

Trabajo Fin de Grado

La maternidad subrogada y el Registro Civil

Autor/es

Claudia Benito San Miguel

Director/es

José Antonio Serrano García

Facultad de Derecho

Año 2014/2015

Índice:

Abreviaturas.....	4
Introducción.....	5
1. La maternidad subrogada.....	9
1.1. Concepto.....	10
1.2. Modalidades.....	12
1.3. Contrato de maternidad subrogada.....	13
1.4. Actualidad.....	14
2. Delimitación normativa, jurisprudencial y doctrinal.....	16
2.1. Delimitación normativa.....	16
2.2. Delimitación jurisprudencial.....	17
A. Caso de California.....	17
a) Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN.....	18
b) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010.....	20
c) Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.....	21
d) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.....	22
e) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil de 6 de febrero de 2014.....	24
f) Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil de 2 de febrero de 2015.....	27
2.3. Delimitación doctrinal.....	29
A. En contra.....	29
B. A favor.....	32
3. La maternidad subrogada y el Registro Civil: Posibles soluciones.....	34

4. Conclusiones.....	37
Bibliografía.....	39

ABREVIATURAS

LTRHA: Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

CP: Código Penal.

RC: Registro Civil.

UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

Art.: Artículo.

EEUU: Estados Unidos.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

LRC: Ley del Registro Civil.

RRC: Reglamento del Registro Civil.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

CE: Constitución Española.

MF: Ministerio Fiscal.

TS: Tribunal Supremo.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TFG: Trabajo de Fin de Grado.

INTRODUCCIÓN

Cuestión tratada en el Trabajo de Fin de Grado

Uno de los objetivos de la ciencia es el de buscar soluciones para aquellos casos en los cuales el cuerpo humano no pueda realizar las funciones para las que está diseñado. Entre esas funciones se encuentra la de la reproducción, y la ciencia, cumpliendo con sus objetivos, ha permitido que parejas con problemas de esterilidad, u otros relacionados, y cuya salida tradicional era la adopción, cuente con una solución más para llegar a cumplir su deseo de ser padres.

Este tipo de métodos, reciben el nombre de técnicas de reproducción asistida. Entre estas técnicas, pueden aparecer unas más desarrolladas y utilizadas, como es la fecundación *in vitro*; y otras, que por diversas causas, vienen estando limitadas por el Derecho, como la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

La maternidad subrogada, en términos sencillos, es una técnica mediante la cual una mujer gesta en su vientre un bebé para un individuo o una pareja que desea tener ese niño. Dicha mujer, podrá ser o no la madre biológica del niño, y podrá llevar a cabo este proceso a cambio de una prestación económica o de forma gratuita. Este método no puede llevarse a cabo en España, ya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la LTRHA, 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. Además, para aquellas personas que lleven a cabo los hechos que se entiende que completan esta actuación, el artículo 220 del CP impone una pena de prisión de seis meses a dos años.

La maternidad subrogada es también conocida por nombres más coloquiales como <<vientre de alquiler>> (a mi juicio término erróneo, ya que la utilización de esta expresión, considero, viene a cosificar de alguna manera el útero de la mujer que se presta a la práctica de dicha técnica de reproducción asistida), <<madre sustituta>>, <<contrato de gestación>> o <<maternidad intervenida>>. En el Derecho español, a esta técnica se le conoce como “gestación por sustitución”, y así viene mencionada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Ante la infinidad de opiniones que esta práctica genera, algunos autores han llegado a considerar o definir la maternidad subrogada como un fenómeno social en pleno

proceso de expansión¹; mientras que otros la consideran como contrato o acuerdo privado², o como un método más de la ciencia que debería ser regulado correctamente³.

El problema de esta técnica de reproducción asistida surge cuando las personas que desean tener un hijo, acuden a países en los cuales la maternidad subrogada está permitida, y después pretenden inscribir al bebé en el Registro Civil español, creándose de esta manera un choque entre legislaciones, normas y principios. En relación con este fenómeno, los autores y juristas presentan una gran variedad de soluciones que se irán estudiando a lo largo del TFG. Muchos autores, parten de la base de que las soluciones que se ofrecen hoy en día, son básicamente lo que se conoce como <<fraude de ley>>, y eso no debería ser una solución en sí misma.

Este Trabajo de Fin de Grado, se centra en esa maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida controvertida y su acceso al Registro Civil español. El objetivo es registrar los problemas, las opiniones, y en general, la evolución (social, política, legal, doctrinal y jurisprudencial) que ha habido en torno al tema y poder ofrecer una serie de soluciones legales para evitar la situación en la que quedan los menores.

Razón de la elección del tema y justificación de su interés

La ciencia avanza de forma acelerada en todos los ámbitos, ofreciendo increíbles resultados para los diferentes campos en los que se la requiere. Pero ello no implica que dichos avances sean acordes con lo que en cada país o cultura se considera legal ni tampoco ético. Y es en este punto, en el cual el Derecho hace su aparición.

El Derecho busca crear un marco legal en el que abarcar todas las opciones que ofrece la ciencia, con el objetivo de garantizar la seguridad de la sociedad. El problema del Derecho es que, a pesar de las modificaciones a las que se ve sometido de forma constante, tanto la ciencia como las necesidades y preferencias de la sociedad a la que

¹ VELA SÁNCHEZ, A.J, <<La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir de las madres de alquiler>>, en *Diario la Ley*, nº7608, 2011, p.1.

² JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V, <<La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales>>, en *Anuario de la Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V*, 2012, p.367.

³ DEL BURGO, M., <<Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios? Entrevista a Patricia Alzate, abogada>>, en *Tribuna del Derecho*, 2009, p.4.

Disponible en la dirección web: <http://www.tribunadelderecho.com/noticia.asp?id=611>

protege evolucionan a mayor velocidad. Esto provoca lo que yo coloquialmente denominaría como <limbo> en el que el Derecho, a pesar de establecer una preferencia en sus normas, no llega a todo lo que se le requiere. Los individuos aprovechan dicha confusión para utilizar de alguna manera las normas en su beneficio. Esta forma de manejar el Derecho genera un jugoso debate como el que se presenta con el tema de la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada, en general, es un tema controvertido en sí mismo ya que entremezcla en su debate opiniones desde distintos campos (ciencia, Derecho, ética, etc.). No obstante, en España, a pesar de existir una regulación al respecto, tal y como he indicado al inicio, es insuficiente. Tenemos un artículo que establece la nulidad de los contratos de este tipo, pero en caso de que se lleve a cabo dicho contrato en otro país, no hay una norma *erga omnes* que establezca qué hacer. En este punto concreto, es donde comienza el debate, ya que ante esa falta de ley entran las interpretaciones. Las consideraciones y opiniones de juristas, dan lugar a la creación de una tendencia jurisprudencial y doctrinal que solapa de alguna forma ese <<limbo>> que he mencionado anteriormente.

La elección de este tema, en conclusión, se debe a que se trata de una cuestión muy controvertida para la cual no hay una solución legal concreta y ello hace que las medidas que se establecen se basen en interpretaciones y opiniones de juristas. Nos encontramos ante un debate que tiene incidencia en muchos ámbitos y en el que están en juego los intereses de unos menores que no pueden protegerse por sí mismos. De ahí, que decida mostrar y estudiar esas interpretaciones y soluciones aportadas a casos reales, y generar, en base a ello, soluciones para aquellas familias que desean acceder a la inscripción de sus hijos en el RC.

Para abordar el tema de la maternidad subrogada y su acceso al RC, he dividido el trabajo en cinco puntos:

- En el primer punto (<<maternidad subrogada>>), desarrollo el concepto y expongo las modalidades que existen. Además, también se realiza una pequeña mención a lo que se consideraría un contrato de maternidad subrogada, haciendo hincapié en la causa y objeto y el porqué de su ilicitud. Por último, en este

punto, se analiza la actualidad de esta técnica y las consecuencias de su prohibición en algunos países.

