

**ACTUALIDAD DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN NUESTRO  
ORDENAMIENTO JURÍDICO. INSCRIPCIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS  
EN EL EXTRANJERO MEDIANTE DICHA TÉCNICA**

por

**MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE**  
*Profesora Contratada Doctora.  
Derecho Civil. UCM*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ESTUDIO DE LA FILIACIÓN Y LOS SUPUESTOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MATRIMONIOS O PAREJAS DE HECHO HOMOSEXUALES POR LA DIRECCIÓN GENERAL.—III. LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (por orden cronológico).—VI. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado 15 de septiembre de 2010 se reabrió la polémica sobre la llamada gestación por sustitución, maternidad subrogada o vientre de alquiler, ya que tuvo que pronunciarse el Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valencia (1), sobre la imposibilidad de inscripción como hijos de un matrimonio homosexual español los nacidos en Estados Unidos de vientre de alquiler (2).

En nuestro ordenamiento jurídico la posición es clara, ya que la Ley establece la nulidad de dicha figura, existente en otros ordenamientos, todo ello en base a la aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (3).

---

(1) Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, sentencia de 15 de septiembre de 2010, proc. 188/2010. Ponente: Esteban Taberner Moreno. Número de sentencia: 193/2010. Número de recurso: 188/2010. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7526, Sección «La sentencia del día», de 13 de diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.

(2) En general los ordenamientos jurídicos rechazan esta técnica, salvo en India, Canadá, Israel, Reino Unido y algunos Estados de Estados Unidos (vid. PÉREZ MONJE, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 1.<sup>a</sup> ed. ISBN: 849-52-405-64).

(3) La legislación española, en este punto, coincide con las legislaciones italiana y francesa.

En el Derecho italiano el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, según resulta del artículo 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40 (sobre «Normas en materia de procreación médica asistida») ha establecido una reglamentación *ex novo* sobre una realidad que en dicho país todavía no estaba regulada), que dispone que será penado, con reclusión de tres meses a dos años y con la multa de 600.000 a un millón de euros, quien, de cualquier modo, realiza, organiza o publicita la subrogación de maternidad. La nulidad del contrato de gestación por sustitución implica que la filiación se determinará por el parto, de modo que, a efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre.

En el mismo sentido sigue la Ley francesa núm. 2004-800, de 6 de agosto de 2004, «Relativa a la bioética» (la cual ha incidido sobre una regulación anterior que estaba cons-

En base a esa nulidad, el Juez de Primera Instancia, número 15 de Valencia, declaró la imposibilidad de la inscripción de dos menores nacidos en Estados Unidos a través de gestación por sustitución, mediante la aportación de certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos (4).

Tal y como se recogió en la sentencia, y teniendo en cuenta que el encargado del Registro Civil Consular debe, de acuerdo con el artículo 23 LRC, examinar la legalidad conforme a la ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, se impide su inscripción, ya que la gestación por sustitución está prohibida en España.

Recordemos que es el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el que regula la gestación por sustitución, indicando 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 (5).

---

tituida por la Ley núm. 1994-654, de 29 de julio de 1994, «Relativa al respeto del cuerpo humano», y por la Ley núm. 1994-654, de 29 de julio de 1994, «Relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal»).

Vid. el artículo de DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)», en *Diario La Ley*, núm. 6161, Sección Doctrina, de 4 de enero de 2005, Año XXVI, Ref. D-2, Editorial LA LEY (LA LEY 2708/2004).

Para analizar el aspecto bioético de este precepto, vid. ARROYO URIETA, G.; CORTÉS CASTÁN, J., y DÍAZ GONZÁLEZ, J. A., «Instrumentación genética y manipulación de embriones. Situación jurídica y aspectos bioéticos», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-232, tomo 4, Editorial LA LEY (LA LEY 22586/2001).

