitro (FIV) para tener hijos, se estima que cerca del 3 por ciento de los bebés españoles nacen por técnicas de*

---

<sup>2</sup> PASCUCCI DE PONTO, E. “Algunas consideraciones en torno a las técnicas de la reproducción humana asistida” “Saberes” Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, Nº. 1, 2003.

<sup>3</sup> D’AMIL, V. (2012). Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. Revista sobre la infancia y la adolescencia, 3 (2012).

<sup>4</sup> CASADO, L. (2016). Transferencia Intratubárica de Cigotos (TIC). [online] RA – Reproducción Asistida ORG. Available at: <http://www.reproduccionasistida.org/transferencia-intratubarica-de-cigotos-tic/> [Accessed 24 Jun. 2016].

*reproducción asistida, siendo la FIV la más usada tras 30 años implantación en España y un proceso de evolución".<sup>5</sup>*

Por todo esto, es necesario determinar que las técnicas humanas de reproducción asistida suponen un derecho que actualmente está reconocido, así como un gran progreso, no solo en la medicina sino también en la sociedad. Existen diferentes técnicas para la reproducción asistida, las cuales veremos a continuación, sin embargo, alguna de estas técnicas se verán limitadas en la práctica.

## **2.2. CLASES.**

En los casos en los que una pareja ansía tener un hijo y mantienen relaciones sexuales durante un año sin protección y no lo consiguen por motivos de infertilidad de alguno de ellos, pueden asistir a una clínica en la que se realice la reproducción asistida. En estos centros se intenta conseguir que las parejas consigan un embarazo y se suelen realizar tres tipos de técnicas para ello.

En la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre reproducción asistida establece las diferentes clases que podemos encontrar, hablamos de la 1) "*Inseminación artificial*". 2) "*Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones*". 3) "*Transferencia intratubárica de gametos*". La técnica que se utiliza suele ser establecida por los médicos expertos, ya que éstos determinaran la técnica más adecuada en virtud de diferentes factores como puede ser la edad del paciente o el grado de infertilidad. A continuación, voy a analizar cada una de ellas.

### **2.2.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA).**

La Inseminación Artificial se puede definir como la introducción del semen en los órganos genitales de la mujer sin que se produzca un contacto sexual entre la mujer y el hombre para conseguir así una gestación, sin embargo, a continuación vamos a ver diferentes definiciones impartidas por distintos autores.

---

<sup>5</sup> La Nueva España, (2014). El 3% de los bebés ya nacen en España por reproducción asistida. Se estima que un 20% de las mujeres tendrán dificultades en conseguir ser madre sin la ayuda de estas técnicas. [online] Available at: <http://www.lne.es/vida-y-estilo/salud/expertos/2014/12/06/3-bebes-nacen-espana-reproduccion/1682432.html> [Accessed 13 Jun. 2016].

*“La inseminación artificial es un conjunto de técnicas que consisten en insertar esperma con un catéter en el interior del útero de una mujer. El semen se obtiene por masturbación de un varón, luego se analiza para valorar el número de espermatozoides, su movilidad y su morfología, y finalmente, se transfiere al útero de la mujer o se congela”<sup>6</sup>.*

HERRA CAMPOS determina que *“Consiste básicamente en intentar la fecundación de la mujer por cauces distintos de la relación sexual introduciendo el semen, previamente obteniendo mediante masturbación, en el interior del aparato reproductor de la mujer (frecuentemente en el cuello del útero, aunque también en el fondo de la vagina o en el mismo útero)”<sup>7</sup>.*

### **2.2.2. FECUNDACIÓN IN VIRO (FIV).**

La fecundación in vitro se puede definir como *“el conjunto de técnicas con las que se pretende sustituir la función que ejercen las trompas de las mujeres. El procedimiento consiste en conocer el preciso instante en el que la mujer está ovulando. Cuando los óvulos están casi maduros los médicos los extraen de los ovarios mediante una intervención quirúrgica. Los óvulos se mantienen en un medio de cultivo donde se incuban durante unas horas hasta que están suficientemente maduros para ser fecundados.”<sup>8</sup>*

La Fecundación In Vitro, es una de las técnicas de reproducción humana asistida más utilizada actualmente ya que posee una tasa de embarazo muy elevada, sin embargo, fue el 25 de julio del 1978 cuando se produjo el nacimiento de Luise Brown en el Reino Unido, cuya fecundación no se llevó a cabo en el aparato reproductor de la madre sino que se realizó en un laboratorio con los gametos de los padres legales de la niña.

---

<sup>6</sup> JUAN JEREZ. M. RODRIGUEZ. J.A “El cuerpo humano y las nuevas tecnologías médicas: hacia una redefinición del principio y el fin. Reis Revista española de investigaciones sociológicas, N° 68 pág. 175, 1994.

<sup>7</sup> HERRERA CAMPOS. Ramón. “Las técnicas de reproducción humana asistida” Apartado II Pag.17.

<sup>8</sup> JUAN JEREZ. M. RODRIGUEZ. J.A “El cuerpo humano y las nuevas tecnologías médicas: hacia una redefinición del principio y el fin”. Cit pág.7.



### **2.2.3. TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE GAMETOS.**

Esta técnica de reproducción asistida es muy similar a la Fecundación In Vitro, sin embargo, en la transferencia intratubárica de gametos, nos encontramos con un procedimiento natural que se lleva a cabo extrayendo los óvulos de la mujer para mezclarlos con los espermatozoides y colocándolos de forma inmediata dentro de las Trompas de Falopio. Aunque este tratamiento es similar a la Fecundación In Vitro, no se utiliza con la misma frecuencia, ya que según las estadísticas esta técnica “*representa menos del 1 por ciento de los procedimientos con técnicas de reproducción asistida*”<sup>9</sup>. De este modo, aunque hablamos de dos métodos parecidos, encontramos una gran diferencia, y es que en la fecundación in vitro la fertilización se realiza en un laboratorio y en la transferencia intraubárica de gametos se realiza en el tubo de Falopio.

### **2.3. REGULACIÓN.**

En la década de los 70 fue cuando surgieron las Técnicas de Reproducción Asistida que proporcionaron una solución para los problemas de esterilidad sufridas por las parejas que querían formar una familia y no podían. Actualmente nos encontramos en un mundo con importantes innovaciones tecnológicas y dada la necesidad de las personas, así como la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida ha sido necesario establecer en España una regulación para ello, ya que es preciso resolver los conflictos que van apareciendo en la sociedad.

En España, fue primeramente la ley 35/1988 de 28 de noviembre la que por primera vez regulaba ciertas Técnicas de Reproducción Asistida suponiendo un gran avance científico, concretamente esta ley regulaba la Inseminación Artificial o la Fecundación In Vitro, así como practicas con gametos y embriones humanos. Sin embargo, esta ley sufrió pronto una modificación debido a los avances científicos así como a la rapidez en la que se desarrollaban nuevas técnicas de reproducción humana.

De este modo, fue así como apareció la ley 45/2003 de 21 de noviembre que intentaba dar unas mejores respuestas. Con esta ley, se limitaba la producción de un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, causa que complicaba la

---

<sup>9</sup> Transferencia intratubárica de gametos (TIG). (2016) [online] BabyCenter. Available at: <http://espanol.babycenter.com/a3200115/transferencia-intratub%C3%A1rica-de-gametos-tig#ixzz49gWioSwe> [Accessed 23 Jun. 2016].

realización de las técnicas de reproducción. Fue por tanto, por lo que la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida no estaba de acuerdo con esta reforma e insistió para que dicha ley fuese modificada para corregir todas las deficiencias que incluía. Como consecuencia de esto, dicha ley fue modificada por la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida que introduce novedades importantes.

Dicha ley en su exposición de motivos II en párrafo primero establece que: *“define claramente, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación, el concepto de preembrión, entendiendo por tal al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.”*

La nueva ley posee un criterio amplio a la hora de determinar las Técnicas que pueden ser practicadas debido a que la ley 35/1988 solo mencionaba en una lista concreta las técnicas que se aplicaban en ese momento. Y también es necesario mencionar que la nueva redacción de la ley corrige los problemas que establecían las leyes anteriores como se establece en su exposición de motivos II en su párrafo noveno que *“la Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente, en cuanto a sus destinos posibles, siempre supeditados a la voluntad de los progenitores y, en el caso de la investigación, a condiciones estrictas de autorización, seguimiento y control por parte de las autoridades sanitarias correspondientes. Con ello, al igual que ocurre en otros países, se desarrollan instrumentos adecuados para garantizar la demandada protección del preembrión. Se eliminan los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso.”*

Una vez dicho todo lo anterior, es necesario mencionar el objeto y el ámbito de aplicación de la ley 14/2006 sobre TRHA. Esto lo encontramos en el artículo 1 concretamente en sus dos primeros apartados que citan textualmente que

*“1. Esta Ley tiene por objeto:*

a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.

b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.

c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.”

### **3. LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

#### **3.1. CONCEPTO.**

Los avances científicos y tecnológicos que se presentan tanto en el ámbito de la genética como en el biológico han producido un gran impacto en los aspectos de la sociedad y es por ello que los humanos ya no vivimos como lo hacíamos años atrás. En el campo de la medicina, encontramos importantes avances ya sea en vacunas así como en curas para enfermedades, entre otros. Sin embargo también se encuentran determinadas soluciones médicas para la infertilidad tanto de las mujeres como de los hombres y es por ello, que el legislador se ha visto obligado a tomar ciertas soluciones jurídicas. De este modo, una de las cuestiones que necesita de solución es la maternidad subrogada ya que ha originado un gran debate en el ámbito jurídico, social y ético.

Lo primero que se puede plantear en relación al tema que estamos conociendo es como se puede denominar a la realización de esta práctica. “La doctrina ha utilizado diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: «maternidad subrogada», «gestación de sustitución», «alquiler de útero» o «maternidad

*portadora*”<sup>10</sup>. Independientemente del término que se utilice, se pueden considerar como sinónimos que se introducen de manera avanzada un la sociedad y que están adquiriendo una gran importancia social y jurídica.

Sin embargo, hay que decir que son muchos los autores que se han declinado por el término “maternidad subrogada”. Por otro lado, también es necesario mencionar la denominación que determina VELA SÁNCHEZ que contempla la posibilidad de denominarlo de manera diferente, este autor establece que “*creo que debe consagrarse la expresión gestación por encargo. Esta locución, además de eliminar otras ciertamente malintencionadas como madres de alquiler, alquiler o arriendo de vientre o de útero, etc. tiene la virtud de abordar mejor el tema, pues no sólo las mujeres optan por este instrumento contractual para ser madres en cuyo caso sí convendría el término maternidad subrogada o gestación por sustitución, sino también los hombres, solos o en pareja homosexual, por lo que, repito, los autores deberíamos decantarnos por el término propuesto de gestación por encargo, más completo y más significativo en esta materia*”<sup>11</sup>. Sin embargo, en el tema de la denominación siempre vamos a encontrar grandes diferencias doctrinales, es por ello que la Comisión especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial (Comisión Palacios), así como el art. 10 LTRHA denominan esta técnica como “*gestación por sustitución*”.

De este modo, una vez que nos hemos pronunciado sobre el tema de la denominación, es necesario determinar lo que podemos entender por maternidad subrogada o gestación por sustitución.

En primer lugar, si analizamos los conceptos por separado la Real Academia Española establece que “*maternidad proviene de materno y significa «estado o cualidad de madre», y subrogar implica sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Por tanto, y en referencia a la maternidad subrogada, y según la definición del informe Warnock, en 1984, consiste en la situación en la que*

---

<sup>10</sup> SOUTO GALVÁN, B. (2005). Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, núm. 1, p. 276.

<sup>11</sup> VELA SÁNCHEZ, A. (2013). La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho (Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia). Diario la Ley, núm. 8055, Sección Doctrina, 4 de Abril de 2013, Año XXXIV, Ref. D-122, Editorial LA LEY.

*una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.”*<sup>12</sup>.