- En el segundo punto (<<delimitación normativa, jurisprudencial y doctrinal>>), se observa una conexión de los tres ámbitos: se presentan las normas existentes sobre maternidad subrogada; posteriormente, se muestra su aplicación por parte de los Jueces en casos reales; y por último, se estudia la opinión de los autores y juristas en relación con las normas y su aplicación.
- En el tercer punto (<<maternidad subrogada y el Registro Civil: posibles soluciones>>), se busca ofrecer distintas soluciones legales para las personas que no pueden acceder al RC por haber utilizado esta técnica de reproducción asistida.
- Por último, el TFG finalizará con una conclusión en la que, después de haber estudiado el tema y analizado todos los puntos de vista, daré mi visión particular sobre la maternidad subrogada y su acceso al RC español.

Metodología empleada.

La metodología empleada en mi Trabajo de Fin de Grado es básicamente bibliográfica. La búsqueda de información ha sido, mayormente, a través de Internet, accediendo a revistas jurídicas en las que encontrar la opinión de autores reconocidos en la materia y a través de la lectura de libros especializados en Derecho civil de familia y en esta técnica de reproducción asistida. También he examinado jurisprudencia a través del buscador de jurisprudencia conocido como CENDOJ, y he recogido el caso más curioso y tratado por la mayoría de los juristas, desde su inicio hasta lo que ha aparecido hace escasos meses. He observado también historias reales a través de organizaciones destinadas a informar y prestar servicios legales en relación con la inscripción de menores en el RC español concebidos por maternidad subrogada. Asimismo, he examinado lo que a la sociedad se le hace llegar a través de los medios de comunicación periodísticos en relación con esta técnica de reproducción asistida, para entender qué percibe la sociedad sobre este método y cuánta información se le presta al respecto.

1. LA MATERNIDAD SUBROGADA

En aquellos casos en los cuales un individuo o una pareja no pueden llegar a concebir hijos de manera natural, existen una serie de técnicas o métodos biomédicos que les pueden permitir ser padres. Dichas técnicas aparecen en los años 70, y son las denominadas técnicas de reproducción asistida, las cuales facilitan o sustituyen los procesos naturales que se dan durante la reproducción. Existen numerosos métodos de reproducción asistida en la actualidad y entre los reconocidos están: la inseminación artificial, la fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones, y la transferencia intratubárica de gametos⁴.

Ante la velocidad a la cual la ciencia va avanzando y buscando nuevas formas de satisfacer el deseo de muchas parejas, el Derecho intenta de alguna manera adaptarse y velar para que estos métodos no perjudiquen los intereses ni derechos de las personas que recurren a ellos. En concreto, en España esta materia se regula por primera vez en 1988 con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, siendo ésta una de las primeras leyes en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en países de nuestro entorno cultural y geográfico⁵. Ante los numerosos avances científicos y la necesidad de respuestas ante las exigencias de la sociedad, se hizo necesaria una modificación de la primera Ley, mediante la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, mediante la cual se limitó a tres el máximo de ovocitos que se podían generar en cada ciclo reproductivo. En la actualidad, la Ley que regula los métodos de reproducción asistida, es la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que deroga la normativa anterior.

La Ley 14/2006 tiene por objeto <<regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas; 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

⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, F. y PIZARRO MORENO, E., <<La filiación>>, en *Derecho de familia*, Pérez Velázquez et al. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 183.

⁵ Exposición de motivos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley; [...]>>⁶ entre otros.

La filiación para los casos en los que se hayan utilizado técnicas de reproducción asistida viene regulada en los artículos 7, 8, 9 y 10. Existe una remisión a las Leyes civiles, salvo las especificidades que se recogen en dichos artículos.

- El artículo 8.1⁷, se centra en el consentimiento prestado por los cónyuges o los componentes de la pareja de hecho para determinar la filiación del niño.
- El artículo 9⁸, persigue regular la fecundación de la mujer tras la muerte de su pareja de hecho o cónyuge,
- Por último, el artículo 10 establece la regulación para aquellos casos de gestación pos sustitución. En dicho artículo se indica 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>>. Esta será la especificidad que se estudiará a continuación.

1.1. Concepto

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida mediante la cual, un individuo o una pareja, ante la imposibilidad de tener un hijo, acude a una tercera persona para lograr llevar a cabo su deseo de tener un bebé. Esta tercera persona, será una mujer que, mediante contraprestación o a título oneroso, se compromete a gestar un bebé para que los primeros mencionados puedan ser padres, biológicos o no. Esta técnica de reproducción asistida aparece por primera vez en California en 1975, cuando en un periódico de la ciudad se publica un anuncio en el cual se solicitaba una

⁶ Artículo 1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁷ Artículo 8.1 LTRHA <<Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación>>.

⁸ Artículo 9 LTRHA <<1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, [...]>>.

mujer para ser inseminada artificialmente a petición de una pareja estéril que estaba dispuesta a ofrecer recompensa o remuneración.

La maternidad subrogada, como tema controvertido, ha posibilitado la creación de numerosas definiciones y opiniones sobre la misma.

Francisco Javier Jiménez Muñoz, define la maternidad subrogada como un <<supuesto por el que una pareja de comitentes (también denominados padres intencionales), que por cualquier motivo no pueden o desean tener un hijo por sí misma, realiza un contrato con una madre sustituta o portadora (o madre subrogada), a fin de que, previa inseminación de ésta, dé a luz el niño deseado, entregándoselo a aquellos y siendo considerado el hijo de tal pareja>>⁹. Esta definición planteada por el profesor Jiménez Muñoz, ofrece una visión más destinada a observar la existencia del contrato que se plantea para estos casos.

Hay otras definiciones desde las que se detalla más la realidad de la práctica de este método de reproducción asistida, conceptualizando la maternidad subrogada, a mi juicio de forma muy interesante y adecuada, como un fenómeno social en pleno proceso de expansión¹⁰ en un mundo globalizado¹¹. Dicha expansión o proliferación, viene siendo observada en los últimos años de forma notable, debido a numerosos factores como el retraso intencional de las mujeres a la hora de tener hijos para poder gozar de un desarrollo laboral pleno, provocando de algún modo que, al tener hijos a una edad más avanzada las posibilidades de quedarse embarazadas disminuyan o la salud del bebé se vea afectada¹² (de esta manera, una mujer joven puede tener el bebé al que ellas no pueden acceder de forma natural, o pudiendo, puede ser peligroso tanto para su salud como para la del bebé). Otra causa por la cual numerosas parejas deciden acudir a la maternidad subrogada, es la posibilidad de que las parejas homosexuales formen una familia. Las parejas homosexuales compuestas por dos mujeres tienen mayores posibilidades por razones obvias; mientras que las parejas compuestas por dos hombres tienen la

⁹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., <<Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)>>, en *Revista boliv. de derecho*, nº18, 2014, pp. 404-405.

¹⁰ VELA SANCHEZ, A.J., <<La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir...>>, *cit.* p. 1

¹¹ 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 DGRN>>, en *Abogados de familia*, nº60, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, Editorial La Ley, p. 1.

¹² DEL BURGO, M., <<Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios? Entrevista a Patricia Alzate, abogada>>, en *Tribuna del Derecho*, 2009.

Disponible en la dirección web: <http://www.tribunadelderecho.com/noticia.asp?id=611>

posibilidad de adoptar, o bien, si desean tener hijos biológicos, pueden acceder a este método. Frente a estas causas mencionadas que se dan ante las nuevas perspectivas sociales, existen causas más tradicionales, como la causa mencionada en la introducción, que es la imposibilidad de tener hijos por problemas de esterilidad.

1.2. Modalidades.

En términos generales, se distinguen dos modalidades de maternidad subrogada:

- 1) La maternidad subrogada plena: esta modalidad, también es conocida como maternidad subrogada tradicional o total, y es realizada normalmente a través de la inseminación artificial¹³. Se conoce con este nombre a aquella técnica por la cual una mujer es inseminada artificialmente para gestar un bebé en su propio óvulo. Dicho de otra manera, aquel caso en el cual la madre de alquiler aporta material genético que podrá ser inseminado con el esperma del sujeto o de uno de los miembros de la pareja que contrata o de un tercero¹⁴.
- 2) La maternidad subrogada gestacional o parcial: en esta modalidad, la madre gestante, únicamente se limita a gestar el embarazo ya que ha sido inseminada artificialmente en un óvulo que no es suyo. Puede ser que el óvulo pertenezca a la familia contratante, o puede ser que provenga de una donación anónima¹⁵. En esta ocasión, se puede decir que lo que se lleva a cabo, aunque no es la expresión adecuada desde mi punto de vista, es el alquiler del útero de la mujer. En relación con esta opción es muy interesante el comentario que realiza Jiménez Muñoz, ya que considera la distinción entre lo que es la <<maternidad genética>> y la <<gestación>>¹⁶.