(4) BUSTOS PUCHE, José Enrique, ya intuyó en la posibilidad de que aunque «la Ley prohíbe la gestación por sustitución, eso no excluye la posibilidad real de que se cumpla la prohibición y se concierte el contrato prohibido. En tal caso, cabe que la madre biológica pretenda el reconocimiento de su maternidad, aun cuando finalmente no lo obtenga (art. 10.2), como cabe que la madre que lo alumbró pretenda desconocer su responsabilidad, el hijo se vería involucrado en una serie de actuaciones judiciales que bien pudiera considerar lesivas para su honor o intimidad. Repárese en que el problema fundamental es que ese juicio personal e intransferible sobre la propia intimidad u honor se desplaza a cabeza ajena. Frente al carácter personalísimo de los derechos de la personalidad, sobre los que ni siquiera se permite actuar a los padres en relaciones naturales o normales de filiación (art. 162.1 del CC), resulta que en la filiación artificial, otras personas —aquella madre de discutible calidad moral pero también médicos, abogados, auxiliares— deciden sobre lo que el hijo debe entender por honor o por intimidad, sin que el interesado tenga la menor posibilidad de intervenir» (*El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas*, en *Diario La Ley*, 1992, pág. 919, tomo 3, Editorial LA LEY. LA LEY 4098/2001).

(5) Contenido idéntico a su predecesora, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, vigente hasta el 28 de mayo de 2006, cuyo artículo 10 también decía lo mismo.

Este tipo de reproducción asistida se realiza a través de 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 sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no (hetero u homosexual) que pueden aportar o no sus gametos.

Desde 1988, fecha de la publicación de la primera ley, se han venido recogiendo argumentos tanto en contra como a favor de la maternidad subrogada. Los primeros se basan en la posible comercialización encubierta de la capacidad reproductora de la madre gestante, los argumentos a favor se centran en la defensa del derecho a procrear y como solución a los problemas de esterilidad de los comitentes o como fórmula de engendrar hijos en el caso de las parejas o matrimonios homosexuales masculinos. Situación que precisamente es el origen de la sentencia.

## II. ESTUDIO DE LA FILIACIÓN Y LOS SUPUESTOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MATRIMONIOS O PAREJAS DE HECHO HOMOSEXUALES POR LA DIRECCIÓN GENERAL

La Dirección General se ha tenido que pronunciar pocas veces en torno a este tema. La primera vez que trató un supuesto, relativo a la reproducción asistida, fue en la Resolución de 5 de junio de 2006 (6), los problemas siempre se plantean en torno a la filiación (7).

El supuesto de hecho, en este caso, se centra en la denegación de inscripción de filiación respecto de la pareja de hecho femenina de la madre biológica que quedó embarazada por inseminación artificial. Las recurrentes en este supuesto se hallaban sujetas a la legislación civil especial de Cataluña (8).

---

(6) RDGRN de 5 de junio de 2006 (LA LEY 84038/2006).

(7) DE MARINO Y GÓMEZ-SANDOVAL, Belén, fue consciente que «las diferencias situacionales en el origen del nacido por fecundación asistida, respecto al nacido de una relación sexual interpersonal, son evidentes. Sin embargo, el así nacido no puede ser peor tratado que los demás. Lo prohíbe el principio de igualdad de la CE en su artículo 14. Tiene que ser inscrito en el Registro Civil y tiene derecho a saber quiénes son sus padres, con las consecuencias pertinentes. Aunque pueda pensarse en una dualidad relacional, distinguiendo la biológica tradicional de la volitiva, fundada en la decisión de que nazca el nuevo ser y en la asunción de las responsabilidades propias de la paternidad o maternidad, los derechos de unos y otros no pueden ser distintos» (vid. «La filiación en la fecundación asistida», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-97, tomo 2, Editorial LA LEY. LA LEY 21794/2001).

(8) El vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica solo puede obtenerse a través del mecanismo de la adopción. Esta posibilidad no está limitada en la actualidad a las parejas heterosexuales, sino que se encuentra abierta en el Derecho positivo vigente del Código Civil y de la legislación civil especial de Cataluña, a cuya legislación se encuentran sujetas las recurrentes, también a las parejas del mismo sexo (vid. Ley 3/2005, de 8 de abril, de Parlamento de Cataluña, que modifica la Ley 9/1998 del Código de Familia), a cuyo través se podrá obtener la constitución de una relación jurídica de filiación de igual contenido que la pretendida por las recurrentes, dado el principio de equiparación absoluta entre la filiación natural y la adoptiva que se establece en los artículos 108 del Código Civil y 113 del Código de Familia de Cataluña, en cumplimiento del mandato del artículo 39 de la Constitución que proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

El Centro Directivo resolvió señalando que la filiación de maternidad respecto de la que no es madre biológica se puede obtener a través de la adopción.