Esta técnica dio lugar en los años 80, cuando a través de los avances de la medicina en temas de reproducción se estableció la posibilidad de extraer los gametos femeninos, dando lugar a la donación de óvulos así como a la maternidad subrogada. De este modo, fue en 1976 cuando se produjo por primera vez un acuerdo de maternidad subrogada, dicho acuerdo fue llevado a cabo por el abogado Noel Keane, que fundó en Michigan la “Surrogate Family Service Inc” a través de la cual ayudaba a las parejas que no podían concebir y gestionaba los trámites jurídicos necesarios para llevar a cabo la maternidad subrogada. *“Esta iniciativa contribuyó a divulgar una imagen solidaria de la maternidad por subrogación. Sin embargo, esta visión inicial se ha ido difuminando, siendo sustituida por otra perspectiva, en la que concurren otro tipo de finalidades menos altruistas. Progresivamente se pasó a una segunda etapa en la que se comenzó a admitir, e incluso justificar, que la maternidad subrogada conllevara asociada una transacción económica. De esa forma, y de forma coloquial, se empezó a hacer referencia a los «vientres de alquiler”*<sup>13</sup>.

Sin embargo, la maternidad subrogada o gestación por sustitución es un tema complicado y abstracto que ha dado lugar al estudio de diferentes juristas. Es por ello, que podemos encontrar diferentes definiciones sobre esta cuestión. A continuación, vamos a ver algunas de ellas.

En primer lugar, JIMÉNEZ MUÑOZ, establece que *“se trata de un supuesto por el cual una pareja comitente que por cualquier motivo no puede o desea tener un hijo por sí misma, realiza un contrato con una madre sustituta o portadora, a fin de que, previa inseminación de ésta, dé a luz el niño deseado, entregándose a aquellos y siendo considerado el hijo de tal pareja”*<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> CASADO BLANCO, M. e IBAÑEZ BENÁLDEZ, M. (2014). “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada”. Cit. Pág. 4.

<sup>13</sup> LÓPEZ GUZMÁN, J. MIRALLES, A. en “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, Cuadernos de Bioética, Vol. XXIII, 2012-2ª, p. 257.

<sup>14</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. (2014) Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)>>, en Revista boliv. de derecho, nº18, 2014, p. 404-405.

De un lado, LUCIANA B. SCOTTI lo define como *“el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes.”*<sup>15</sup>

Por otro lado, RUÍZ SÁENZ, establece que puede ser definida como *“aquella práctica en virtud de la cual, una mujer, a través de un acuerdo, con o sin precio, se compromete a gestar un bebé con el fin de entregarlo después del parto a aquella o aquellas personas que van a ser sus padres, biológicos o no, renunciando ella a su filiación.”*<sup>16</sup>

En último lugar, podemos mencionar lo que establece la jurisprudencia menor en cuanto a la definición de maternidad subrogada, así, la Audiencia Provincial de Valencia en la Sentencia núm. 826/2011 de 23 noviembre, en su fundamento jurídico primero determina una definición de maternidad subrogada cuando cita textualmente que *“consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre si o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”*.

Una vez explicado el significado de esta técnica, se puede entender que se formaliza mediante un acuerdo a través del cual una mujer que será la madre subrogada se somete a las técnicas de reproducción humana asistida para gestar un bebe a favor de otra persona o personas que serán los denominados padres comitentes y así entregarle el niño que nazca de este proceso.

---

<sup>15</sup> SCOTTI, L. B. (2013). “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Pensar en Derecho, 12(1), P. 274.

<sup>16</sup> RUIZ SÁENZ, A. Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado. Tempus Actas de Saúde Coletiva, 2016, vol. 9, no 2, p. 122.

### 3.2. CAUSAS Y MODALIDADES.

Son varios los motivos mediante los cuales los padres comitentes deciden recurrir a la maternidad subrogada, en este sentido, COREA IZU establece como motivos los siguientes, *“En los casos de mujeres, la causa más frecuente es la de la imposibilidad física de quedarse embarazada, es decir, problemas de esterilidad. Otra de las causas puede ser el riesgo que en determinados casos puede conllevar la gestación para la propia salud de la mujer o del feto. De aquí podemos comprender también que pueden concurrir, y esto es aplicable para ambos sexos, razones como que el propio embarazo y parto pueden afectar a perspectivas personales y/o profesionales de los afectados y ello puede ser la razón de optar por la maternidad subrogada o «vientre de alquiler»”*.<sup>17</sup>

Sin embargo, aparte de los motivos expuestos anteriormente también puede ocurrir que las personas recurran a esta técnica porque son una pareja del mismo sexo o es una persona sola. Para proceder a esta técnica no encontramos unos requisitos que deban ser cumplidos, sin embargo, la madre gestante debe de ser mayor de edad para poder serlo así como que anteriormente haya sido madre

A continuación, vamos a analizar las modalidades que encontramos en la maternidad subrogada. Estas modalidades son dos, *“la tradicional, plena o total (traditional surrogacy), y la gestacional o parcial (gestational surrogacy)”*.<sup>18</sup> A continuación voy a proceder al estudio de cada una de ellas por separado.

- ❖ Maternidad Subrogada plena o total: esta modalidad se da en los casos en los que la madre subrogada será también la madre biológica del nacido ya que es ella la que aporta sus propios óvulos, siendo éstos fecundados por el esperma del padre comitente o de un donante. En este sentido, JIMENEZ MUÑOZ define esta modalidad como la *“aportación por la pareja comitente únicamente del semen del varón, mientras que la mujer sustituta aporta su óvulo y llevará a*

---

<sup>17</sup> COREA IZU, M. (2014). Abandonados, apátridas y sin padres. Diario La Ley, N° 8345.

<sup>18</sup> SCOTTI, L. B. (2013). “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”. Cite pág. 13.

*cabo la gestación, en la denominada maternidad subrogada tradicional, plena o total, realizada normalmente a través de inseminación artificial (IA)”<sup>19</sup>.*

- ❖ Maternidad subrogada gestacional o parcial: al contrario que en la maternidad subrogada plena o total, en esta modalidad la concepción se realiza con uno varios óvulos de una mujer que no es la madre subrogada, es decir, los óvulos serán de una mujer diferente a la que gestara al bebe, habitualmente, dichos óvulos pertenecerán a la madre comitente, sin embargo, cuando ésta no pueda producirlos, o aunque los produzca no lo haga en condiciones viables, los óvulos pueden ser aportados por otra mujer que se encuentre relacionada con ella o incluso una donante que lo hará de forma anónima. Dentro de esta modalidad encontramos diferentes formas para llevarlo a cabo. Estas son:
  - a. En primer lugar, nos podemos encontrar los casos en los que todo el material genético lo aporta la pareja comitente, es decir, cuando aportan tanto el óvulo como el semen, de manera que la mujer subrogada o sustituta no será la madre biológica ya que solo lleva a cabo la gestación y por tanto será la pareja comitente los padres biológicos del nacido.
  - b. En segundo lugar, también existe la posibilidad de que la pareja comitente solo aporten los gametos (el semen o el óvulo) de uno de ellos que serán combinados con los gametos de otra persona. En este método la mujer sustituta o subrogada también lleva a cabo solo la gestación ya que tampoco aporta ningún tipo de material genético y por tanto, los padres biológicos del nacido será el miembro de la pareja así como el donante que aportaron sus gametos.
  - c. Por último, en esta modalidad también nos encontramos en los casos en los gametos no son aportados por la pareja comitente y son obtenidos a través de donantes de semen y óvulos, y de este modo, al igual que en los casos anteriores la mujer sustituta solo lleva a cabo la gestación y los padres biológicos del nacido serán los donantes.

De este modo, observamos que en la maternidad subrogada gestacional o parcial el material genético no es aportado por la mujer gestante sino por otras personas, de

---

<sup>19</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. (2014). Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Cite pág. 12.



manera que solo aportara la gestación. En relación con esta modalidad JIMENEZ MUÑOZ menciona que *“Se realiza normalmente a través de fecundación in vitro con transferencia de embriones. Aunque es un procedimiento más complicado y de mayores costes psicofísicos y económicos que el de maternidad subrogada tradicional, actualmente es el de mayor relevancia práctica, porque salvo en el supuesto que hemos visto como c) se produce una mayor intervención genética por parte de los comitentes en especial, cuando el óvulo proviene de la propia mujer comitente en parejas heterosexuales, lo que hace que tiendan más a una variante que aporta mayor proximidad genética con ellos y, a la inversa, la falta de vínculos genéticos con la gestante hace que en ocasiones tienda a verse más favorablemente.”*<sup>20</sup>

Es por todo lo dicho, que observamos que esta técnica se apoya tanto en la inseminación artificial como en la fecundación in vitro, *“Pero a diferencia del uso aislado de estas técnicas, en las que la voluntad de ser madre pertenece siempre a la mujer gestante, en la maternidad subrogada la voluntad de ser madre queda dissociada de la gestación.”*<sup>21</sup>

Por otro lado, podemos encontrar diferentes posturas en virtud de la persona que contrate esta técnica con una “madre de “alquiler”, estas posturas pueden ser la de un matrimonio ya sea homosexual o heterosexual, o un hombre o mujer por separado.

Para concluir, si tenemos en cuenta el ámbito económico, nos podemos encontrar que la madre que aporta su vientre lo haga de forma solidaria, de manera altruista o a cambio de una compensación económica. Es por este último caso, por el que en la maternidad subrogada las mujeres que son contratadas para ello, suelen disponer de menos recursos económicos y las personas que lo contratan tienen una economía superior. En este sentido, podemos entender que la maternidad subrogada produce efectos negativos para las madres gestantes, sin embargo, *“en el año 2003 se realizó una encuesta a 34 mujeres que habían sido madres subrogadas. Allí se pidió a estas que identificaran las razones que las motivaron a participar, obteniéndose los siguientes resultados. El 91% (31 personas) de ellas manifestó que había decidido participar en la subrogación porque quería ayudar a la pareja que no tenía hijos, el*

---

<sup>20</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. (2014). Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Cite pág. 12.

<sup>21</sup> RUIZ SÁENZ, A. Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado. Cite pág. 13.

15% (5 personas) porque disfrutaba del embarazo, el 6% (2 personas) por autorrealización (self-fulfillment), y finalmente, 3% (1 persona) por el pago de una remuneración”.<sup>22</sup>

#### **4. LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL CONTRATO DE GESTACION SUBROGADA.**

En relación a la maternidad subrogada, podemos observar que es un método que no resulta nada claro y por tanto encontramos diferentes cuestiones legales en torno a ello. De este modo, podemos observar legislación muy variada en virtud del país en el que nos encontramos. En España, son varias las técnicas de reproducción humana asistida que encontramos, como la fecundación in vitro o la inseminación artificial ya explicadas anteriormente, sin embargo, la maternidad subrogada se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento a diferencia de otros países como veremos en los siguientes epígrafes.

La maternidad subrogada se realiza mediante un contrato en el cual intervienen como mínimo tres partes “por un lado, la persona o personas comitentes, por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; y, en tercer lugar, el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora. Podría incluso entrar en juego una cuarta parte contractual, en el caso de que fuese una persona (distinta a los comitentes y a la mujer que presta su útero para la gestación) la que aportara los gametos necesarios para completar con éxito el proceso”<sup>23</sup>. Dicho contrato puede definirse como un compromiso mediante el cual la mujer gestante accede a quedarse embarazada a través de un método de reproducción asistida, comprometiéndose a entregar al nacido a los padres comitentes y a renunciar a sus derechos cambio de una prestación económica.

En relación al contrato de maternidad o gestación subrogada podemos ver que *“En aquellos países en los que la maternidad por subrogación es aceptada legalmente, se la tiende a considerar como un contrato entre las partes, cuyo contenido suele ser denominado «servicio gestacional». En realidad, se entiende que el propio cuerpo, con*

---

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ YONG, C. and MARTÍNEZ MUÑOZ, K. (2016). El contrato de maternidad subrogada. La experiencia estadounidense. Revista de Derecho Valdivia, XXV (Núm. 2), p.61.

<sup>23</sup> SELVA PENALVA, A. (2013). Vientre de alquiler y prestación por maternidad. Revista Doctrinal Aranzadi Social., núm. 9/2013 parte Doctrina.

*todas sus implicaciones físicas y psíquicas, racionales y emocionales, puede ser objeto de una transacción económica.”*<sup>24</sup> Por tanto, si la retribución se entiende realizada por los cambios que sufre la mujer gestante, suponemos que este contrato suele estar muy bien retribuido.