Esta modalidad de maternidad subrogada, se subdivide en una serie de supuestos que pueden dar lugar a la maternidad subrogada gestacional o parcial:

- a) Aportación por la pareja comitente de la totalidad del material genético, de modo que la mujer sustituta únicamente llevará a cabo la gestación.

¹³ JIMENEZ MUÑOZ, F.J., <<Denegación de la inscripción de la filiación...>>, *cit.* p. 405.

¹⁴ VELA SANCHEZ, A.J., <<La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir...>>...*cit.*p.2.

¹⁵ JIMENEZ MARTINEZ, M.V., <<La inscripción de la filiación derivada...>>... *cit.* pp. 367-368.

¹⁶ JIMENEZ MUÑOZ, F.J., <<Denegación de la inscripción de la filiación...>>...*cit.* p. 405.

Por tanto, los progenitores biológicos del nacido serán los miembros de la pareja comitente.

- b) Aportación de la pareja comitente únicamente de los gametos de una cuarta persona, normalmente también interviniente en el acuerdo de maternidad subrogada. Nuevamente, la mujer sustituta únicamente llevará a cabo la gestación, sin aportar material genérico alguno, siendo padres biológicos el miembro de la pareja comitente que aportó sus gametos y el donante.
- c) La pareja comitente no aporta gametos, obteniéndolos de donantes de semen y ovocitos, normalmente intervinientes en el acuerdo de maternidad sustituta. Al igual que en la situación anterior, la mujer sustituta únicamente llevará a cabo la gestación, sin aportar material genérico alguno, pero ahora serán padres biológicos del nacido los correspondientes donantes.

1.3. Contrato de maternidad subrogada.

La maternidad subrogada, generalmente, se lleva a cabo mediante la firma de un contrato. Algunos autores, definen la naturaleza de este contrato no tipificado como de arrendamiento de servicios o de obra¹⁷.

Al igual que en cualquier otro contrato que pueda observarse, el contrato de maternidad subrogada se entiende válido y lícito en cuanto exista consentimiento, objeto cierto que sea materia del contrato, y causa (art.1261 CC). En concreto en España, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.1 LTRHA, se declarará *<<nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero>>*. La nulidad de este contrato, se basa en lo establecido en este artículo 10.1, y a su vez, observando los requisitos esenciales de validez expuestos anteriormente citados. En relación con la causa, de acuerdo con el artículo 1275 del CC en el hecho de que la causa es ilícita, y su objeto, está fuera del comercio de los hombres, ya que en

¹⁷ DÍAZ ROMERO, M^a del Rosario, *<<La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico>>*, en *Diario La Ley*, nº 7527, Sección Doctrina, 2010, p.1.

ningún caso puede considerarse a un niño como objeto de un contrato¹⁸. También incumple los límites de la autonomía privada establecidos en el artículo 1255 CC por ir en contra de la ley, como se acaba de exponer, la moral y el orden público, ya que en este último caso no hay que olvidar que las normas relativas al estado civil de las personas son indisponibles para los particulares.

1.4. Actualidad.

A día de hoy, la mayor parte de los países del mundo no tienen legislada, y por lo tanto permitida, la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida. Sólo existe una minoría de países que permiten la práctica de este método, aunque con una serie de limitaciones. Los países en los que la maternidad subrogada está permitida, son: California (país reconocido por ser el más liberal en la materia), Gran Bretaña (únicamente se permite en Inglaterra y Escocia), Israel, India, Rusia, Canadá, México, Corea, Hungría, Grecia, Holanda y Francia¹⁹. Tailandia era uno de los países que formaban parte de esta lista, pero en este último año ha prohibido la gestación por sustitución a los extranjeros. Esta prohibición viene a raíz de una serie de escándalos ocurridos en el país por el abandono de un recién nacido con síndrome de Down o un caso en el cual un hombre de nacionalidad china que podría haber engendrado más de 10 hijos a través de esta técnica. Este país era uno de los destinos favoritos ya que el coste del proceso era menor que en EEUU y no existía ninguna norma que prohibiera a parejas del mismo sexo acceder a dicha práctica. Sin embargo, desde el pasado 20 de febrero, sólo se permite la utilización de este método a las parejas heterosexuales en las que uno de los componentes como mínimo sea tailandés, estableciendo multas de más de 5.000 euros y hasta 10 años de prisión en caso de incumplimiento²⁰.

No obstante, existen otros países que se suman a la lista de países que permiten la maternidad subrogada. Es el caso de Vietnam, que desde este año ha legalizado esta práctica con fines humanitarios, es decir, únicamente podrán recurrir a la gestación por sustitución aquellas personas sin útero debido a problemas congénitos o relacionados

¹⁸ PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de Técnicas de reproducción asistida*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pp. 346 y ss.

¹⁹ DEL BURGO, M., <<Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios?...>> *cit.* p. 2.

²⁰ Noticia obtenida en: <http://www.vientredealquilerespaña.es/tailandia-prohibe-la-gestacion-por-sustitucion-a-los-extranjeros/>

con la obstetricia y personas a las que se le recomienda esta técnica por problemas de salud. Además, se han establecido una serie de requisitos como, por ejemplo, que la gestante tenga algún vínculo familiar con alguna de las partes del matrimonio, que no sea su primer parto y que goce de buena salud²¹.

El hecho de que en unos países se permita la gestación por sustitución y en otros no, ha dado lugar a un fenómeno conocido coloquialmente como “turismo reproductivo”²², definido como un turismo primordialmente sanitario, que responde al deseo de unos padres de concebir un hijo mediante esta técnica y acuden a aquellos países en los que está permitida para llevarla a cabo. El problema que surge con esto, es que no hay una regulación homogénea internacional que ofrezca las mismas garantías tanto para las parejas que acuden como para las mujeres que llevan a cabo la gestación. A ello se suma el hecho de que, de alguna manera, las mujeres que llevan a cabo este trabajo pueden poner en riesgo su propia salud, por lo cual una normativa que no garantice sus derechos, puede llevar a la creación de mafias que mediante fraudes de ley se aprovechen de las necesidades de mujeres con pocos recursos económicos.

²¹ Noticia obtenida en: <http://www.vientredealquilerespaña.es/vietnam-legaliza-la-gestacion-sustituta/>

²² OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., <<Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución>>, en *Iguals y Diferentes ante el Derecho privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 465-516.

2. DELIMITACIÓN NORMATIVA, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL.

2.1. Delimitación normativa.

Para establecer una delimitación normativa sobre la maternidad subrogada, es necesario comenzar destacando el hecho de que en España sólo existe un artículo que regula expresamente la maternidad subrogada: el art.10 LTRHA. Dicho precepto se divide en tres apartados que recogen lo siguiente: en el primer apartado, se establece la nulidad de los contratos de maternidad subrogada; en el segundo lugar, se indica que la filiación se determina en el parto; y por último, se establece la posibilidad de acceder a la acción de reclamación de la paternidad para los padres biológicos.

En relación con el primer apartado del art.10 LTRHA, es importante recordar que, independientemente de lo establecido en este artículo, el contrato de maternidad subrogada es nulo aplicando las normas civiles por ilicitud de causa y de objeto. Esto es así porque, tal y como se ha indicado en un apartado anterior, en el art.1271 CC se establece que el objeto de todo contrato serán aquellas cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras y se entiende que las personas no son parte del comercio; y en relación con la causa, indica el art.1275 que los contratos con causa ilícita, entendiendo la gestación y entrega de un bebé como ilícito, no producirá efecto alguno. En este último artículo citado, se considera ilícita aquella causa que se opone a las leyes o a la moral.