Posteriormente, fue la Resolución de 11 de enero de 2007 (9), la que se pronunció de idéntica forma, aunque en este caso no era una pareja de hecho sino que era un matrimonio homosexual femenino. También se deniega la inscripción respecto de la cónyuge de la madre biológica que quedó embarazada por inseminación artificial.

La doctrina de ambas resoluciones se basa en que el principio de veracidad biológica que inspira el ordenamiento español en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

El Centro Directivo determina que solo es posible utilizar la adopción para crear el vínculo de maternidad en los supuestos de pareja de hecho estables o matrimonio homosexual femenino. A su juicio, no es posible la interpretación extensiva de la normativa sobre reproducción asistida, que solo contempla la posibilidad de atribuir la filiación no biológica en los casos de reproducción asistida por inseminación heteróloga al varón, casado o no con la mujer usuaria de la técnica reproductora, que consiente la fecundación, y en ningún caso a otra mujer.

Se entiende que no es posible que por la sola declaración de las interesadas se atribuya la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la cónyuge de ésta. La maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza o por adopción (art. 108 CC), resultando, en el primer caso y respecto de la madre, del hecho del nacimiento.

De los principios constitucionales no puede deducirse ninguna norma que apoye la solución contraria y la postura mantenida en cuanto a que la unidad de la maternidad es la que resulta del Código Civil y de la legislación del Registro Civil. Recuérdese que no es eficaz la determinación de una filiación cuando hay otra contradicción acreditada (arts. 113, II CC y 50 LRC).

Además, se insiste en que la adopción constituye una relación jurídica de filiación de igual contenido que la pretendida por las recurrentes, dado el principio de equiparación absoluta entre la filiación natural y la adoptiva que se establece en los artículos 108 del Código Civil, en cumplimiento del mandato del artículo 39 de la Constitución, que proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

Como ya hemos abordado en otros estudios (10), el supuesto de hecho que se plantea es el de inseminación heteróloga con contribución de donante

---

No puede pretenderse una aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 97-1.<sup>º</sup> del Código de Familia, conforme al cual: «Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se considerarán hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público», al supuesto de un reconocimiento de maternidad por parte de una mujer distinta de la progenitora que convive con la madre gestante, ya que, aún siendo cierto que en los casos contemplados en el trascrito precepto cuando la inseminación es heteróloga, esto es, cuando el material reproductor procede de donante anónimo distinto del varón que haya prestado su consentimiento, se crea un título de atribución de la paternidad no basado en la realidad biológica. Esta ficción legal tan solo se consagra para los casos en que el progenitor legal no biológico que ha prestado su consentimiento es el marido o conviviente con la mujer a la que se aplican las técnicas de reproducción asistida.

(9) RDGRN de 11 de enero de 2007 (LA LEY 357013/2007).

(10) Vid. IGLESIAS MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel, «Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales».

masculino, siendo los óvulos fecundados de la propia madre gestante. Y es precisamente esta precisión la que, a juicio de la Dirección, permite ya identificar el régimen jurídico aplicable (11).

les femeninas», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coordinado por Francisco Javier GÓMEZ GALLIGO y otros, vol. 1, 2008, ISBN: 978-84-470-3064-4, págs. 471-489, editorial Thomson Aranzadi.

Recordemos que hay que distinguir entre los supuestos de *inseminación homóloga* y los de *inseminación heteróloga*. En los primeros se utiliza material reproductor de quien legalmente va a ser padre del nacido, en tanto que en los segundos se produce la fecundación con gametos de un varón distinto del futuro padre legal (se trata del supuesto que la ley denomina fecundación con contribución de donante). Este supuesto abarca no solo los casos en que el donante del material reproductor es otro varón, sino también aquellos en que es otra mujer la que contribuye a la reproducción donando los óvulos que van a ser fecundados e, incluso, cabe que la donación sea bilateral, esto es, tanto de los espermatozoides como de los óvulos que intervendrán en el proceso de fecundación.