De este modo, la maternidad subrogada se realiza mediante un contrato que puede ser oneroso o gratuito mediante el cual una mujer acepta ser gestada a través de las técnicas de reproducción humana asistida y se compromete a entregar a los comitentes el nacido. En este sentido DÍAZ ROMERO establece que *“Sobre la naturaleza jurídica de dicho contrato, que, evidentemente, no se encuentra tipificado, los autores parecen identificarlo o bien con el arrendamiento de servicios o con el arrendamiento de obra. Los argumentos en contra y a favor de la maternidad subrogada son amplios, desde que la legalización de estos contratos implicaría la comercialización encubierta de la capacidad reproductora de la madre gestante y podría perjudicar el equilibrio del concebido durante el embarazo, hasta la defensa del derecho a procrear y la solución a los problemas de esterilidad de los comitentes”*.<sup>25</sup>

Si tenemos en cuenta todo lo anterior, podemos clasificar el contrato de maternidad subrogada en “altruista y comercial”. El contrato altruista se da en los casos en los que la madre portadora no recibe ningún tipo de remuneración, o si la recibe, será por los gastos que ella tenga derivados del embarazo, y el contrato comercial lo encontramos en los casos en los que la madre recibe un pago a cambio de las obligaciones que surgen en el contrato, este pago puede ser tanto una determinada cantidad de dinero o la entrega de objetos o determinados servicios.

Por tanto, a raíz de la realización del contrato de maternidad subrogada, surgirán una serie de obligaciones tanto para la madre subrogada como para los padres comitentes. De un lado, la madre subrogada tendrá la obligación de ser inseminada de forma artificial, llevar en su vientre al bebe hasta que se produzca el nacimiento y renunciar a todos los derechos que posee frente al nacido y de otro lado, los padres comitentes, se obligan a pagar todos los gastos médicos que surjan del embarazo,

---

<sup>24</sup> LÓPEZ GUZMÁN, J. MIRALLES, A. en “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. Cite pág. 12.

<sup>25</sup> DÍAZ ROMERO, M. (2010). La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Diario La Ley, nº 7527.

asumir los derechos sobre el nacido y a pagar a la madre gestante una determinada cantidad de dinero.

#### 4.1. EN ESPAÑA.

En relación a la maternidad subrogada, podemos observar que no resulta nada claro y por tanto encontramos diferentes cuestiones legales en torno a ello. De este modo, podemos observar legislación muy variada en virtud del país en el que nos encontramos. En España, son varias las técnicas de reproducción humana asistida que encontramos, como la fecundación in vitro o la inseminación artificial ya explicadas anteriormente, sin embargo, la maternidad subrogada se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento a diferencia de otros países como veremos en el siguiente epígrafe.

De este modo, podemos observar que en España actualmente no encontramos un marco jurídico legal sobre la maternidad subrogada, pero lo más significativo es que ni siquiera en virtud de los casos actuales que encontramos se contempla su debate, *“aunque existen diferentes iniciativas populares encaminadas a que se tenga en cuenta la posibilidad de legalizar determinados tratamientos, como la selección de sexo o la subrogación uterina”*.<sup>26</sup>

En España, es la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la que regula la maternidad subrogada, en concreto, se refleja en su art. 10 que cita textualmente que: *“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*. De este modo, si tenemos en cuenta lo establecido en éste art. en España no se permite el nacimiento de hijos a través de dicha técnica. Sin embargo, dicho art. solo establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, pero no determina ningún tipo de sanción a las personas que lo llevan a cabo. Sin embargo, si encontramos una sanción para la maternidad subrogada también, concretamente se encuentra regulada en el Código Penal ya que se encuentra tipificada como delito en el

---

<sup>26</sup> CASADO BLANCO, M. and IBAÑEZ BERNÁLDEZ, M. (2014). Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada. Cite pág. 4.

art. 221 cuando establece que *“Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”*. Además en el segundo apartado de dicho precepto se establece que *“Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”*.

Por tanto, la regulación que encontramos sobre este tema, se limita al art. 10 LTRHA, a través del cual, el contrato realizado para llevar a cabo un vientre de alquiler es nulo de pleno derecho. Es por ello, que dicha nulidad se produce ipso iure, por ministerio de la ley, apreciándose por ello de oficio, sin embargo esta nulidad también es erga omnes, es decir, absoluta y definitiva ya que no se puede apreciar la confirmación, convalidación o prescripción de la misma. Por todo esto, la madre gestante será considerada siempre la madre biológica, en virtud del principio *“mater Semper certa est”*.<sup>27</sup>

A este respecto, ha quedado claro que el contrato de maternidad subrogada se considera nulo en nuestro ordenamiento, y es por lo expuesto anteriormente por lo que los ciudadanos españoles con el fin de ser padres recurren a otros ordenamientos jurídicos que, como veremos en el siguiente epígrafe, admiten la posibilidad de esta técnica, para suscitar un contrato de maternidad subrogada o gestación por sustitución, solicitando después la inscripción de la filiación del menor a su favor en el Registro Civil Español.

#### **4.2. DERECHO COMPARADO COMO ALTERNATIVA EN OTROS PAÍSES.**

---

<sup>27</sup> GARCÍA ALGUACIL. M. J. (2016) *¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?*. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.5/2016 parte Estudio. Pág. 11.

La maternidad subrogada presenta una regulación diferente según en el país en el que nos encontremos, es decir, no existe ninguna ley común de esta técnica para todos los países, de modo, que cada uno de ellos lo regula en virtud a sus intereses.

En el ámbito de derecho comparado, podemos encontrar una gran diferencia en la regulación de la maternidad subrogada, de manera que podemos diferenciar los países en tres grupos, en virtud de los cuales *“la maternidad subrogada sea ilegal en cualquier caso, sea legal siempre y cuando no medie contraprestación económica o sea legal con independencia de que medie o no contraprestación económica”*.<sup>28</sup> Sin embargo, también debemos tener en cuenta, que además de estos grupos, encontramos muchos países en los que este método no se encuentra regulado.

A continuación, vamos a explicar los países que se incluyen dentro de cada grupo.

- **Países en los que la maternidad subrogada es ilegal.**

En primer lugar, dentro de los países en los que la maternidad subrogada es ilegal no solo encontramos España, son muchos los países europeos que prohíben esta técnica como pueden ser Francia, Alemania, Italia, Suiza, Austria, entre otros. A continuación, voy a proceder a explicar cómo se prohíbe esta técnica en algunos de estos países.

En España, como ya se ha explicado anteriormente, la maternidad subrogada se encuentra prohibida en virtud de lo establecido en el art. 10 LTRHA, ya estudiado anteriormente. En este sentido, la STC de la AP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, establece en su fundamento de derecho tercero que *“en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de*

---

<sup>28</sup> RUIZ SÁENZ, A. Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado. Cite pág. 13.

*"ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población".*

En Francia, la maternidad subrogada se encuentra regulada en el art. 16.7 del CC que establece que *"todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo"*. En este sentido, "en mayo de 2010, el Comité Nacional Consultivo de Ética para las ciencias de la vida y la salud, emitía un aviso (el nº 110) sobre los aspectos éticos planteados por la gestación por sustitución, afirmando que la misma es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos." Sin embargo, "en el año 2012 el Tribunal de Apelación de Rennes (Bretaña) ha permitido la inscripción en el Registro Civil francés del nacimiento de dos niños gemelos nacidos en 2010 de padres franceses pero de madre de gestación india. Este fallo confirma una sentencia de primera instancia previa, aunque aún puede ser recurrido. Sendos certificados de nacimiento han sido autorizados en base al artículo 47 del código civil francés conforme al cual *"todo acto de registro civil de franceses y extranjeros celebrado en un país extranjero y redactado según los usos habituales en aquel país será considerado un acto administrativo auténtico"*.<sup>29</sup>

En Alemania, es la Ley de Protección del Embrión 745/90 de 13 de Diciembre de 1990, la que regula este método, concretamente en art. 1 determina que: *"será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento"*, sin embargo, dicha ley también determina que: *"la madre de sustitución ni tampoco la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva"*.

En Italia, la Ley que determina la ilegalidad de la maternidad subrogada, es la Ley de 19 de Febrero de 2004, nº 4 sobre las normas sobre la procreación medicamente asistida, que establece en su art. 12.6 que: *"quien, en cualquier forma, produce, organiza o anunciar la venta de gametos o embriones o subrogación de la maternidad, será castigado con prisión de tres meses a dos años y una multa de entre 600.000 y un millón de euros"*.

---

<sup>29</sup> RUIZ SÁENZ, A. Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado. Cite pág. 13.

- **Países que admiten la maternidad subrogada cuando se realiza de forma altruista.**

Una vez vistos algunos de los países que prohíben este método, encontramos los países en los que la maternidad subrogada es legal cuando no haya una compensación económica, es decir, en los casos en los que se realiza de forma altruista. Estos países son México (en concreto, Tabasco y Sinaloa), Canadá, Brasil, o Reino Unido, entre otros. A continuación, vamos a estudiar algunos de ellos.

Canadá es uno de los países en los que la maternidad subrogada comercial está prohibida, aceptando solo este método cuando se lleve a cabo de forma altruista. Esto es así desde 2004 mediante la aprobación de la Ley de Reproducción Asistida, la sección 6 de dicha ley establece que: *“nadie podrá pagar una recompensa a una persona de género femenino para que sea una madre sustituta, ni ofrecer pagar tal recompensa o publicitar para que dicho pago sea efectuado”*. Por otro lado, dicha ley también establece que *“nadie podrá aceptar el pago de una recompensa por gestionar el servicio de una madre sustituta, ni ofrecerse a efectuar dicha gestión mediante una recompensa o publicitar el ofrecimiento de gestionar dicho servicio y nadie podrá pagar una recompensa a otra persona para que gestione el servicio de una madre sustituta, ni ofrecer pagar por dicha gestión ni publicitar para que se efectúe un pago por la misma”*. En último lugar, establece que: *“nadie podrá aconsejar o inducir a una persona de género femenino para que sea madre sustituta, ni proporcionar ningún tipo de tratamiento médico para que una persona de género femenino sea una madre sustituta, con el conocimiento, o con fundadas razones para creer que la persona de género femenino tiene menos de 21 años de edad”*.

En Brasil, solo se puede llevar a cabo la maternidad subrogada cuando se realice de forma altruista, es decir, esta técnica está prohibida cuando se realice de manera comercial, sin embargo, los padres comitentes tienen que cubrir todos los gastos, así lo establece la resolución 2013/2013 del Consejo Federal. En virtud de dicha resolución, en Brasil hay que cumplir ciertos requisitos para llevar a cabo esta técnica, la maternidad subrogada debe ser realizada por familiares, y la madre comitente debe justificar su incapacidad para quedar embarazada aportando ella sus óvulos, sin embargo, en el caso de que alguno de estos requisitos no se cumpla se puede llevar a



cabo cuando sea aprobado por una junta médica. En este sentido, FERREIRA DE LAURENTIS, establece que *“en Brasil, actualmente, la única disposición que trata el asunto es la Resolución 2013/2013 del Consejo Federal de Medicina. Esa resolución dispone que el vientre de alquiler solo se permita en caso de haber un problema de salud que impida o contraindique la gestación de una mujer, que luego será la donadora genética. La Resolución también prevé que la cesión de útero no debe tener una finalidad lucrativa o comercial y que las donantes de útero deben pertenecer a la familia de uno de los miembros de la pareja, cuyo parentesco consanguíneo sea hasta el cuarto grado, respetándose la edad límite de 50 años”*.<sup>30</sup>

**- Países que admiten la maternidad subrogada de manera amplia.**

Son varios los países que permiten este método de manera amplia como por ejemplo, Ucrania, Rusia, Escocia, La India, Suecia y algunos estados de los EEUU, sin embargo, solo vamos a analizar algunos de ellos por ser donde acuden en mayor número los españoles que se quieren acoger a la realización de la maternidad subrogada.