En el segundo apartado, se establece que el vínculo de la maternidad subrogada deriva del parto, y por tanto se considerará madre legal del bebé a aquella que haya dado a luz al niño sin tener en cuenta a quién pertenezca el óvulo. Esto es así porque el legislador español da prevalencia a la gestación basándose en la relación psicofísica de la madre con el bebé durante los nueve meses de gestación²³. Esta posición, responde a la postura de Derecho romano denominada <<*mater semper certa est*>>²⁴, derivada del Derecho

²³ OLIVA BLÁZQUEZ, F. y PIZARRO MORENO, E., <<La filiación>>... *cit.* p. 187.

²⁴ Se establece el principio “*mater semper certa est*”. Se trata de una expresión latina en virtud de la cual se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo. Es decir, madre se considerará a aquella que dé a luz al bebé.

natural, y para algunos ésta <<excluye el arbitrio humano, porque, en último término, o proviene de Dios o una exigencia ineludible de la moral>>²⁵.

Por último, en el tercer apartado, se entiende que dicha acción de reclamación se concede atendiendo a lo establecido en las reglas generales²⁶, aunque como se verá posteriormente este tercer punto, es el que permite acceder al RC algunos casos de maternidad subrogada.

A pesar del hecho de que existe regulación expresa para solventar algunas de las cuestiones que puedan derivar de la maternidad subrogada, no todas las opciones posibles quedan abarcadas en este artículo. Es en este punto en donde comienza la interpretación de una serie de normas del ordenamiento jurídico.

La interpretación puede darse en el ámbito jurisprudencial y en el ámbito doctrinal.

2.2. Delimitación jurisprudencial.

A) Caso californiano.

Para delimitar la línea de evolución jurisprudencial en relación con la maternidad subrogada, es necesario analizar el caso más controvertido situado en España y tratado por los Tribunales españoles.

Un matrimonio homosexual de Valencia solicita la inscripción de dos niños recién nacidos en el RC español en California y que se determine a su favor su filiación. Esta pareja de varones, aporta una certificación registral extranjera emitida por la autoridad administrativa del Registro de California en la que queda indicada la inscripción del nacimiento de los bebés y la filiación a favor de esta pareja. Los menores que se citan, habían sido fruto de un contrato de maternidad subrogada.

²⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J., <<La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a...>>, *cit.* p. 2.

²⁶ Entiendo por reglas generales en relación con la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, aquellas determinadas en el art.8 LTRHA <<1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación [...]>>.

Ante la solicitud de estos padres, el Encargado del RC deniega la inscripción de los menores basándose en el artículo 10 LTRHA. Esta denegación mediante Auto, es recurrida ante la DGRN.

a) Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN.

La respuesta ante dicho recurso, se produce mediante Resolución de 18 de febrero de 2009, por la cual se permite la inscripción de los menores basándose en los siguientes argumentos:

En primer lugar, al tratarse de una inscripción en el RC español mediante certificación registral extranjera considera de aplicación el art. 81 RRC, y, por tanto, considera innecesaria la aplicación de las conocidas como <<normas de conflicto>>.²⁷ Dicho artículo 81 RRC implica la superación de un <<control de legalidad>>, entendiendo por tal: que la certificación sea un documento público en atención a lo establecido en el artículo 323.2º LEC²⁸; que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas de acuerdo con lo indicado en el art. 85 RRC²⁹; y por último, que la certificación cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener <<fuerza en España>> y acceder al RC español (exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera, de respeto de los derechos de defensa de los interesados y del orden público internacional español).

En segundo lugar, y en relación con el mencionado orden público internacional español, no se considera que la inscripción de los dos menores protagonistas vulnere dicho orden ya que en España también es posible realizar esta inscripción de filiación en

²⁷ Fundamento de Derecho III de la Resolución de 18 de Febrero de 2009: <<La aplicación del art. 81 del RRC excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes [...]. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera”.

²⁸ Art. 323.2º LEC: <<[...] se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos. 2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España>>.

²⁹ Art.85 RRC: <<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>>.

caso de que dos varones adopten o a favor de dos mujeres (según CAMARERO GONZÁLEZ, los argumentos en los que se basa la Dirección General van más allá del orden público, y entran en motivaciones de conveniencia³⁰). También hace mención a la necesidad de proteger el interés superior del menor, considerando su derecho a <<una identidad única>>³¹. Tiene en cuenta, que en el Derecho español, la filiación natural no se determina únicamente por el hecho de la existencia de una vinculación genética, ya que se permite la filiación a favor de dos mujeres. Niega la existencia de un fraude de Ley del artículo 12.4 CC basándose en que los interesados no han intentado evadir ninguna norma imperativa española.

Por último, recuerda que los menores nacidos en California ya ostentan la nacionalidad española de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17.1.a) CC³², haciendo especial hincapié en la precisión legal por la cual son españoles de origen los “nacidos” de padre o madre españoles³³.

En opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE³⁴, la estimación del recurso y, por tanto, la aceptación de la inscripción de los menores en el RC español, da validez a lo que en realidad es un claro fraude de ley teniendo en cuenta la definición de este concepto que se determina en el art. 6.4 CC³⁵.

³⁰ CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., <<Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución>>, en *Diario La Ley*, nº 7910, 2012, p. 2.

³¹ En la Resolución, se menciona el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990), en vigor en España desde el 5 de enero de 1991).

³² Art.17.1.c) CC: << 1. Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles>>.

³³ Cuestión del <<dobles espejo>>: problema que surge cuando la determinación de la “nacionalidad” se vincula a la cuestión de la “filiación” y, al mismo tiempo, la cuestión de la filiación se vincula a la determinación de la nacionalidad del nacido (art. 9.4 CC). Este círculo se rompe con la expresión utilizada en el art. 17.1.a) CC de “nacidos” de padre y madre españoles, ya que no se exige de esta forma que haya quedado determinada legalmente la filiación. Será suficiente con la acreditación del “hecho físico de la generación”. Por ello, y de acuerdo con la Resolución de 18 de febrero de 2009, para considerar “nacido” de español a un individuo, basta con que consten “indicios racionales de su generación física por progenitor español”.

³⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE DÍAZ, C., *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia*, Volumen 4º, 4ª Edición, Colex, Madrid, 2013, pp. 349-350.

³⁵ Art. 6.4. CC: <<Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir>>.

b) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010.

La Resolución analizada anteriormente, fue recurrida por el Ministerio Fiscal y el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia dictó sentencia el 15 de septiembre de 2010.

Se indica en esta sentencia, que la DGRN ha aplicado directamente el art. 81 RRC, sin tener en cuenta que el mencionado artículo viene a desarrollar la LRC <<de evidente valor mayor normativo>>³⁶, y que no tiene en cuenta el art. 23 LRC. En este artículo, se establece que el Registrador sí está obligado a realizar un control de fondo del contenido de la certificación extranjera y asegurarse de que no se incurra en contradicción con la Ley española. Y en este caso concreto, así sucede ya que el art. 10 LTRHA prohíbe este contrato.

Además, en respuesta a la acusación de discriminación por solicitud de inscripción por parte de dos varones, el Juez indica que la denegación nada tiene que ver con el sexo de los padres, sino por tratarse de un contrato de maternidad subrogada.

En relación con el interés superior del menor y su derecho a una identidad única alegado por la DGRN, responde el Juez en esta sentencia considerando acertada tal afirmación, pero añadiendo, en mi opinión de forma acertada, que <<el fin no justifica los medios>>. Se indica que el ordenamiento jurídico español dispone de medios suficientes para hacer las cosas bien sin llegar a este punto de controversia.

Por último, 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.

Concluye la sentencia estimando la demanda interpuesta por el MF contra la Resolución de 18 de febrero de 2009, dejando sin efecto la inscripción de los menores en el RC Consular de Los Ángeles, y por tanto, revocando la decisión de la DGRN aplicando el principio de jerarquía normativa.

³⁶ FD Tercero de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010.

c) Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

En medio de todo el desarrollo del caso, la DGRN publica esta instrucción en la cual modifica ligeramente el criterio establecido en la Resolución de 18 de febrero de 2009. Admite la posibilidad de inscribir en el RC aquellos nacimientos de menores en el extranjero mediando contrato de maternidad subrogada, siempre que uno de los solicitantes tenga nacionalidad española.

Parte de la nulidad del contrato de maternidad subrogada establecida en el art. 10.1 LTRHA, aunque observa que de acuerdo con lo recogido en el art. 10.3 de la misma Ley, es posible el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna (acciones recogidas en el art. 764 y ss. LEC).