En los supuestos de inseminación heteróloga nos encontramos con un título de atribución de la filiación que no consiste, respecto del varón que va a ostentar la condición de padre legal, en el hecho de la generación biológica, sino en un *proceso jurídico complejo*, integrado básicamente por dos elementos:

- Un acto jurídico al que se atribuye naturaleza negocial de carácter previo por el cual se asume una paternidad del hijo de determinada mujer, todavía no concebido, que no es imputable por razón de naturaleza,
- unido a la condición legal de encontrarse el material reproductor del donante en el útero de la mujer designada en el previo acto negocial antes del fallecimiento del varón. No existe ningún otro requisito legal de carácter sustantivo, ni siquiera el matrimonio o la existencia de una relación de pareja de hecho estable entre los futuros padres legales.

(11) La naturaleza jurídica del acto negocial previo es la propia de un negocio jurídico que afecta al estado civil, por lo tanto con un contenido tipificado por la ley, con escaso margen de configuración para la autonomía de la voluntad al tener sus normas rectoras carácter cogente y de orden público. Se trata, además, de un negocio jurídico formal integrado por dos voluntades: la del varón, que consiente la paternidad, y la de la mujer, que presta su asentimiento a dicha paternidad, y cuyos efectos guardan cierta analogía con los que se desprenden de la adopción en cuanto que generador de un título de atribución de una filiación que no corresponde por naturaleza, si bien en el caso de la adopción se confiere un estado de filiación a una persona que ya existe y no es un mero *conceptus*, pero no así su procedimiento de formalización que, entre otras diferencias importantes con la adopción, no prevé la intervención de la autoridad judicial ni de cualquiera otra, sino tan solo la de un centro o establecimiento autorizado, público o privado (arts. 18 y 20.3 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre).

Esta regulación, que presenta carácter imperativo o de *ius cogens*, y que remite la determinación de la filiación a las reglas generales de nuestro Código Civil o normas civiles autonómicas comunes, con las solas salvedades recogidas en la propia ley especial, tan solo contempla, como se ha visto, la posibilidad de atribuir la filiación no biológica en los casos de reproducción asistida por inseminación heteróloga al varón, casado o no con la mujer usuaria de la técnica reproductora, que consiente la fecundación, y en ningún caso a otra mujer.

Entiende la Dirección que podría pensarse que esta regulación legal ha de ser objeto de una interpretación extensiva en atención a los elementos interpretativos contenidos en el artículo 3 del Código Civil, relativos a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas y al contexto normativo en que se localizan, especialmente teniendo en cuenta que las adopciones de menores por parte de dos personas del mismo sexo han sido admitidas en España desde la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio que incorpora al artículo 44 del Código una proclamación de igualdad de requisitos y efectos del matrimonio con independencia de que los contrayentes sean del mismo o distinto sexo.

### III. LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Y así llegamos a la Resolución de 18 de febrero de 2009 (12), que recoge el supuesto de la solicitud de la inscripción de nacimiento de los hijos de un matrimonio homosexual español nacidos en Estados Unidos mediante «gestación por sustitución». Se solicita la inscripción a través de certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos, que al ser recurrida es el origen de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valencia, a que hemos hecho referencia en la introducción de este pequeño estudio (13).

Tras el Auto denegatorio y con fecha de 25 de noviembre de 2008, Luis y Fernando interpusieron recurso contra dicho auto que fue resuelto por la DGRN con fecha 18 de febrero de 2009, estimando el recurso, revocando el auto y mandando que se proceda a la inscripción de los menores Alejandro y Diego en el Registro Civil Consular como hijos de Luis y Fernando.

Los argumentos esgrimidos por la Dirección General se centran en que en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en caso de adopción, y no cabe distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, por lo que si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales. Además, en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, por lo que no permitir que la