En la India no existe regulación específica sobre la gestación por sustitución. *“Las directrices que se siguen en la práctica de la maternidad subrogada son las previstas en la Guía ética para la investigación biomédica y la Participación de seres Humanos, elaborada por el Consejo Indio de Investigación Biomédica en 2006 y la “Guía para la Reglamentación de Reproducción asistida” elaborada por el Ministerio de Salud en el año 2010. Asimismo, existe un borrador de Ley que lleva discutiéndose en el Parlamento desde el año 2010”*. Sin embargo, la maternidad subrogada en la india es legal y se ha convertido en líder en la utilización de este método, debido a sus bajos costes y a una legislación laxa. En este país son muchas las mujeres que se ofrecen para esta técnica debido a la falta de información, así como a la pobreza en la que se encuentran. Sin embargo, debido a la aplicación de nuevas directrices legales las parejas españolas no pueden solicitar la maternidad subrogada en este país. En este sentido, la revista Babygest establece que *“la legislación hindú impide que cualquier extranjero que viaje a India con intención de llevar a cabo un tratamiento de gestación subrogada pueda entrar como turista. Esto obliga a los padres que desean practicar la subrogación a solicitar un visado médico especial que solamente se les concede*

---

<sup>30</sup> FERREIRA DE LAURENTIS, E. (2015). Temas Polémicos en Derecho de Familia conforme al Derecho Brasileño. Editorial Dunken, p.110.

*a parejas heterosexuales casadas desde hace al menos dos años. Este visado ha de ir acompañado de los siguientes documentos:*

- *Una declaración jurada de los padres solicitantes que van a cuidar a los hijos nacidos a través de gestación subrogada.*
- *Un contrato legal entre los futuros padres y la gestante hindú.*
- *Una prueba de que el proceso se ha realizado en una clínica de reproducción registrada y reconocida como tal.*
- *Una carta de la clínica confirmando que la compensación en total para la gestante ha sido totalmente pagada según el contrato”.*<sup>31</sup>

En Rusia, la maternidad subrogada se rige por el “Código de Familia ruso (artículos 51.4 y 52.3), La Ley N°. 5487-1 “*Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia*” (artículo 35), La Ley Federal N°. 143-FZ “*Sobre las actas de estado civil*” (artículo 16.5). y *La parte médica del alquiler de vientres viene regulada por la Orden N°. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia.*”<sup>32</sup> De este modo, pueden llevar a cabo este método las parejas casadas y las parejas de hecho, sin embargo su ley no prohíbe que sea realizado por solteros. En Rusia, la madre gestante tiene que dar su consentimiento para que la inscripción del bebé se lleve a cabo y su nombre nunca aparece en el certificado de nacimiento, Los niños que nazcan a través de este método vendrán con una partida de nacimiento con la apostilla de la Haya, donde se inscribe al niño a nombre del padre, para que se realice después la adopción por parte de la madre.

En Ucrania, la maternidad subrogada está legalizada y se encuentra regulada en el artículo 123 del Código de Familia de Ucrania. Dicho art. establece que “*en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, los cónyuges serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución*”. Por otro lado, en su apartado 3 de dicho art. da a los cónyuges la oportunidad de llevar a cabo la Fecundación In Vitro con ovocitos donados. “*De tal modo, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los cónyuges*

---

<sup>31</sup> RODRIGO, A. (2016). Gestación subrogada en India. [online] Babygest. Available at: <http://www.babygest.es/india/>. [Accessed 23 Jun. 2016].

<sup>32</sup> GAMBOA MONTEJANO, C. (2010). Maternidad subrogada estudio teórico conceptual y de derecho comparado. (Primera Parte). Dirección de servicios de investigación y análisis. Subdirección de Política Interior. Pág. 63.

*ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas.”*<sup>33</sup>

De este modo, son muchos los bebés que han nacido mediante la maternidad subrogada en Ucrania. Los principales beneficios que encontramos en Ucrania son la nacionalidad española del nacido y los bajos costes. La Agencia Subrogalia, establece que en este país el coste es de 1/3 del coste en USA y que solo pueden llevar a cabo este método las parejas casadas. Los niños que nazcan a través de este método en Ucrania vendrán con una partida de nacimiento con la apostilla de la haya, donde se inscribe al niño a nombre del padre, para que se realice después la adopción por parte de la madre. En este sentido, la Revista Babygest establece los requisitos que se tienen que cumplir para poder llevar a cabo ésta técnica. Dichos requisitos son: “1. Ser una pareja heterosexual casada. 2. Como mínimo, el padre ha de aportar su material genético, siendo preferible que sean ambos miembros de la pareja los que aporten la carga genética del futuro embrión. 3. Causa médica de imposibilidad de quedar embarazada”.<sup>34</sup>

En último lugar, es necesario mencionar los Estados Unidos. En España, muchos de los niños que han sido acogidos a través de este método provienen de EEUU, ya que la mayoría de los españoles que quieren ser padres a través de la maternidad subrogada se dirigen a este país porque es el que más garantías jurídicas brinda, además, según las agencias que se dedican a esto, establecen que este país posee ciertas ventajas ya que se cuenta con una sts judicial y un certificado de nacimiento que se expide a nombre de los padres comitentes. Sin embargo, en EEUU no aparece una legislación unitaria sobre esta materia. “De los proyectos legislativos existentes, 5 pretenden su prohibición (Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Winconsin) y otros siete intentan vetar únicamente la llevada a cabo de modo comercial (Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregon y Pensilvania).”<sup>35</sup> Por otro lado, hay estados en los que en este método se encuentran más flexible que otros, como puede ser el caso de California que es el estado al que más recurren los españoles, ya que “el proceso judicial para declarar la filiación

---

<sup>33</sup> RUIZ SÁENZ, A. Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado. Cite pág. 13.

<sup>34</sup> RODRIGO, A. (2016). Gestación subrogada en Ucrania. [online] Babygest. Available at: <http://www.babygest.es/ucrania/> [Accessed 23 Jun. 2016].

<sup>35</sup> GAMBOA MONTEJANO, C. (2010). Maternidad subrogada estudio teórico conceptual y de derecho comparado. (Primera Parte). Dirección de servicios de investigación y análisis. Subdirección de Política Interior. Pág. 63.

a favor de los comitentes se hace en el quinto mes de embarazo de la gestante. En consecuencia, antes del nacimiento, los padres contratantes ya disponen de la resolución judicial y serán ellos quienes aparecen como padres tanto en el hospital como en la certificación registral. En la misma no se reflejarán, caso de ser distintas, ni la madre que da a luz ni la madre biológica”<sup>36</sup>. Es por ello, que este estado, ha sido considerado como uno de los más liberales debido a la flexibilidad de sus leyes y la facilidad para realizar los trámites. En este sentido, “las leyes del Estado de California no exigen que estén casados, no es necesario que ninguno de ellos aporte el material genético y el proceso judicial para declarar la filiación a favor de los padres contratantes tiene lugar en el quinto mes de embarazo de la madre gestante, de forma que antes de que se produzca el nacimiento ya se ha dictado la resolución judicial y el hospital reflejará como padres, en el certificado que expida, a los contratantes”.<sup>37</sup> En este estado, no encontramos una ley específica que regule la maternidad subrogada, sin embargo, los tribunales aplican la “ley de Uniform Parentage Act” para estudiar los asuntos relativos a este método.

## 5. EL TURISMO REPRODUCTIVO.

Debido a la necesidad de las personas en ser padres, así como la prohibición en España y la aprobación por parte de algunos países que aprueban esta técnica, cada vez son más la personas que viajan a otros países para contratar una madre de alquiler, “alrededor de 800 familias españolas contratan vientres de alquiler en países extranjeros cada año”,<sup>38</sup> sin embargo, aunque es complicado establecer el número exacto de familias que han viajado al extranjero para llevar a cabo un contrato de gestación “Según datos de los registros civiles consulares, tan sólo en 2003 nacieron en EEUU casi 1.000 niños españoles”.<sup>39</sup> De este modo, si tenemos en cuenta dichas cifras, encontramos una elevada tasa de natalidad procedente de la maternidad subrogada, encontrando así un importante turismo de reproducción

---

<sup>36</sup> COREA IZU, M. (2014). Abandonados, apátridas y sin padres. Cite pág. 14.

<sup>37</sup> BAUTISTA, J. (2011). Maternidad Subrogada. Actualidad Jurídica Aranzadi, Num. 815/2011 parte Tribuna.

<sup>38</sup> EL MUNDO, (2014). Unas 800 parejas españolas contratan cada año vientres de alquiler en el extranjero. Disponible en: <http://www.elmundo.es/espana/2014/05/01/5362240a268e3e8d1b8b456f.html>

<sup>39</sup> BLANCO-MORALES LIMONES, P. (2014). Los Vientres de Alquiler. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 881/2014.

En este sentido, podemos decir que *“La existencia de legislaciones que aceptan la figura de la maternidad por subrogación, unido a contextos culturales, económicos, sociales, etc. que puedan favorecerla, ha determinado el surgimiento de lo que se suele denominar «industria de la fertilidad», «turismo procreativo» o «turismo de la fertilidad».*<sup>40</sup>” es por esto, que en muchos países la maternidad subrogada es muy reclamada. *“Tal como ha reconocido la Conferencia de La Haya, la maternidad subrogada es un negocio global. En efecto, la dispar regulación en los derechos nacionales, motiva que estos acuerdos se celebren entre personas situadas en países distintos abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo, dando lugar incluso a lo que se denomina turismo procreativo”.*<sup>41</sup>

El termino turismo reproductivo, ha sido muy utilizado en los últimos años por los medios de comunicación. *“Con dicha expresión se designa la actividad realizada por aquellas parejas con determinados problemas reproductivos, que no pueden solucionar en su propio país, se dirigen a otro donde pueden aplicarse el tratamiento que necesitan.”*<sup>42</sup> Sin embargo, este turismo reproductivo, es un tema que preocupa por varios aspectos, por un lado, este turismo tiene unos costes muy elevados y es por ello que solo pueden recurrir a él las personas que pueden permitírselo, y por otro lado, es muy difícil establecer un control para ello, de manera que estas operaciones pueden conllevar riesgos para los niños y para las madres gestantes, ya que encontramos un riesgo superior de explotación por parte de ellas en los países menos desarrollados. En este sentido, ELEONORA LAMM, establece las razones por las que dicho turismo reproductivo es preocupante, así, determina que *“es sólo una opción para las personas que pueden económicamente permitírselo; es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las madres y los niños, y que implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos. Además, desde que las prohibiciones legales suelen ser un reflejo del consenso social, es preocupante que algunos pretendan eludir las leyes de un país para ir a otro, donde las leyes son más laxas. El turismo reproductivo también deja entrever la idea de que la*

---

<sup>40</sup> LÓPEZ GUZMÁN, J; APARISIS MIRALLES, A. Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. Cite pág. 12.

<sup>41</sup> SCOTTI, Luciana B. El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. Cite pág. 13.

<sup>42</sup> MATORRAS, R. ¿ Turismo reproductivo o exilio reproductivo?. Rev Iberoam Fertil, 2005, vol. 22, p. 85.

*reproducción humana es un objeto del comercio. Los términos “Baby business” (“negocio de los bebés”) o “industria reproductiva” también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio”.*<sup>43</sup>

Por tanto, este turismo de reproducción se realizara a los países donde la maternidad subrogada se encuentre regulada como puede ser el caso de California como veremos a continuación, siendo esos los países de destinos preferidos por las personas que no pueden formar una familia de forma natural.

Debido a éste” turismo reproductivo”, actualmente son muchas las agencias que encontramos en España como puede ser la Agencia Subrogalia o VAE (vientre de alquiler en España), que se ponen en contacto con agencias extranjeras donde la maternidad subrogada se encuentra legalizada.

A través de estas agencias, se localizan a las mujeres gestantes, se lleva a cabo la elección del hospital así como de las revisiones que necesite la mujer gestante durante el embarazo, te explican todos los trámites y documentos necesarios para inscribir el nacimiento del bebe en el RC, y se establece la remuneración que se debe abonar para llevar a cabo este método.