El objeto de la Instrucción, es el de <<dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución>>. Es decir, es un medio para proteger tanto los intereses y derechos de los menores, como de las madres que los gestan entre otros. Esta protección se contempla desde tres puntos en la Instrucción: en primer lugar, mediante la creación de instrumentos para que la filiación tenga acceso al RC español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española; en segundo lugar, que la inscripción en ningún momento pueda dar lugar a casos de tráfico internacional de menores; y por último, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico.

Para lograr la protección mencionada, la Instrucción establece como requisito previo a la inscripción la presentación ante el Encargado del RC de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. Este requisito, se exige por tres razones: la existencia de esta resolución, permite el control judicial de los requisitos de perfección y contenido del contrato de maternidad subrogada y su adecuación a la ley del país en el que se ha formalizado y la protección de los intereses del menor y de la madre gestante; en segundo lugar, permite un control de la capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante; y en tercer lugar, trata de evitar que el contrato de maternidad subrogada sirva de cobertura legal al tráfico internacional de menores.

En caso de que la resolución judicial extranjera haya sido dictada en un procedimiento contencioso, será necesario instar por el particular el exequátur³⁷ ante los Juzgados de Primera Instancia de acuerdo con lo establecido en los arts. 954 y 955 LEC de 1881. Todo ello, sin perjuicio de la opción que continua teniendo el interesado de intentar la inscripción de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.3 LTRHA tal y como se ha indicado al inicio.

A juicio de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, esta Instrucción admite la inscripción de los menores a pesar de la existencia de una clara prohibición legal avalada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, dando validez a un fraude de ley (mediante su negación³⁸) <<con el único apoyo de la mencionada Instrucción de la DGRN, cuyo valor normativo es ciertamente endeble>>³⁹.

Otros autores, entienden que si se permite la inscripción de la filiación determinada en el país de origen en nuestro RC a través de esta Instrucción, se está vulnerando el principio de legalidad del art.23 LRC⁴⁰. Por otro lado, VELA SÁNCHEZ defiende la Instrucción se puede entender como un instrumento que establece las premisas para la regulación de la maternidad subrogada⁴¹.

d) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.

El matrimonio de Valencia, interpone un recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia del día 15 de septiembre de 2010. La cuestión pasa a ser analizada por la Audiencia Provincial,

³⁷ El exequátur es un proceso de carácter sumario de reconocimiento y autorización, cuyo propósito es introducir en determinado ordenamiento, para su respectiva tutela, eficacia, coercitividad y ejecución, uno o varios pronunciamientos dictados por una autoridad jurisdiccional extranjera o por un tribunal arbitral foráneo que entrañan la condición de ser ejecutorios.

Definición obtenida en: sitios.poder-judicial.go.cr/sala1/divulgacion/exequatur.pdf

³⁸ CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., <<Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución>>, en *Diario La Ley*, nº 7910, 2012, p.7.

³⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE DÍAZ, C., *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia... cit.* p. 350.

⁴⁰ GARCÍA ALGUACIL, M.J., <<¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014>>, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº3/2014, 2014, p .5.

⁴¹ VELA SÁNCHEZ, A.J., >>La gestación por sustitución o maternidad subrogada...>>...cit. p.

centrando la atención en si una certificación registral extranjera que documenta una filiación consecuencia de gestación por sustitución, puede acceder al RC.

Comienza la Audiencia considerando de aplicación el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), por el cual deberá tenerse en cuenta el art. 23 LRC; y por tanto, los arts. 81 y 85 RRC no podrán contradecir lo dispuesto en la LRC.

Asimismo, considera la Audiencia que la admisión de la certificación registral extranjera sí contraría el orden público internacional español. El legislador español, prohibió la maternidad subrogada teniendo en cuenta una serie de principios y normas españolas como el derecho a la integridad moral (art. 39.2 CE), el derecho a la dignidad (art. 10 CE), el hecho de que no pueden ser objeto de contrato todas las cosas que estén fuera del comercio de los hombres (art. 1271 CC), etc.

Hacen mención a la Instrucción de la DGRN analizada en el apartado anterior, y entiende la Audiencia que en este supuesto no se da el cumplimiento del requisito que en dicho documento se exige (no existe una previa decisión judicial). No obstante, consideran que no existe un fraude de ley como tal del art. 12.4 CC, sino más bien una huida de la normativa española.

Se niega en esta Sentencia la infracción del principio de igualdad y la prohibición de discriminación del art. 14 CE, considerando lo mismo que en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia recurrida. Explica que una pareja de dos mujeres que acudiera a la utilización de este método de reproducción asistida, tampoco tendría acceso al RC español; pero que la inscripción en el RC, si se efectúa, es por el hecho de que las mujeres no necesitan acudir a una tercera mujer para tener un hijo, mientras que para los hombres es biológicamente imposible gestarlo por sí mismos y es obvia la necesidad de utilización de esta técnica.

Por último y en relación con la protección del interés del menor, coinciden en que es lo principal, pero consideran que dicha protección no puede perseguirse infringiendo la normativa española, y más a más cuando el mismo ordenamiento jurídico permite proteger el interés del menor mediante otros cauces legislativos.

Por todo lo citado, desestiman el recurso de apelación, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia.

- e) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014.

Se interpone un recurso de casación ante el TS contra la Sentencia anteriormente citada dictada en apelación por vulneración del art. 14 CE en relación con el derecho a una identidad única de los menores y la defensa del interés superior de los mismos. El TS desestima el recurso por un estrecho margen al formular voto particular cuatro de los nueve magistrados que compusieron la Sala, lo que pone de relieve las posiciones encontradas que genera la gestación por sustitución⁴².

En relación con la valoración de la sala, su argumentación se divide en tres puntos:

- En primer lugar, el reconocimiento de decisiones extranjeras teniendo en cuenta el orden público internacional español. Considera la sala, que ha de tenerse en cuenta el art. 23 LRC por el cual no es sólo necesaria una observación de los aspectos formales de la certificación registral extranjera, sino que es obligatorio un examen de la cuestión de fondo de la misma⁴³. La <<legalidad conforme a la Ley española>> que se exige en este art. 23, requiere un respeto de las normas, los principios y valores que encarnan el orden público internacional español. Añade el Tribunal, que si bien es cierto que la filiación hoy en día no sólo se determina por vínculos biológicos, la adopción y los avances de la ciencia en relación con técnicas de reproducción asistida en ningún momento deben vulnerar la dignidad de una mujer y de un menor llegando a cosificarlos como mercancía. En consecuencia, y pretendiendo proteger dichos principios y, por tanto, el orden público internacional español, es de aplicación el art.10 LTRHA. Es importante, tomar en consideración la advertencia del Tribunal sobre el hecho de que la LTRHA no sólo prohíbe el contrato de maternidad subrogada, sino que

⁴² 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.

⁴³ PARRÓN CAMBERO, M.J., <<Ventre de alquiler mater semper certa est, pater semper incertus est>>, en *Diario La Ley*, nº8269, 2014, p. 2.

determina a su vez la filiación materna por el parto, y permite la posibilidad de la filiación paterna por acción de reclamación de paternidad.

- En segundo lugar, considera la sala que la discriminación por razón de sexo u orientación sexual no se sostiene, manteniendo la misma argumentación otorgada en anteriores Instancias.
- Por último, pasa a la determinación del interés superior del menor. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que como tal da lugar a un intenso debate. Considera el Tribunal, que la concreción de ese interés, no debe realizarse conforme a los puntos de vista personales, sino valorando los principios de la sociedad que inspiran su propia legislación.

Es necesario destacar que con este caso, no sólo entra en juego la protección de este interés, sino también importantes principios y derechos como el derecho a la integridad y la dignidad de la mujer que se presta a este tipo de prácticas.

En relación con la desprotección de los menores, el Tribunal considera que sí se exponen a dicha desprotección, pero que el vínculo familiar puede obtener la deseada protección mediante otros cauces legales como el que el propio artículo 10 LTRHA en su tercer apartado ofrece⁴⁴.