---

Sin embargo, esta vía interpretativa queda impedita por el hecho de que la citada reforma del Código Civil operada por la Ley 13/2005 ha dejado incólume toda la regulación del régimen legal de la filiación —arts. 112 a 141 CC—, sin que la reforma que se introduce en la redacción del artículo 48 de la Ley del Registro Civil tenga propiamente un alcance sustantivo o material, ya que la extensión a la filiación materna del régimen de constancia registral en la inscripción de nacimiento por referencia a la inscripción del matrimonio de los padres o por inscripción de reconocimiento, no pasa de ser una mejora de técnica legislativa referida a la forma de la constancia registral de tal filiación, puesto que la posibilidad de que la madre sea determinada por su reconocimiento del hijo es una posibilidad que ya antes de la citada reforma era admitida por nuestro Ordenamiento Jurídico con total claridad (cfr. art. 49 LRC). Pero es que, además, la reciente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, mantiene en esta materia de la determinación legal de la filiación el mismo esquema y contenido normativo que el que ya figuraba en la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de forma que tan solo contempla la posibilidad de que la filiación concurrente con la de la madre usuaria de las técnicas de fecundación asistida, sea la del marido o varón no casado con la madre que la consiente, tanto en el caso de que se utilicen gametos procedentes de estos como en el caso de la utilización de material reproductor procedente de donante anónimo (cfr. arts. 6 a 9 de la Ley 14/2006), sin que este Centro Directivo pueda ir por vía de interpretación más allá de lo recientemente decidido y aprobado por el legislador.

(12) RDGRN de 18 de febrero de 2009 (LA LEY 15366/2009).

(13) Con fecha de 7 de noviembre de 2008, Luis y Fernando, de nacionalidad española y cónyuges desde octubre de 2005, acudieron a inscribir en el Registro Consular de España en Los Ángeles el nacimiento de los recién nacidos Alejandro y Diego, como hijos del matrimonio por ellos formado.

Con fecha 10 de noviembre de 2008, el canciller encargado del Registro Civil Consular dictó auto acordando denegar la inscripción alegando básicamente que los menores cuya inscripción se solicitaba eran consecuencia de «gestación por sustitución», prohibida por la legislación española, debiéndose considerar la gestante como madre legal del niño.

filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo.

Atención al superior interés del menor, que se traduce en su derecho a una «identidad única», y que, a su vez, se traduce en el derecho a disponer de una filiación válida en varios países.

Inaplicación de la normativa española que prohíbe los contratos de gestación por sustitución y que establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (14).

El Centro Directivo indicó expresamente la inexistencia del fraude de Ley porque los interesados no han utilizado ninguna norma con el fin de eludir una ley imperativa española, y tampoco han incurrido en el denominado «forum shopping fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la ley imperativa española.

No tardó la propia Dirección General en publicar la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (15).

En la propia Instrucción, la Dirección insiste en la necesidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor (16), así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres, resultando necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida (17).

---

(14) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, acertadamente señala que: «lo que la sentencia comentada parece sugerir es la posibilidad de que aquél de los varones que fuera el padre biológico de los menores. ejercitara la acción de reclamación de la paternidad y que, posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, los hijos fueran adoptados por el otro cónyuge, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 del Código Civil».

«A mi parecer, esta solución, que sería posible (aunque creo que no deseable), según la ley española, es un tanto absurda, ya que, en definitiva, supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y, si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo, que va a llevar al mismo resultado?» —vid. «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, de 3 de noviembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY (LA LEY 13417/2010)—.

(15) BOE de 7 de octubre de 2010.

(16) Protección que comporta abordar tres aspectos importantes:

- los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento;
- la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores;
- la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico.

(17) Contrario a la solución propuesta por la Dirección se encuentra DE VERDA, que textualmente señala que: «...no es que la Instrucción pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible...».

Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo, para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente (18).

El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial, tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución.

Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España (19).

En resumen, la inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, solo 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.

Salvo que resultara aplicable un convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur*. Para proceder a la inscripción

---

(18) La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante.

En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen.

Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

(19) En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, será necesario instar el *exequátur* de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones que su inscripción no queda sometida al requisito del *exequátur*, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

En definitiva, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el *exequátur* de ésta. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción.

En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por *exequátur*, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana, y artículos 764 y siguientes de la LEC.

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 *exequátor*.