La maternidad subrogada, aunque no se encuentra regulada como una técnica de reproducción asistida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, TRHA, es una técnica llevada a cabo por muchas personas y se considera como el método de reproducción asistida más caro, aunque dicho precio varía en virtud del país al que se derive dicho turismo reproductivo. El periódico el País publica una noticia sobre la realización de este método, donde establece que los precios pueden variar entre los 50.000 y los 200.000 €, según el país en el que se lleve a cabo dicho turismo reproductivo, así, determina que en Tailandia se encuentra entre los 45.000 €, en EEUU el precio puede superar los 120.000€, en México está en torno a los 60.000 € y en Ucrania ronda los 50.000 €.<sup>44</sup> En estos precios los gastos que se incluyen suelen ser *“una compensación económica que recibe la gestante por sus servicios. Esta remuneración puede rondar entre los 10.000€*

---

<sup>43</sup> LAMM, E “Gestión por sustitución: Realidad y Derecho”, Revista para el Análisis del Derecho, , Nº. 3, 2012, pág. 22.

<sup>44</sup> MOUZO QUINTÁNS, J. and RIVAS MARTÍNEZ, L. (2014). Las familias españolas buscan vientres de alquiler ‘baratos’. El País. Disponible en: [pp.http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/01/actualidad/1398974404\\_290772.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/01/actualidad/1398974404_290772.html).

*a los 40.000€, depende del país donde se realice el tratamiento y si la gestante tiene experiencia en gestación subrogada o no. A esta cantidad habría que sumar los gastos médicos que tiene cualquier embarazo, ropa prenatal, desplazamientos a la clínica, etc. Todos los gastos que tenga la gestante debido al embarazo correrán a cargo de los futuros padres. En algunos casos los seguros médicos de las gestantes cubren los gastos médicos relacionados con el embarazo en sí. Pero no suele ser lo habitual, ya que muchos tienen una cláusula que excluye gestaciones subrogadas".<sup>45</sup>*

También, es necesario mencionar, el protagonismo que está cogiendo la maternidad subrogada ya no solo a nivel estatal, sino internacional, dicho protagonismo se debe a que son muchos los famosos que salen en televisión que han llevado a cabo este método, y es por ello, que estas figuras públicas ayudan a normalizar esta situación, por tanto, esta transmisión se produce en los medios de comunicación cuando comunican que algún actor de Hollywood, cantantes, presentadores, entre otros, van a ser padres mediante la realización de un contrato de gestación por sustitución.<sup>46</sup> En este sentido, podemos nombrar varios famosos que han sido padres a través de un vientre de alquiler, como puede ser el caso de Miguel Bosé o Ricky Martin, sin embargo, el último caso lo encontramos en la noticia que publicó el periódico el Mundo, en la que se establecía que un presentador de un programa emitido en España iba a ser padre por la realización de este método en EEUU, concretamente, el titular de la noticia era “El presentados Jaime Cantizano será padre a través de un vientre de alquiler”.<sup>47</sup>

De este modo, si tenemos en cuenta todo lo anterior, podemos observar que la maternidad subrogada ha penetrado en nuestra sociedad como una opción para tener acceso a la condición de padres y por tanto, puede ser considerada como un negocio a través del cual, las Agencias que ayudan a realizar este método, lo exportan a países menos desarrollados para elevar los beneficios, de manera, que a estas empresas no les beneficia que exista una ley en España que regule y legalice esta técnica.

---

<sup>45</sup> ALVAREZ, N. (2016). Precios en gestación subrogada. [online] Babygest. Available at: <http://www.babygest.es/precio/>. [Accessed 23 Jun. 2016].

<sup>46</sup> CERDÁ SUBIRACHS, J. “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.” Abogados de Familia, Nº 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY.

<sup>47</sup> EL MUNDO. (2016). El presentados Jaime Cantizano será padre a través de un vientre de alquiler. Disponible en:

[http://www.google.es/amp/s/amp.elmundo.es/loc/2016/02/24/56cdb78a46163f313a8b4680.html?client=safari#fpstate=amp\\_viewer](http://www.google.es/amp/s/amp.elmundo.es/loc/2016/02/24/56cdb78a46163f313a8b4680.html?client=safari#fpstate=amp_viewer)

## 6. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.

La filiación se puede definir como el vínculo que se establece entre una persona y su progenitor regulando por tanto una relación jurídica entre los padres y sus hijos.

ROYO MARTÍNEZ establece que “la filiación es la relación entre procreante o progenitor y procreado o engendrado, en cuanto determina derechos y deberes”.<sup>48</sup> Por tanto, podemos decir que la filiación se cierne sobre dos elementos que son la maternidad y la paternidad ya que toda persona posee un padre y una madre.

Por otro lado, DÍEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN, establecen que se denomina filiación tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo<sup>49</sup>.

De este modo, vamos a estudiar cómo se determina la maternidad y la paternidad cuando tiene lugar un contrato de gestación por sustitución en el ordenamiento español.

### **Determinación de la filiación materna.**

Para llevar a cabo la determinación de la maternidad, si tenemos en cuenta el art. 10.1. LTRHA que determina 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*”. Con esto lo que se prohíbe, es que se utilice el cuerpo de otra persona, para situar en él un embarazo y luego ceder el nacido a otras personas. Es por ello que si este contrato se lleva a cabo, la mujer gestante será la considerada como madre ya que no puede renunciar a la filiación porque eso sería igual de nulo que el contrato por el cual se realiza la maternidad

---

<sup>48</sup> MORENO QUESADA, L., RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., OSSORIO SERRANO, J., HERRERA CAMPOS, R., MORENO QUESADA, B., GONZÁLEZ PORRAS, J., GONZÁLEZ GARCÍA, J. and SÁNCHEZ GALERO, F. (2015). Curso de derecho civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones.. 7th ed. Tirant lo Blanch, Pág. 216-217.

<sup>49</sup> DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia, Tecnos, 2012, p.233 y 234.



subrogada. Esto lo establece el apartado 2 de dicho art. cuando cita que *“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*.

Por tanto, la determinación de la filiación materna tiene los mismos aunque el contrato de gestación por sustitución haya sido o no celebrado. Y es que hay que tener en cuenta que la LTRHA Y el CC., para determinar la filiación materna se basan en el alumbramiento de la mujer. De este modo, *“el ordenamiento español no toma en consideración el origen del gameto femenino utilizado para la procreación, siendo indiferente que sea el de la propia madre gestante o el de una mujer donante de óvulo, o si la fecundación fue corpórea o extracorpórea. La filiación materna se construye sobre la verdad biológica pero no en el sentido de verdad genética, sino sobre la verdad gestacional y de ahí que cuando la gestación se haya llevado a cabo con material reproductor femenino ajeno, la donante nada puede pretender en orden a la filiación”*.<sup>50</sup> Con esto lo que se pretende es que estos contratos de gestación por sustitución no se lleven a cabo, ya que la maternidad siempre será determinada a favor de la madre subrogada. Es por ello, que la madre comitente no tiene ningún derecho para reclamar la maternidad.

### **Determinación de la filiación paterna.**

Para llevar a cabo la determinación de la filiación paterna del nacido mediante un contrato de maternidad subrogada, hay que tener en cuenta diferentes aspectos. En primer lugar, hay que tener en cuenta el art. 7.1. LTRHA que establece que *“La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”*. Con esto, lo que se quiere decir, es que la determinación de la filiación paterna será diferente en virtud de si la mujer que lleva a cabo esta técnica está casada o no y si en el caso de estar casada, además lo hace con el consentimiento del marido. Sin embargo, vamos a centrarnos en la determinación de la filiación paterna en los casos de maternidad subrogada.

El art. 10.3 determina que *“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*. De este

---

<sup>50</sup> HUALDE MANSO, T. (2012). De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.10/2012, num.10/2012.

modo, el padre biológico puede reclamar la paternidad en virtud de las reglas generales. *“El varón cuyos gametos se utilizaron para inseminar a la mujer gestante a la que se contrata o para implantar en ella un embrión fecundado in vitro podrá reclamar la paternidad con independencia de que hubiera sido parte en el contrato de gestación. Si el varón que aportó sus gametos para que con una u otra técnica se consiga que la mujer a la que se contrata dé a luz ejercita la acción de reclamación de la paternidad y la sentencia determina ésta a su favor, esa filiación paterna se inscribirá en el Registro Civil. Se recupera aquí la regla de pater est quem sanguinis demonstrat dado que en la relación contractual el miembro de la pareja estable no aparece como donante anónimo”*<sup>51</sup> Con todo esto, lo que se quiere decir, es que cuando la gestación haya sido contratada por una pareja de hombres, si uno de ellos aporta material genético para ello, se podrá determinar la paternidad a su favor, sin embargo, esto no se podría llevar a cabo, si el material genético es aportado por un donante anónimo.

En este sentido, la Instrucción de 5 de Octubre de 2010, de la DGRN, establece que *“En efecto, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*.

## **7. PROBLEMÁTICA ACTUAL. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

Debido a la nulidad de los contratos de maternidad subrogada, el principal problema que encontramos es que cada vez son más las personas que recurren a este método y es por ello, que en estos casos se plantea si una relación de filiación que se constituye en un país extranjero, en el cual se permite esta práctica, puede acceder al RC español. Es por ello, que a continuación vamos a estudiar las posibles soluciones que se

---

<sup>51</sup> HUALDE MANSO, T. (2012). De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada. Cite pág. 32.

pueden llevar a cabo para regular la situación en la que se encuentran esos niños y así poder inscribir su filiación en el RC.

En virtud del art. 10 de la LTRHA los contratos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho, y por ello los ciudadanos españoles que desean ser padres a través de este método recurren a otros países donde los denominados “vientres de alquiler” son legales, para así poder convertirse en padres de los niños nacidos mediante esta técnica, procediendo después a solicitar la inscripción en RC español del nacimiento y filiación a su favor.

Una vez que hemos visto como se determina la filiación en el ordenamiento español, vamos a proceder a estudiar los efectos de la filiación, cuando el contrato de maternidad subrogada es celebrado y llevado a cabo en países cuya técnica está legalizada. De este modo, la pregunta es “¿puede inscribirse la filiación de un niño nacido mediante contrato de gestación en país que le reconoce validez y efectos?”. Para analizar este problema hay que partir de la normativa registral, en la cual se establece la posibilidad de acceder al RC español certificaciones extranjeras.

En primer lugar, debemos tener en cuenta la “Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil”<sup>52</sup>, la cual determina en el art. 23 que “*Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española*”. De este modo, las personas que quieren inscribir en el RC el nacimiento de un niño que ha nacido a través un contrato de maternidad subrogada celebrado en un país en el cual sea legal, tienen que aportar el certificado del asiento practicado en el registro del país donde se ha producido el nacimiento, en el cual, no aparecerá el nombre de la madre.

---

<sup>52</sup> Publicado en; Publicado en: «BOE» núm. 151, de 10 de junio de 1957. Departamento: Jefatura del Estado. Vigencia desde 30 de Junio de 1957. Esta revisión vigente desde 13 de Diciembre de 2009 hasta 30 de Junio de 2017.

Por otro lado, el “Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil”<sup>53</sup>, contiene dos preceptos que desarrollan el art. 23 de la ley 8 de junio del RC. Dichos preceptos son el 81 y el 85. El art. 81 establece que *“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”*. Y por otro lado, el art. 85 señala que *“Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente”*.

Por último, la “Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil”<sup>54</sup> establece en su art. 28 que *“Para practicar inscripciones sin expediente, en virtud de certificación de Registro extranjero, será necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa aplicable para que tenga eficacia en España”*. De esta manera, dicha ley, en su art. 98 establece los requisitos que debe cumplir el certificado para que puedan ser inscritos en el RC. Dicho art. establece que *“1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:*

*a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.*

*b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.*

---

<sup>53</sup> Publicado en; Publicado en: «BOE» núm. 296, DE 11/12/1958. Departamento: Ministerio de Justicia. Referencia: BOE-A-1958-18486.