Confirma por tanto la Sala los argumentos esgrimidos por instancias anteriores en relación con el interés superior del menor, y añade 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 internacionales que prevé la legislación de California, sino que habrá que 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 conclusión, el voto mayoritario, falla desestimando el recurso de casación, e instando al MF a que ejercite las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración el núcleo familiar de facto.

⁴⁴ PARRÓN CAMBERO, M.J., <<Ventre...>>...*cit.* p.3.

En relación con el voto particular formado por cuatro magistrados de la sala, es importante destacar que la cuestión, consideran, debe centrarse en el reconocimiento de una filiación ya reconocida en California. Por tanto, de lo que se trata es de reconocer una decisión extranjera válida y legal conforme a la normativa americana.

En opinión de esta parte de la Sala, el contrato de maternidad subrogada supone una manifestación del derecho a procrear especialmente importante para aquellos que no pueden tener un hijo genéticamente propio, tal y como sucede en este caso. Asimismo, tienen en cuenta que el consentimiento de la madre gestante se hace ante una autoridad judicial que vela por la protección de la mujer, que no se puede subestimar la capacidad de consentir de la mujer gestante, y que, tratándose de un acuerdo voluntario, no se cosifica absolutamente nada llegando al caso de otorgar al niño una familia.

Menciona la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por la cual lo considerado nulo por ley, pasa a ser una cuestión permitida en caso de cumplimiento de una serie de requisitos.

Finalmente, cabe destacar una frase en la cual se relaciona el orden público internacional español con el interés superior del menor: <<no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada>>.

Por todo ello, casan de la sentencia recurrida, revocan la del Juzgado y la desestiman la demanda formulada por el MF, manteniendo la inscripción de los menores en el RC.

A juicio de GARCÍA ALGUACIL, la STS ha sorprendido ya que desaprovecha una oportunidad para fijar unos criterios que otorguen una seguridad jurídica para quienes están llevando a cabo este tipo de prácticas⁴⁵. Para SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, el TS se ha basado en argumentos de tipo moral, ya que considera que esta práctica mercantiliza con la naturaleza gestante de las mujeres y con la vida de las personas⁴⁶.

⁴⁵ GARCÍA ALGUACIL, M.J., <<Incoherencia legislativa...>>...*cit.* p.7.

⁴⁶ SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., <<La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014>>, en *Diario La Ley*, nº8293, 2014, p.2.

f) Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil de 2 de febrero de 2015.

Contra la última sentencia analizada, interponen los demandados un incidente de nulidad⁴⁷. En este incidente se alega la vulneración de tres derechos fundamentales:

- 1) En primer lugar, vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE por infracción de normas de prueba y carga de la prueba, al partir de una serie de hechos y circunstancias cuya existencia no está probada. Además, se considera que se ha trasladado el debate de una cuestión registral a la ilicitud de la maternidad subrogada.

En respuesta a esta denuncia, el TS considera que la parte demandante no puede alegar falta de tutela judicial por falta de prueba de los hechos que ellos mismos han admitido a lo largo del proceso, y cuando además, son responsables de la falta de acreditación estando en su poder toda la documentación.

En relación con la desviación del debate, considera la Sala que no se da dicha incongruencia únicamente por el hecho de que el tema no se trate como la parte pretende.

- 2) En segundo lugar, se alega 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 la orientación sexual.

Considera ante esta alegación el TS, que la existencia de este principio constitucional no obliga a los poderes públicos a reconocer una filiación cuyo origen va en contra de lo establecido en el ordenamiento jurídico español. Además no se considera que exista una discriminación por razón de la orientación sexual, ya que el tema no entra a cuestionar en ningún momento la sexualidad de los demandantes, sino cuestiones sobre la técnica de reproducción asistida que han elegido para ser padres.

⁴⁷ El incidente de nulidad de actuaciones, es un medio mediante el cual quien sea parte legítima podrá pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art.53.2 CE, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que la resolución no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario (art.228.1 LEC).

- 3) Por último, se alega la vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la procreación médicamente asistida.

Responde el TS indicando que el derecho a crear una familia, como cualquier otro derecho, no es ilimitado. Por tanto, no incluye el reconocimiento de una filiación consecuencia de la utilización de métodos de reproducción asistida no reconocidos en el ordenamiento jurídico español, siempre que la falta de ese reconocimiento no vulnere exigencias constitucionales, el orden público internacional español, los Derechos Humanos, etc. Asimismo, en la última sentencia del TS, se acordó en el fallo la adopción de las medidas que permitan la protección jurídica que haga posible la integración de los menores en su familia en caso de que alguno de los recurrentes fuera el padre biológico de los menores.

Se procede en este Auto a la comparación del caso presente con otro sucedido en Francia, y cuya solución estableció el TEDH. Para estos supuestos el TEDH consideró que se violaba el art.8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo⁴⁸. No obstante, es necesario precisar que, a diferencia de lo que ocurre en Francia, el Derecho español reconoce la filiación respecto del padre biológico e incluso, si entre los padres comitentes y los menores existe una unidad familiar se permite su adopción (tal y como se precisó en el fallo de la STS de 6 de febrero)⁴⁹. De todas formas, en España, ante esta sentencia, el Ministerio de Justicia español se ha comprometido a adaptar la legislación española a lo establecido en dichas sentencias y facilitar la inscripción en el RC de los niños nacidos mediante gestación por sustitución⁵⁰.

⁴⁸ OLIVA BLÁZQUEZ, F. y PIZARRO MORENO, E., <<La filiación>>... *cit.* p.188.

⁴⁹ VAQUERO LÓPEZ, C., <<La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015>>, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº4/2015, 2015, p. 4.

⁵⁰ Noticia obtenida en : <http://noticias.juridicas.com/actual/3987-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-ventre-de-alquiler.html>.

2.3. Delimitación doctrinal.

Tras observar las normas que regulan la maternidad subrogada en España y analizar cómo se efectúa la aplicación de dicha normativa en los casos en los que se solicita el acceso al RC de menores nacidos mediante ésta técnica, se hace necesario examinar la opinión de los juristas y autores al respecto.

Como en todo debate, hay distintas posiciones. No obstante, se podrían agrupar en tres las posiciones en relación con la gestación por sustitución: aquellos que están en contra, los autores que se encuentran a favor de admitir la maternidad subrogada y aquellos que admiten su acceso al RC cuando se trate de casos en los que la maternidad subrogada sea gratuita y bajo ciertas condiciones.

En este Trabajo de Fin de Grado, se va a examinar las opiniones y argumentos de los autores que se encuentran en contra y a favor de esta técnica de reproducción asistida.

A. En contra.

Los argumentos en contra del acceso al RC de la filiación de los menores concebidos mediante esta técnica de reproducción asistida, dan lugar a un debate más moral o ético, que legal. Estas manifestaciones siguen líneas de protección del menor, o de protección de la mujer como madre y como mujer.

Dentro de las objeciones morales hay opiniones más extremas que otras. Estas objeciones se basan principalmente en que la maternidad es un proceso natural e incorporar otras variables que desnaturalicen el proceso es moralmente inaceptable; o en que utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es una forma más de apropiación y explotación de la mujer. Otras opiniones moralistas quizás más aceptables consideran que el valor del intercambio en la maternidad subrogada, mercantiliza a los seres humanos, o que los hijos deben ser queridos por sí mismos. Otra línea, es la que

basa la inmoralidad de la maternidad subrogada en la existencia de muchos niños que esperan la adopción de una familia para poder tener acceso a una vida mejor⁵¹.

Desde mi punto de vista, el problema principal a nivel ético con la maternidad subrogada se centra en la pregunta ¿hasta qué punto las mujeres que acceden a prestar su vientre para este tipo de prácticas a cambio de una contraprestación económica lo hace de manera voluntaria? Quizás en países más desarrollados como EEUU no haya problema a la hora de dar solución a esta pregunta; pero en países con un menor desarrollo económico y social, como por ejemplo la India, realmente no se sabe. Y también este debate puede ir más allá y cuestionarse si, el dinero que se percibe a cambio de prestar su vientre es simplemente una compensación por los gastos, o es un pago porque la mujer ha llevado a cabo dicho acto por necesidades económicas. En este último caso, no sé si se podría considerar un acto libre por parte de esa mujer. Además, se da el caso de que a esta técnica de reproducción asistida, debido al coste que conlleva sólo podrían acceder unos pocos, creando distancia entre los diferentes grupos sociales, tal y como considera la teoría feminista, y llegando a considerar como objeto sin valorar a la mujer, una función del sexo femenino como es la maternidad.