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 se deberá constatar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

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.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO URIETA, G.; CORTÉS CASTÁN, J., y DÍAZ GONZÁLEZ, J. A.: «Instrumentación genética y manipulación de embriones. Situación jurídica y aspectos bioéticos», en *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 1996, Ref. D-232, tomo 4, Editorial LA LEY (LA LEY 22586/2001).
- BUSTOS PUECHE, José Enrique: «El Derecho español ante las nuevas técnicas genéticas», en *Diario La Ley*, 1992, pág. 919, tomo 3, Editorial LA LEY (LA LEY 4098/2001).
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, de 3 de noviembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY (LA LEY 13417/2010).
- «Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)», en *Diario La Ley*, núm. 6161, Sección Doctrina, de 4 de enero de 2005, Año XXVI, Ref. D-2, Editorial LA LEY (LA LEY 2708/2004).

DE MARINO Y GÓMEZ-SANDOVAL, Belén: «La filiación en la fecundación asistida», en *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 1997, Ref. D-97, tomo 2, Editorial LA LEY (LA LEY 21794/2001).

DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> del Rosario: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, de 14 de diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY (LA LEY 13778/2010).

IGLESIAS MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel: «Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coordinado por Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO y otros, vol. 1, 2008, ISBN: 978-84-470-3064-4, págs. 471-489, editorial Thomsom Aranzadi.

PÉREZ MONJE, Marina: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 1.<sup>a</sup> ed., ISBN: 849-52-405-64.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida», en *Actualidad Civil* (LA LEY), núm. 10, quincena del 16 al 31 de mayo de 2007, páginas: 1109 a 1124, LA LEY 1694/2007.

## V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (por orden cronológico)

- Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, sentencia de 15 de septiembre de 2010, proc. 188/2010. Ponente: Esteban Tabernerero Moreno. Número de sentencia: 193/2010. Número de recurso: 188/2010. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7526, Sección «La sentencia del día», de 13 de diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.
- RDGRN de 5 de junio de 2006 (LA LEY 84038/2006).
- RDGRN de 11 de enero de 2007 (LA LEY 357013/2007).
- RDGRN de 18 de febrero de 2009 (LA LEY 15366/2009).
- Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (*BOE* de 7 de octubre de 2010).

## VI. LEGISLACIÓN CITADA

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (derogada por la anterior).
- Ley italiana de 19 de febrero de 2004, núm. 40, sobre «Normas en materia de procreación médica asistida».
- Ley francesa núm. 2004-800, de 6 de agosto de 2004, «Relativa a la bioética».
- Ley francesa núm. 1994-654, de 29 de julio de 1994, «Relativa al respeto del cuerpo humano».
- Ley francesa núm. 1994-654, de 29 de julio de 1994, «Relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal».

RESUMEN

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

*Por mandato imperativo contenido en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la posición de nuestro ordenamiento jurídico es clara puesto que se establece —incluso desde la ley anterior de 1988—, la nulidad de la gestación por sustitución. No obstante como consecuencia de que la figura es admitida en otros ordenamientos, surge el problema de la inscripción del nacimiento de un menor en el extranjero como consecuencia de esta técnica de gestación por sustitución. La Dirección General de los Registros ha resuelto que solo 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 a fin de evitar el tráfico de menores y primando siempre el superior interés del menor que se traduce en su derecho a una identidad única.*

ABSTRACT

SURROGATE MOTHERHOOD

*By the imperative mandate given in Act 14/2006 of 26 May on assisted human reproduction techniques, the position of our legislation is clear. Our laws state, even in the earlier Act of 1988, that surrogate motherhood is not legally valid. Nevertheless, because surrogate motherhood is accepted in other countries' laws, there arises the problem of how to register the birth of a child abroad gestated by a surrogate mother. The Directorate-General of Registries has decided that such births may be registered only if a judgment from a competent court declaring who the parents of the baby are is submitted with the registration application, in order to avoid any trafficking in children. The child's interest is always to be placed first, and that interest means the child has a right to a single identity.*

### 1.3. Derechos reales

**SOBRE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL HIPOTECANTE DEUDOR A LA FINCA HIPOTECADA. A VUELTAS CON EL AUTO 111/2010 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA**

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad Antonio de Nebrija

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA NATURALEZA Y FUNCIÓN DE GARANTÍA DE LA HIPOTECA.—III. LA HIPOTECA ES ACCESORIA A LA OBLIGACIÓN QUE GARANTIZA.—IV. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA: DACIÓN EN PAGO.—V. ARGUMENTOS LEGALES.—VI. CUESTIONES ECONÓMICAS Y DE LA PRÁCTICA BANCARIA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.