<sup>54</sup> Publicado en: «BOE» núm. 175, de 22/07/2011. Departamento: Jefatura del Estado. Referencia: BOE-A-2011-12628. Que entra en vigor el 30/06/2017.

c) *Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.*

d) *Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.*

2. *En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley.*

3. *Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan”.*

*“Como puede observarse, el art. 98 LRC no somete las certificaciones extranjeras a un simple examen o enjuiciamiento de la legalidad formal o registral (letras a y b) sino también a un examen de legalidad material o sustancial del hecho inscrito. Este régimen provoca la imposibilidad de inscribir al nacido por gestación contratada mediante la sola presentación de la certificación registral extranjera en la medida en que el hecho contenido en ella no es válido conforme al Derecho español”.*<sup>55</sup>

Sin embargo, es distinto cuando el certificado del registro extranjero donde consta la paternidad del nacido mediante un contrato de vientre de alquiler se basa en un previo pronunciamiento judicial de determinación biológica de la paternidad, ya que en estos casos, si tenemos en cuenta el art. 98.2 ya citado, no se puede proceder a la inscripción de certificación extranjera sino a la inscripción de la STS que valió de título a la inscripción. Esto es coherente con el art. 10.3 LTRHA donde la maternidad subrogada no impide la determinación judicial de la verdadera paternidad biológica.

---

<sup>55</sup> HUALDE MANSO, T. (2012). De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada. Cite pág. 32.

Debido a la problemática que se presenta para poder inscribir a los niños nacidos a través de este método, así como a la cantidad de familias afectadas por ello, apareció la asociación “Son nuestros hijos”, dicha asociación presentó “*más de 71.000 firmas de apoyo a la petición al ministro de Justicia para que se modifique la legislación del Registro Civil para permitir la inscripción de los nacidos en el extranjero por gestación subrogada, el llamado 'vientre de alquiler'*”.<sup>56</sup>

Es a raíz de esto, que en 2014, el ministro de justicia, Rafael Catalá, comunicaba que el Partido Popular presentaría diferentes enmiendas a la reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del RC para proceder a la inscripción de los nacidos mediante un contrato de “vientre de alquiler”, para cumplir con la doctrina del TEDH que defendía el derecho de filiación de estos menores.<sup>57</sup> Dicha doctrina la encontramos en la STC del THDH de 26 de junio de 2014<sup>58</sup>, en la cual se declara que no reconocer la filiación de los nacidos a través de un contrato de vientre de alquiler viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos<sup>59</sup>. Dicho art. se basa en el derecho al respeto a la vida privada y familiar y cita textualmente que “*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la*

---

<sup>56</sup> Jurídicas, N. (2016). Justicia se compromete a adecuar la legislación para facilitar la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos de 'vientres de alquiler' · Noticias Jurídicas. [online] Noticias Jurídicas. Available at: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3927-justicia-se-compromete-a-adecuar-la-legislacion-para-facilitar-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-los-ninos-nacidos-de-039;vientres-de-alquiler039;/> [Accessed 23 Jun. 2016].

<sup>57</sup> Jurídicas, N. (2016). Catalá anuncia que la reforma del Registro Civil permitirá la inscripción en el mismo de los nacimientos por 'vientre de alquiler' · Noticias Jurídicas. [online] Noticias Jurídicas. Available at: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9020-catala-anuncia-que-la-reforma-del-registro-civil-permitira-la-inscripcion-en-el-mismo-de-los-nacimientos-por-039;vientre-de-alquiler039;/> [Accessed 23 Jun. 2016].

<sup>58</sup> El Tribunal Europeo de Estrasburgo, en su sentencia de fecha 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia), condenó a Francia por negar los registros a estos niños con una justificación legal similar a la que estaba aplicando la justicia española. El alto tribunal, declaró contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos negar el reconocimiento de la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler por vulnerar los derechos de estos menores, garantizados por convenios internacionales que deben estar por encima de las regulaciones nacionales de la reproducción asistida.

<sup>59</sup> Publicado en «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Referencia: BOE-A- 1979-24010. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de Noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

*prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.*

Sin embargo, pese a ese comunicado del ministro de justicia, la reforma del RC que se está tramitando, *“no modificara el procedimiento para inscribir a los nacidos mediante la maternidad subrogada, por tanto, se ha retirado el que se preveía iba a ser nuevo número 7 del art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y que iba a tener la siguiente redacción: "7. En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur.”*<sup>60</sup>

Para conocer la problemática de la inscripción en el RC de los nacidos mediante la maternidad subrogada, debemos analizar un caso que ha sido muy significativo en España. Hablamos de un matrimonio homosexual de Valencia, Bienvenido y Genaro, de nacionalidad española y cónyuges desde Octubre de 2005, que se trasladan a California para realizar un contrato de maternidad subrogada.

Esta pareja solicita la inscripción en el registro consular de España en Los Ángeles del nacimiento de los recién nacidos Carlos María y Ángel, como hijos del matrimonio por ellos formado. Éste matrimonio aporta certificados de nacimiento del condado de San Diego en los que constan como padres de los nacidos, certificado literal de nacimiento de los interesados, libro de familia de los interesados y fotocopia de pasaporte y DNI de los mismos. Sin embargo, el funcionario del RC de California, emitió un auto en el que se establecía la denegación de la inscripción de los niños en virtud del art. 10 LTRHA. Es por ello, que el matrimonio español interpone un recurso

---

<sup>60</sup> Jurídicas, N. (2016). La inminente reforma del Registro Civil no modificará el actual procedimiento para inscribir a los niños nacidos por vientre de alquiler · Noticias Jurídicas. [online] Noticias Jurídicas. Available at: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10199--la-inminente-reforma-del-registro-civil-no-modificara-el-actual-procedimiento-para-inscribir-a-los-ninos-nacidos-por-ventre-de-alquiler/> [Accessed 23 Jun. 2016].

contra dicho auto que fue resuelto por la DGRN, estimando el recurso y procediendo a la inscripción de los menores en el RC consular como hijos de estos. Sin embargo, a continuación vamos a ver cómo ha evolucionado este proceso ya que es un caso bastante controvertido.

- **Resolución de 18 Febrero 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (a partir de ahora DGRN).**

En virtud de la denegación de la inscripción de los menores nacido mediante la maternidad subrogada, el matrimonio homosexual valenciano como se ha dicho anteriormente, interpusieron un recurso ante la DGRN, en el cual solicitaban la revocación de la decisión tomada por el encargado del RC español consular de los Ángeles y la inscripción de los menores en el RC español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos. Ante esto, la DGRN dictó la resolución de 18 de febrero de 2009 en cual se estimaba el recurso y se ordenaba que se llevara a cabo la inscripción en el RC del nacimiento de los menores como se establecía en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las cuales, el matrimonio constaba como padres de los niños nacidos mediante el contrato de maternidad subrogada. La DGRN fundamentaba la solución que había tomado, en que de esa manera no vulneraba del orden público internacional español, que evitaba una discriminación por razón de sexo y que era necesaria para proteger el interés superior del menor.

Sin embargo, esta resolución de la DGRN es objeto de impugnación por parte del ministerio fiscal interponiendo la demanda que pone inicio a este procedimiento.

- **Sentencia núm. 193/2010, del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010. AC 2010/1707.**

La resolución de 18 de febrero de 2009 DGRN fue recurrida por el ministerio fiscal, interponiendo la demanda que pone inicio a este procedimiento, dando lugar a la STC objeto de estudio, en la cual revocaba en su fallo la decisión tomada por la DGRN, de este modo, la inscripción los menores en el RC de los Ángeles quedaba sin efecto, y se procedía a la cancelación de la inscripción. En dicha STC, El Juez determina que se tiene que aplicar el art. 23 de la Ley de 8 de junio de 1957 del RC y no los arts. 81 y 83 del Reglamento del RC como establece la DGRN. En virtud de dicho art. para proceder



a la inscripción en el RC español de un certificado expedido por un registro extranjero, el encargado del RC tiene que comprobar la realidad del hecho que se inscribe, así como, si dicha inscripción es conforme a la ley española.

Por tanto, en el presente caso no se puede proceder a la inscripción de los menores ya que estos han nacido mediante un contrato de maternidad subrogada, estando esta técnica prohibida en España en virtud del art. 10.1 LTRHA. Por otro lado, la resolución de 18 de febrero de 2009, de la DGRN, determina que denegar la inscripción de estos menores, supondría una discriminación, por la razón, de que el matrimonio está formado por personas del mismo sexo, pues en este sentido, la STC de 15 de Septiembre de 2010, en su fundamento de derecho cuarto, establece que *“la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, esta consecuencia jurídica le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento, quizá en supuestos de mujeres o parejas heterosexuales existirá el problema del conocimiento por parte del encargado del registro de que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución, pero una vez conocida esta circunstancia la consecuencia debe ser la misma denegar la inscripción”*.

En este sentido, VERDA Y BEAMONTE, comparte el razonamiento de esta STC cuando establece que *“El contrato de gestación por sustitución es nulo, porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo”*.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. (2010). Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). Diario La Ley, N° 7501, Sección Tribuna, 3 de Noviembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-334, Editorial LA LEY.

Por último, el argumento que establece la resolución de la DGRN en relación al interés superior del menor, la STC de 15 de Septiembre de 2010, en su fundamento de derecho cuarto establece que *“resulta indudable que esta afirmación es acertada pero el fin no justifica los medios, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de sus Bienvenido y Genaro , pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece”*.

Para concluir, y en respuesta a la negación por parte de la DGRN de la existencia de fraude de ley, se alega en la sentencia el hecho de que los interesados conocían la prohibición española y acudieron a un país en el cual sí se permitía esta técnica de reproducción asistida.

La STS concluye estimando la demanda que había interpuesto el MF, contra la instrucción de 18 de febrero de la DGRN, y por tanto, se dejaba sin efecto la inscripción de los menores en el RC de los Ángeles.

**- Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registradores y Notariados.**

La DGRN es un órgano de naturaleza administrativa que emite doctrina que está vinculada en su ámbito, la instrucción de la cual estamos hablando ahora, se estableció para resolver los diferentes recursos presentados por ciudadanos españoles por la negación de los diferentes registros civiles consulares a inscribir a los niños que nacían mediante un contrato de maternidad subrogada. Ya la DGRN en su resolución de 18 de febrero de 2009, resolvía el asunto mencionado anteriormente y ordenaba la inscripción de los menores nacidos en San Diego mediante esta técnica, y por ello, que posteriormente, la DGRN dictó la instrucción que estamos estudiando ahora sobre “sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” obligando con ella a los Registros Civiles españoles a su cumplimiento, justificándolo en la necesidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como otros intereses que se pueden encontrar en los supuestos de maternidad subrogada.

Esta instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, regulaba tres aspectos para determinar las condiciones necesarias para acceder al registro civil español de los niños nacidos en el extranjero mediante este método. En primer lugar, tener los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al RC español cuando uno de los progenitores tenga la nacionalidad española, en segundo lugar, la inscripción registral tiene que tener todas las garantías para que no se dote de apariencia legal supuestos de casos de tráfico internacional de menores y en tercer lugar, no se puede vulnerar el derecho del menor a conocer su origen biológico en virtud del art. 7.1, de la “Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”, del art. 12 de la “Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional”, así como la STC del TS de 21 de septiembre de 1999. Por tanto, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, DGRN establece dos directrices que se tienen que cumplir para que puedan acceder al RC español los nacidos mediante la maternidad subrogada.

Con esta instrucción se pretendía garantizar la seguridad y la uniformidad, fijándose en las directrices que debían seguir los registros civiles españoles, y que se dieran todos los requisitos necesarios que se requieren para la inscripción. Dichas directrices son:

*“Primera.– 1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.*

*2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.*

*3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:*

a) *La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*

b) *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*

c) *Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.*

d) *Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.*

e) *Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.*

*Segunda.—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>62</sup>

De este modo, si tenemos en cuenta lo establecido en esta instrucción, “la administración española debe admitir la inscripción de los menores nacidos mediante un contrato de maternidad subrogada, cuando se cumplan todos requisitos establecidos para ello, para así proteger el interés del menor, facilitando así la continuidad transfronteriza de una relación de filiación que haya sido declarada en el extranjero, siempre y cuando dicha resolución sea reconocida en España. Sin embargo, a

---

<sup>62</sup> Texto sacado textualmente de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

*continuación vamos a ver como los tribunales españoles establecen posturas diferentes”.*<sup>63</sup>

- **Sentencia núm. 826/2011, de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. AC 2011/1561.**

Dicha STC, desestima el recurso de apelación interpuesto por el matrimonio de valencia contra la STC del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, a través de la cual, se dejó sin efecto la inscripción de nacimiento realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles por la DGRN, de los menores nacidos a través de la maternidad subrogada y procediendo a la cancelación de la inscripción. De este modo, la STC de 23 de noviembre de 2011, desestima el recurso por diferentes causas, las cuales vamos a analizar a continuación.