La Conferencia de la Haya, ha definido la maternidad subrogada como un <<negocio global>> que puede provocar innumerables problemas. La falta de regulación internacional homogénea, llevará al tráfico de ciudadanos, aprovechando las faltas de cada legislación⁵².

Hay juristas que consideran que la prohibición de esta práctica en la mayoría de los países del mundo, es debida a la consideración de la maternidad subrogada como una técnica moralmente inaceptable <<por la fuerte carga utilitarista que implica, por el ánimo de lucro que puede motivarla y porque sería como un camuflaje a la compraventa de bebés o a su tráfico comercial>>⁵³.

Apunta ALBERT MÁRQUEZ, como otro argumento en contra del acceso de esta práctica al RC, que no tiene sentido emplear el ordenamiento jurídico como instrumento para tratar de modificar una realidad natural como es que una pareja homosexual compuesta

⁵¹ MARTÍN CAMACHO, J., <<Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores>>, 2009, p. 6.

⁵² GARCÍA ALGUACIL, M.J., <<¿Incoherencia legislativa...>>...cit. p.8.

⁵³ DEL BURGO, M., <<Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios?...>> cit. p.6.

por varones procree, y menos aún si se tiene en cuenta que de esta forma se impide al menor a conocer su origen biológico⁵⁴.

Tal y como recoge FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCS⁵⁵ en un artículo, en opinión de ROMEO CASABONA⁵⁶, no sería conveniente autorizar la maternidad subrogada ni su acceso al RC ya que es imposible crear un armazón legal que pueda prevenir las incidencias que se pueden derivar de esta práctica. Además, ponderando los beneficios y riesgos, y teniendo en cuenta la demanda de esta técnica, <<es mejor no abordar la cuestión>>

Desde una perspectiva más feminista en la que se prioriza a la mujer, otros autores, como la pensadora australiana Carole PATEMAN⁵⁷, sostienen que la maternidad subrogada, junto con la prostitución, evidencia un claro contrato sexual por el cual se instituyen y oculta las relaciones de subordinación en el patriarcado contemporáneo⁵⁸.

De acuerdo con la jurisprudencia analizada en este Trabajo, lo importante en estos casos es proteger el interés superior de los menores concebidos con esta técnica y a la vez que esta protección no suponga una infracción de lo que se considera el orden jurídico internacional español. Además, se tienen en consideración las posibles vulneraciones en los derechos de las mujeres gestantes (derecho a la dignidad y a la integridad física y moral) y de los menores.

Tras observar multitud de opiniones en contra de la práctica de esta técnica y, por tanto, de su legalización en España, se observa que la mayoría de los argumentos se basan más bien en la moralidad o no de la gestación por sustitución, envolviendo esta moralidad en artículos quizás relativamente ambiguos o flexibles. Todos estos argumentos éticos, dan lugar a una discusión para la que llegar a un acuerdo es algo complicado.

⁵⁴ ALBERT MÁRQUEZ, M., <<Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil>>, en *Diario La Ley*, nº 7863, Sección Doctrina, 2012, p. 13.

⁵⁵ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCS, A.S., <<Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada>>, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6/2011, 2011, p. 5.

⁵⁶ ROMEO CASABONA es director de la cátedra de Derecho y Genoma Humano de la Universidad de País Vasco y Deusto. Su opinión se impuso en los debates previos a la aprobación de la actual LTRHA en cuanto asesor del Ministerio de Sanidad.

⁵⁷ Carole PATEMAN desarrolló multitud de teorías feministas y políticas. Obtuvo un doctorado en la Universidad de Oxford, fue profesora en la Universidad de California de Los Ángeles, y en 2007 fue nombrada miembro de la Academia Británica. Es conocida principalmente por ser la autora de la teoría del “contrato sexual”.

⁵⁸ CERDÁ SUBRIRANCHS, J., <<La insostenible legalización de facto...>>...*cit.* p.2.

B. A favor.

Haciendo un balance sobre toda la información obtenida en relación con la maternidad subrogada, queda bastante latente que la opinión mayoritaria se encuentra a favor de la admisión de esta práctica en nuestro ordenamiento jurídico y RC. Desde esta postura, se debe tener en cuenta a su vez, que los autores que están a favor de esta técnica consideran a su vez necesario el establecimiento de una serie de condiciones.

Se debe partir de la base de la existencia de un mundo globalizado en el cual las fronteras son líneas divisorias imaginarias, que pueden superarse mediante cualquier medio de transporte o mediante cualquier medio de comunicación (véase Internet). Teniendo en cuenta esto, la contención del deseo de diferentes parejas de tener un hijo biológico, y que por distintas razones no pueden acceder a él, se hace verdaderamente difícil. Por un lado se va observando la legalización de situaciones que dan lugar a la necesidad o deseo citado (por ejemplo la legalización del matrimonio homosexual en España), pero por otro lado, no se les permite acceder a su derecho de formar una familia (o se limitan sus opciones). En un mundo como el de hoy en día, esto es realmente difícil de controlar y, por tanto, es necesario crear un marco legal, ya que ni la prohibición de la práctica ni el silencio de la ley, evitan que se lleve a cabo⁵⁹.

Por todo ello, hay juristas como Begoña GONZALEZ MARTÍN⁶⁰, que mantienen que una regulación cuidadosa de la maternidad subrogada garantizará con mayor rigor que cualquier prohibición, los derechos e intereses de los menores, de las mujeres y de los padres que acuden a esta técnica.

Sin dejar de tener en cuenta de que nos encontramos ante una demanda de regulación no muy elevada, sí que es necesario la adopción de medidas o soluciones jurídicas para estos casos de maternidad subrogada. Tal y como opina la abogada Patricia ALZATE MONROY, se deben asumir los cambios sociales y generacionales que se dan en el panorama jurídico actual en torno a las nuevas formas de familia y parentesco⁶¹. Además, y en relación con esta última idea, debemos darnos cuenta de que las técnicas de reproducción asistida de hoy en día, hacen que se puedan separar las

⁵⁹ VAQUERO LÓPEZ, C., <<La denegación...>>...*cit.* p.7.

⁶⁰ GONZÁLEZ MARTÍN, B., <<No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución>>, en *Revista Opinión*, nº54, 2014.

⁶¹ DEL BURGO, M., <<Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios?...>> *cit.* p.6.

funciones reproductivas y de crianza en las que tradicionalmente intervenía una sola mujer.

CASADO ROMÁN⁶² comparte la idea de que hay que dar una solución práctica para este tipo de problemas, ya que no tiene sentido que <<no pueda inscribirse la filiación de los menores respecto a una o varias personas con los que puede o no puede tener vínculos genéticos, pero sí afectivos>>. No obstante, se considera que tampoco deberían admitirse situaciones en las que se observe un claro supuesto de fraude de ley, vulnerando el ordenamiento jurídico español y por tanto, los valores y principios sobre los que se basa el legislador español.

A su vez, es importante destacar el hecho de que la mayoría de los autores y juristas entienden que la maternidad subrogada no es un tema que pueda solventarse a través de una norma particular que establezca una solución estándar para todos los casos, sino que deben tenerse en cuenta las particularidades de cada caso. Es decir, cada caso, debe tratarse de forma singular.

Al mismo tiempo, parte de la doctrina entiende que la decisión de tener un hijo es una decisión personalísima, en la que el Estado no debería entrar, ni imponiéndole ni prohibiéndola⁶³.

En definitiva, se comparte la idea esencial de crear una legislación básica que regule los supuestos de maternidad subrogada y el acceso de los menores al RC, siempre y cuando se respeten los principios y valores del ordenamiento jurídico español y no cree situaciones que puedan desproteger a las mujeres y a los niños que nacen mediante esta técnica de reproducción asistida.

⁶² CASADO ROMÁN, J., <<La inscripción de la gestación por sustitución realizada en el extranjero: Comentarios a la STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014>>, en *Derecho Grupo Francis Lefebvre*.