En primer lugar, la Audiencia Provincial considera que hay que aplicar el principio de jerarquía normativa del art. 9.3 CE, a través del cual, tiene que prevalecer el art. 23 LRC, no pudiendo contradecir lo dicho en este, por los arts. 81 y 83 del RRC, así como al igual que la STC del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010, La STC de 23 de noviembre de 2011 en la cual nos centramos ahora, también se pronuncia sobre el control de legalidad que debe realizar el canciller del registro, cuando establece en su fundamento jurídico primero que *“Encontramos por lo tanto en el texto de la ley un impedimento para la inscripción de la filiación certificada por los funcionarios estadounidenses, consistente en su contrariedad a la legalidad española, y en concreto al artículo 10 de la ley 14/2.006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, que como se ha dicho, declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución; ni el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil (“Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, eu cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falla de inscripción en el Registro extranjero*

---

<sup>63</sup> GARCÍA ABURUZA, M, P. (2015). A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada. Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2015 parte Comentario.

*no impide practicarla en el español mediante título suficiente,") ni tampoco el artículo 81 de la misma norma aprobada por Decreto do 14 de noviembre de 1.958, ("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") pueden ser invocados para contrariar los dispuesto con claridad por el precepto legal transcrito, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9-3 de la Constitución".*

En segundo lugar, la Audiencia Provincial considera que admitir el certificado registral extranjero es contrario al orden público internacional español y que esto coincide con las razones por las cuales el legislador español prohibió la maternidad subrogada, en definitiva, hablamos de los problemas que aparecen en relación a determinados principios como puede ser el comercio de los hombres sobre una persona humana, que se encuentran reflejados en principios como el derecho a la integridad moral (art.39.2 CE), el derecho a la dignidad (art. 10 CE), o el hecho de que no pueden ser objeto de contrato todas las cosas que estén fuera del comercio de los hombres (art. 1271CC), entre otros.

En tercer lugar, se hace mención a la Instrucción de 5 octubre de 2010 de la DGRN, que ha sido estudiada en el apartado anterior, que establece que es posible la inscripción de los menores que nazcan en el extranjero por un contrato de maternidad subrogada cuando se presente una resolución judicial en la cual se establezca la filiación del niño, o cuando dicha resolución se base en un procedimiento que sea semejante a uno español de jurisdicción voluntaria, a través de un reconocimiento incidental ante el encargado del RC, cuando se constate que ha sido respetado el interés superior del menor, los derechos de la madre contratada gestante y que se establezca su identidad, así como los demás requisitos formales y procesales.

En relación a esto, la Audiencia Provincial establece que aunque la certificación extranjera ha sido expedida por una decisión judicial, dicha orden judicial no consta en el procedimiento, tampoco consta la identidad de la madre gestante de manera que no se puede proceder a la inscripción de los menores en el RC español. En este sentido, la STC del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010, en su

fundamento de derecho tercero que “no puede decirse por ello que los demandados hayan utilizado una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, como prevé el artículo 12-4 del Código Civil, sino que simplemente, hay indicios consistentes para pensar que han huido de ella, poniendo la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas mediante el desplazamiento a aquel Estado y la suscripción allí de un contrato permitido según la ley de California, que tiene por objeto además una materia, como es la filiación y el estado civil, caracterizado por la indisponibilidad”.

En cuarto lugar, “La comentada SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, considera que la negación de la inscripción de la filiación, derivada de un convenio de gestación por sustitución en favor de dos varones legalmente casados, no implica «una infracción del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo, de acuerdo con el art. 14 CE, en cuanto que en el art. 7.3 L 14/2006 («cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido»), permite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no se permite la inscripción a favor de dos hombres, pues las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación: de modo que no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual; por otro lado, en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, que la Ley española considera nula (art. 10 LTRHA); lo contrario supondría afirmar la inconstitucionalidad del art. 10 L 14/2006, lo que no se ha hecho, ni como se ha dicho, tendría suficiente base jurídica»”.<sup>64</sup>

En último lugar, la Audiencia Provincial establece que lo principal es el interés superior del menor, pero determina que dicha protección no se puede conseguir

---

<sup>64</sup> VELA SÁNCHEZ, A. (2012). De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Diario La Ley, Nº 7815, Sección Doctrina, 9 de Marzo de 2012, Año XXXIII, Ref. D-112, Editorial LA LEY.

infringiendo la ley, y es por ello, que el Ministerio Fiscal alega en su oposición que la STC que ha sido recurrida viola el derecho de la identidad de los nacidos, ya que estos poseen el certificado expedido en California que es el que se publicara en el RC español si llegan a él conforme a la ley.

Por todo lo anterior, por lo que se desestima el recurso de apelación que interpone el matrimonio.

- **Sentencia núm. 835, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014. RJ 2014/833.**

El matrimonio valenciano interpone un recurso de casación ante el TS, frente a la STC de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de octubre de 2010 estudiada anteriormente.

La STC del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 establece en su fundamento de derecho segundo el motivo único del recurso de casación cuando cita textualmente que “1.- *El recurso de casación se articula en torno a un único motivo, que se enuncia del siguiente modo: «Infracción del art. 14 CE , por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989»* 2.- *Los argumentos que se esgrimen como fundamento del motivo son, resumidamente, los siguientes:*

*1) No permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio.*

*2) Privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.*



3) *El reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues este impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato”.*

Ante el recurso de casación interpuesto por el matrimonio, “*El TS desestima el recurso por un margen estrecho al formular voto particular cuatro de los nueve magistrados que compusieron la Sala, lo que se pone de relieve las posiciones encontradas que genera la gestación por sustitución*”.<sup>65</sup>

A continuación vamos a proceder a estudiar la valoración de la sala que se argumenta en tres apartados.

En primer lugar, nos encontramos con el reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español. Sobre esta cuestión la sala considera que se tiene que tener en cuenta el art. 23 LRC a través del cual se tiene que llevar a cabo un examen de la cuestión de fondo de la certificación registral extranjera. De este modo, la legalidad conforme a la ley española que se establece en dicho art. se refiere al respeto de las normas, principios y valores que incorporan el orden público internacional español y por tanto, hay que llevar a cabo un control sobre dichas certificaciones. Por tanto, las decisiones de las autoridades extranjeras tienen como límite los derechos fundamentales y principios constitucionales que integran el Título I de la CE. Por todo esto, el TS determina que la filiación que se pretende es contraria a lo establecido en el art. 1. LTRHA y por tanto, es incompatible con el orden público.

En segundo lugar, la sala se pronuncia sobre la inexistencia de discriminación por razón u orientación sexual. Dicha sala considera que la discriminación en la que se basan los recurrentes no se sostiene y mantiene la misma argumentación que determinan la jurisprudencia mencionada anteriormente, ya que la prohibición de la inscripción ocurre por encontrarnos ante un caso de maternidad subrogada y no por dicha la discriminación.

---

<sup>65</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, B., <<No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución>>, en Revista Opinión, nº54, 2014, p. 3.

Por último, la sala se pronuncia sobre el interés superior del menor. La STC determina que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que ocasiona un gran debate. De este modo, el tribunal considera que la concreción de este interés del menor no se tiene que hacer en virtud a sus puntos de vista personales, sino considerando los valores asumidos por la sociedad. También hay que señalar que en este caso, además de la protección del menor también encontramos otros principios y derechos como puede ser la dignidad de la persona o la integridad física y moral de la madre gestante y por tanto, determinar la filiación a través de una forma que sea contraria a la legislación española también puede suponer un perjuicio para el menor.

Por todo lo anterior, en relación al interés superior del menor, la STC confirma los argumentos establecidos por la jurisprudencia mencionada anteriormente y determina en su fundamento de derecho quinto que *“La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores”*.

En este sentido, el ponente de la STC basa se fundamenta en un requerimiento al MF para que lleve a cabo las medidas necesarias para determinar la filiación de los menores. Así lo establece la STC de 6 de febrero de 2014, que establece que *“La sentencia trata de evitarlo instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes "para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar de facto”*. De este modo, independientemente de que el TS desestime el recurso, da la posibilidad al ministerio fiscal de utilizar otros medios para poder determinar la filiación de los menores que nazcan a través de la maternidad subrogada, para así proteger sus derechos fundamentales.

Por lo expuesto, se establece que se case la STC recurrida, revocarse la del Juzgado, y desestimar la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, manteniendo la

inscripción de los menores practicada en el Registro Civil.

Por último, es necesario mencionar las posibles soluciones que se pueden extraer de la citada STC. Por un lado, si uno de los miembros de la pareja es el padre biológico de los nacidos como determina el art 10.3 LTRHA puede llevar a cabo la acción de reclamación de paternidad y determinar la filiación de los menores e inscribirlo en el RC español, y el otro miembro de la pareja puede recurrir a la adopción, para convertirse en padre adoptivo como se establece en el art. 176.2.2 CC. Por otro lado, si ningún miembro de la pareja es el padre biológico solo pueden llevar a cabo la adopción o el acogimiento familiar para así poder legalizar la situación.

**- Auto del TS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de febrero de 2015. RJ 2015/141.**

Contra la STC analizada anteriormente, el matrimonio homosexual de Valencia que actuaban como demandados, interpusieron un “incidente de nulidad de actuaciones”<sup>66</sup>, a través del cual, alegaban la vulneración a tres derechos fundamentales.

A. En primer lugar, alegan la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por haber infringido las normas sobre prueba y carga de la prueba, al partir de una serie de hechos y circunstancias cuya existencia no está probada, considerando que se ha trasladado el debate sobre la cuestión registral a la ilicitud de la gestación por sustitución. Sobre la vulneración de este derecho, el TS establece que los recurrentes cuestionen sus propias alegaciones y acusen al tribunal por vulnerar sus derechos, puesto que ellos tenían las pruebas en su poder y serían responsables de la falta de acreditación de dicha documentación. Por otro lado, en relación a la desviación del debate, el TS establece que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva el hecho de que la cuestión no se resuelva como ellos pretendían.

---

<sup>66</sup> El incidente de nulidad de actuaciones, es un medio a través del cual quienes sean parte legítima pueden pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. (Art. 228.1 LEC).

- B. En segundo lugar alegan la vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores, en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento, como de los padres, en cuanto a la no discriminación por razón de su orientación sexual. Sobre la vulneración a este derecho, el TS considera los poderes públicos no tienen la obligación de reconocer una filiación que sea reconocida en ordenamientos extranjeros, pero no lo es en el ordenamiento español, como es el caso del contrato de maternidad subrogada.
- C. Por último, se alega la vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida. En este sentido, el TS establece que el derecho a crear una familia no es ilimitado y por tanto no se incluye el reconocimiento de la filiación cuando se utilicen técnicas de reproducción humana asistidas que no se encuentren reconocidas en el ordenamiento jurídico español. Por otro lado, también se lleva a cabo una comparación de este caso con otro ocurrido en Francia y en el cual fue el TEDH el que determinó la solución. En el caso de Francia el TEDH estableció que se vulneraba el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el no reconocer la filiación a los menores nacidos a través de un contrato de maternidad subrogada.

Es este Auto, también se lleva a cabo una comparación del caso que nos ocupa con otro ocurrido en Francia, sobre el cual se pronunció el TEDH considerando que no reconocer la filiación a los menores nacidos mediante la maternidad subrogada era contrario al art. 8 CEDH (art. ya citado anteriormente). Sin embargo, al contrario de lo que ocurre en Francia, en España se reconoce la filiación del padre biológico, e incluso se permite la adopción tal y como hemos visto anteriormente.

En este sentido, y debido a las resoluciones judiciales europeas citadas anteriormente, la DGRN se volvió a pronunciar el 11 de julio de 2014, estableciendo que la instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución seguía vigente y por tanto, debía ser aplicada por los registros civiles españoles, sin que la STC de 6 de febrero de 2014 sea un obstáculo para ello.

Una vez estudiado el caso de California, observamos diferentes posturas sobre este tema. Si tenemos en cuenta la normativa actual sobre la maternidad subrogada, observamos que es difícil que el TS cambie de opinión sobre la inscripción de la filiación de los menores en el RC, independientemente de que el contrato de maternidad subrogada sea celebrado por ciudadanos españoles en países donde este método es legal.

De este modo, hasta que la maternidad subrogada no sea regulada de manera favorable en España *“la solución legislativa provisional sería la de recoger expresamente el reconocimiento de la filiación derivada de resolución judicial extranjera, respetándose la identidad del menor y la de los padres que constan en la partida de nacimiento del país donde nació y, respecto del acceso al Registro Civil de certificaciones extranjeras que no sean reflejo de una resolución judicial anterior, incluir claramente la norma que permita la entrada de la partida de nacimiento extranjera por control incidental del funcionario del Registro consular. Mientras esto no se produzca sólo queda el remedio de la aplicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, declarada vigente por la Circular o Informe de la propia DGRN de 11 de julio de 2014.”*<sup>67</sup>

MARÍN CASADO, magistrado y presidente de la sala primera del TSS, ha llevado a cabo un estudio sobre la jurisprudencia en temas de la maternidad subrogada, determinando *“la ley no da soluciones de forma matemática, se plantean dilemas éticos o morales en los nuevos supuestos de Derecho de Familia”*. En relación con los denominados *“vientres de alquiler”*, se está creando una situación de caos jurídico que está favoreciendo a las mafias de tráfico de niños. La doctrina del TEDH ha permitido avanzar poco, máxime cuando en países como Ucrania y Rusia está permitida esta práctica y en España no es así. El TS ha intentado dar en sus sentencias sobre este tema con soluciones que respetaran la situación de los niños”. Para el magistrado, los problemas que entraña *“la adopción internacional y sus requisitos está generando que se opte por el vientre de alquiler, buscando una paternidad “a la carta”, que permita elegir ser padre biológico antes que adoptivo”*<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> VELA SÁNCHEZ, A, J. (2015). Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. Diario La Ley, Nº 8600, Editorial LA LEY.

<sup>68</sup> CARRASCOSA, J. M. (2015). ¿ Se ha adaptado el Derecho de Familia a la sociedad actual?. Escritura pública, (95), p. 9.

Por último, en relación al interés superior del menor hemos visto que se determina como un concepto jurídico indeterminado. Son varios los convenios internacionales que se han ocupado de este tema, sin embargo, el más importante es el “Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”<sup>69</sup>, que establece en su art. 3 que “1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.* 2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.* 3. *Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada*”. De este modo, observamos como las resoluciones dictadas por poderes públicos tienen que tener presente siempre el interés superior del menor.

Son varias las posturas que encontramos en España sobre el interés superior del menor “*desde la de quienes postulan que se violaría el interés del menor si no se inscribiera en el Registro Civil la filiación de los comitentes, hasta la de quienes mantienen que la prohibición legal del art. 10 de la LTRA responde al objetivo de velar por el interés del menor, de su derecho a conocer sus orígenes biológicos y de proteger a las partes débiles de la relación jurídica*”.<sup>70</sup>

Este interés, ha sido tratado en STS mencionadas anteriormente con mucho respeto, sin embargo, no se ha llegado a considerar que dicho interés se encuentre por

---

<sup>69</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Publicado en: «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Referencia: BOE-A-1990-31312.

<sup>70</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014). El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Revistas uc3m*, Volumen 6 (núm. 2), pp.<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259>.

encima del art. 10 LTRHA. En primer lugar, la STC de 23 de noviembre de 2011, en fundamento jurídico quinto, establecía que *“Es cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor tanto por aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1.959 que proclama este principio en su artículo 3, como por aplicación del artículo 39 de la Constitución española o de las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1.996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, así como de las normas concordantes del Código Civil, pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados”*. Por otro lado, el TS en la STC de 6 de febrero de 2014 establece que *“La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.”*

Sin embargo, esta cuestión debería de tratarse bajo una visión de futuro, y los Tribunales deberían tener en cuenta la situación en la que quedan los menores nacidos mediante la maternidad subrogada cuando se les deniega la filiación que tienen inscrita en otro país a favor de los padres comitentes. También es necesario tener en cuenta que lo menores nacidos mediante este método, no tienen derecho sucesorio sobre los padres comitentes y en el caso de fallecimiento de éstos, tampoco tienen derecho a recibir ninguna pensión.

## **8. CONCLUSIÓN.**

A lo largo de este trabajo, hemos observado como la maternidad subrogada se presenta como un método difícil y complejo en el que hay que tener en cuenta diferentes factores y que ha producido un gran impacto en los aspectos de la sociedad. Si tenemos en cuenta lo establecido por la DGRN, así como lo dispuesto por los Tribunales, observamos cómo cada uno lo fundamenta de una manera y los dos tienen parte de razón. De este modo, es difícil determinar cuál es la solución que se tienen que llevar a cabo.

El principal problema que hemos visto, es lo relativo a la determinación de filiación y su posterior inscripción en el RC español de los menores nacidos mediante la

maternidad subrogada y hemos podido ver como no hay una pronunciación jurídica sobre este aspecto. En primer lugar, encontramos diferentes términos para denominar este método como puede ser vientre de alquiler, gestación por sustitución o maternidad subrogada. En mi opinión, considero que el término correcto es el de gestación por sustitución ya que no solo las mujeres acuden a este método, sino también los hombres ya sean solos o en pareja.

La maternidad subrogada presenta un gran recorrido histórico, ya que con la aparición de las TRHA, este método es más habitual. Actualmente, se ha expandido la maternidad subrogada de carácter comercial ya que los padres comitentes suelen pertenecer a países más desarrollados, mientras que las madres gestantes pertenecen a países menos desarrollados. Es por todo esto, por lo que se puede entender que la realización de este método puede dar lugar a la explotación de mujeres, así como al tráfico de menores.

Debido a los problemas que plantea la maternidad subrogada, es evidente la necesidad de una regulación sobre ello, principalmente para los casos de reconocimiento de la filiación de los niños que nacen mediante la realización de estos contratos, así como su inscripción en el RC español. La maternidad subrogada es una técnica muy discutida ya que se puede entender que discrimina a los padres, de manera que solo pueden acceder a ella las personas que tengan suficientes recursos, y a los niños nacidos por estos contratos ya que no pueden ser inscritos en el registro ni tienen los mismos derechos que los demás como puede ser el caso de los derechos sucesorios.

En España, esta técnica se encuentra prohibida legalmente por el art. 10 LTRHA estudiado anteriormente, sin embargo es admitida de facto por distintos sectores de la sociedad y aunque hay muchas personas que se pronuncian sobre la maternidad subrogada no se lleva a cabo una solución para ello.

Por otro lado, las víctimas en estos casos son los nacidos mediante esta técnica y si el interés superior del menor debe ser considerado como un principio fundamental, este debería ser superior a todo lo demás, ya que dichos nacidos se ven involucrados por la decisión de los padres de realizar un contrato de maternidad subrogada. En definitiva, la maternidad subrogada es una realidad que no puede ser negarse y sobre la que hay que llevar a cabo una respuesta jurídica.



## BIBLIOGRAFÍA.

### ➤ MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS DOCTRINALES.

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014). El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Revistas uc3m*, Volumen 6 (núm. 2).
- BAUTISTA, J. (2011). Maternidad Subrogada. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Num. 815/2011 parte Tribuna.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P. (2014). Los Vientres de Alquiler. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 881/2014.
- CARRACOSA, J. M. (2015). ¿ Se ha adaptado el Derecho de Familia a la sociedad actual?. *Escritura pública*, (95).
- CASADO BLANCO, M. e IBAÑEZ BERNALDEZ, M. (2014). Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada. *Revista Española de Medicina Legal*, 40(2).
- CERDÁ SUBIRACHS, J. “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.” *Abogados de Familia*, N° 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY.
- COREA IZU, M. (2014). Abandonados, apátridas y sin padres. *Diario La Ley*, N° 8345.
- D’AMIL, V. (2012). Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3(2012).
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. (2010). Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). *Diario La Ley*, N° 7501, Sección Tribuna, 3 de Noviembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-334, Editorial LA LEY.
- DÍAZ ROMERO, M. (2010). La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. *Diario La Ley*, nº 7527.

- DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia, Tecnos, 2012.
- FERREIRA DE LAURENTIS, E. (2015). Temas Polémicos en Derecho de Familia conforme al Derecho Brasileño. Editorial Dunken.
- GAMBOA MONTEJANO, C. (2010). Maternidad subrogada estudio teórico conceptual y de derecho comparado. (Primera Parte). Dirección de servicios de investigación y análisis. Subdirección de Política Interior. Pág.
- GARCÍA ABURUZA, M, P. (2015). A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada. Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2015 parte Comentario.
- GARCÍA ALGUACIL. M. J. (2016) ¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.5/2016 parte Estudio.
- GONZÁLEZ MARTÍN, B., No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, en Revista Opinión, nº54, 2014.
- HERRERA CAMPOS. Ramón. “Las técnicas de reproducción humana asistida” Apartado II.
- HUALDE MANSO, T. (2012). De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.10/2012, num.10/2012.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. (2014) Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)>>, en Revista boliv. de derecho, nº18, 2014.
- JUAN JEREZ. M. RODRIGUEZ. J.A “El cuerpo humano y las nuevas tecnologías médicas: hacia una redefinición del principio y el fin. Reis Revista española de investigaciones sociológicas, Nº.
- LAMM, E “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, Revista para el Análisis del Derecho, , Nº. 3, 2012.

- LÓPEZ GUZMÁN, J. MIRALLES, A. en “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, Cuadernos de Bioética, Vol. XXIII, 2012-2ª.
- MATORRAS, Roberto. ¿ Turismo reproductivo o exilio reproductivo?. Rev Iberoam Fertil, 2005, vol. 22.
- MORENO QUESADA, L., RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., OSSORIO SERRANO, J., HERRERA CAMPOS, R., MORENO QUESADA, B., GONZÁLEZ PORRAS, J., GONZÁLEZ GARCÍA, J. and SÁNCHEZ GALERO, F. (2015). Curso de derecho civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones.. 7th ed. Tirant lo Blanch.
- PASCUCCI DE PONTO, E. “Algunas consideraciones en torno a las técnicas de la reproducción humana asistida” “Saberes” Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, N°. 1, 2003.
- RODRÍGUEZ YONG, C. and MARTÍNEZ MUÑOZ, K. (2016). El contrato de maternidad subrogada. La experiencia estadounidense. Revista de Derecho Valdivia, XXV (Núm. 2).
- RUIZ SÁENZ, A. Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado. *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, 2016, vol. 9, no 2.
- SELVA PENALVA, A. (2013). Vientre de alquiler y prestación por maternidad. Revista Doctrinal Aranzadi Social., núm. 9/2013 parte Doctrina.
- SCOTTI, L. B. (2013). El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, *Pensar en Derecho*, 12(1).
- SOUTO GALVÁN, B.: “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, en Foro, Nueva época, nº 1, 2005.
- VELA SÁNCHEZ, A. (2013). La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho (Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia). Diario la Ley, núm. 8055, Sección Doctrina, 4 de Abril de 2013, Año XXXIV, Ref. D-122, Editorial LA LEY.
- VELA SÁNCHEZ, A. (2012). De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito

de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Diario La Ley, Nº 7815, Sección Doctrina, 9 de Marzo de 2012, Año XXXIII, Ref. D-112, Editorial LA LEY.

- VELA SÁNCHEZ, A, J. (2015). Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. Diario La Ley, Nº 8600, Editorial LA LEY.

#### ➤ **JURISPRUDENCIA**

- Sentencia núm. 193/2010, del Juzgado de Primera Instancia Nº15 de Valencia de 15 de Septiembre de 2010. AC 2010/1707.
- Sentencia núm. 826/2011, de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de Noviembre de 2011. AC 2011/1561.
- Sentencia 835/2013 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de Febrero de 2014. RJ 2014/833.
- Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 2 de febrero de 2015. RJ 2015/141.

#### ➤ **LEGISLACIÓN**

- Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistidas.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal.
- Ley de 8 de Junio de 1957, del Registro Civil.
- Decreto de 14 de Noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil.
- Ley 20/2011 de 21 de Julio del Registro Civil.
- Resolución de 18 Febrero 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y Notariado.