⁶³ VAQUERO LÓPEZ, C., <<La denegación...>>...*cit.* p.7.

3. MATERNIDAD SUBROGADA Y EL REGISTRO CIVIL: POSIBLES SOLUCIONES.

La principal solución, claramente es legalizar la técnica, o bien crear una regulación que permite solventar todos los problemas que se suceden cuando se da un caso como el analizado anteriormente⁶⁴.

En caso de que se admitiera la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico sería necesaria la reforma de la normativa actual. Algunas de esas modificaciones serían la recogida por Antonio José VELA SÁNCHEZ⁶⁵:

En primer lugar, la reforma del art. 10 LTRHA. El autor mencionado ofrece un ejemplo de cómo podría ser redactado el dicho artículo, indicando en la nueva redacción la admisibilidad del convenio de maternidad subrogada con los requisitos y formalidades que reglamentariamente se establezcan, y añadiendo que una de las personas que participa en este convenio <<deberá ser aportante de material genético>>. Además establece una serie de requisitos formales como la realización del convenio en documento público notarial para garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico, y verificar que el consentimiento de la mujer gestante es libre y voluntario. Por último y en relación con la nueva redacción del art. 10 LTRHA, añade que los consentimientos prestados en el convenio de gestación por sustitución serán irrevocables con independencia de la existencia o no de contraprestación económica.

Y, en segundo lugar, sería necesaria una modificación del CC, estableciendo expresamente la admisión y validez del contrato de maternidad subrogada en relación con la causa y el objeto.

Teniendo en cuenta que a día de hoy, la primera opción mencionada no se ha dado, debemos pasar a las posibilidades que en la actualidad se pueden dar. Si atendemos a lo establecido por la DGRN en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 analizada anteriormente, tendrán acceso al RC aquellos menores concebidos por maternidad subrogada si junto a la solicitud de inscripción, se presenta una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. En concreto, la Instrucción, establece la necesidad de presentar dicha resolución para garantizar que la gestante está en pleno uso de sus facultades en el momento de la

⁶⁴ Ver punto <<2.2. Delimitación jurisprudencial>>.

⁶⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J., >>>La gestación por sustitución o maternidad subrogada...>>>...*cit.* p.19.

renuncia a su maternidad y que el contrato de gestación por sustitución se ajusta a la legalidad. Es decir, la Instrucción, pone como condición para inscribir a los niños nacidos por maternidad subrogada en el extranjero dos condiciones básicas: que el país en donde se realiza dicho procedimiento tenga una ley que lo ampare en donde esté legalizada y normalizada esta práctica; y que dicho país emita una sentencia firme de filiación, donde el juez certifique que la madre gestante realiza este procesos de forma libre sin coacción y que confirma que la paternidad y maternidad del futuro bebé es de los padres intencionados o contratantes⁶⁶. A no ser que se pudiera aplicar algún Convenio internacional, dicha resolución judicial deberá ser objeto de exequátur y presentarse al final del procedimiento ante el RC español. En caso de que, tal y como se establece en el apartado tercero de la primera directriz publicada en la Instrucción mencionada, la resolución procediera de un procedimiento análogo a uno español, el Encargado del RC deberá realizar un control en el que observar aspectos como: la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos, que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia en criterios equivalentes a los presentes en la legislación española, que se hayan garantizado los derechos procesales de las partes, el interés superior del menor y el derecho de la madre gestante, y por último, que la resolución judicial es firme.

Otra opción para obtener el mismo resultado, acceder al RC, es a través del artículo que prohíbe la gestación por sustitución: el art. 10 LTRHA. En el apartado tercero de este artículo se deja la puerta abierta a la posibilidad de reclamar la paternidad del menor de acuerdo con las reglas generales. Por tanto, el padre biológico del menor objeto de la maternidad subrogada puede reclamar su paternidad, y su pareja adoptarlo posteriormente. Así, tal y como lo plantea LLEDÓ YAGÜE⁶⁷, <<un hombre casado presta su consentimiento para que con su material reproductor se insemine a una mujer distinta de su esposa. Posteriormente, y una vez nacido el niño, la mujer casada solicita la adopción del hijo que su marido acaba de tener sin necesidad de propuesta de idoneidad (art.176.2 CC), siempre que la madre gestante preste su asentimiento una vez transcurridos treinta días después del parto (art.177.2 CC)>>.

⁶⁶ Es importante destacar que el único país que emite sentencia judicial de filiación, requisito indispensable para que el niño sea reconocido como español e hijo de los padres intencionados o contratantes es EEUU.

Información obtenida en: <http://www.vientredealquilerespana.es/asesoramiento-legal/>

⁶⁷ LLEDÓ YAGÜE, F., <<La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida>>, en *Anuario de Derecho Civil*, 1998, Tomo II, pp.1256 y ss.

Finalmente, otra posible solución, la ofrece el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014 sobre el caso analizado, cuando se insta al MF para que ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores protagonistas de la controversia, y para su protección, tomando en consideración la integración de los mismos en un núcleo familiar de facto. Es decir, tener en consideración la situación emocional de los menores que se encuentren en ese problema y de su integración y estabilidad emocional dentro del grupo familiar al que ya pertenecen. Dicho de otro modo, que el juez teniendo en cuenta el principio *Iura Novit Curia*, no deje de observar el vínculo personal y directo entre las partes. Por ejemplo, en un caso en el que la madre gestante se desentienda del menor y la madre comitente se encargue del menor, se observará no sólo un aspecto genético (que podría no darse si la madre gestante ha aportado su material genético), sino también un elemento volitivo a tener en cuenta por el Juez, pudiendo permitirle iniciar los trámites para la adopción del menor.

4. CONCLUSIONES.

Tras analizar la técnica de reproducción asistida de la maternidad subrogada, y estudiar diferentes formas de permitir que menores concebidos por esta técnica puedan acceder a ser inscritos en el RC español, se extrae una idea básica que viene siendo repetida a lo largo del TFG: existe una clara falta de regulación por parte del legislador español que permita garantizar una seguridad jurídica⁶⁸.

Esta carencia normativa, ha tenido que ser solucionada mediante la publicación de una Instrucción por parte del DGRN y una sentencia del TS. Los principales argumentos, tanto a favor como en contra que se han manejado, se han basado en:

- Un estudio del ordenamiento jurídico internacional (asimilación de decisiones extranjeras mediante exequátur) y nacional (no se contraría la normativa española de acuerdo con lo establecido en el art.23 LRC. El TS considera en la sentencia de 6 de febrero de 2014 que el acceso al RC de la filiación de menores concebidos mediante maternidad subrogada va en contra de lo establecido en el art.10 LTRHA, por tanto no sería legal).
- Examen del orden público internacional español (entendido como el conjunto de derechos y libertades individuales garantizados en la CE y en los convenios internacionales de derechos humanos) y del interés superior del menor a proteger por las autoridades.
- Aplicación de argumentos de tipo moral o ético, considerando el TS que esta técnica vulnera la dignidad de la mujer y del niño, mercantiliza la gestación y filiación, y permite explotar mujeres pobres⁶⁹.
- Consideración de la acción de reclamación de la paternidad establecida en el art.10.3 LTRHA como solución, con la posterior adopción por parte del otro cónyuge; y en caso de que no haya aportación de material genético por parte de ninguno de los dos componentes de la pareja, el TS no observa la ruptura de la unidad familiar creada al efecto.

⁶⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J., <<Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España>>, en *Diario La Ley*, nº8457, 2015, p.1.

⁶⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J., <<Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014>>, en *Diario La Ley*, nº8279, 2014, p.11.

En mi opinión, la maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida que por sus características puede jugar más con la fina línea que divide la legalidad y la ilegalidad. Por ello, a pesar de la existencia de algunas soluciones para estos casos, tras analizar todo el material obtenido a lo largo del TFG, considero necesaria una regulación expresa que admita este método sin compensación económica y que ofrezca un marco legal para que los menores concebidos por gestación por sustitución no queden fuera del RC. El acogimiento de esta práctica, permitiría ofrecer mayor información para las personas que se plantean utilizarlo conociendo las consecuencias en todos los ámbitos. Además, de esta forma, existiría un mayor control por parte de las autoridades mediante controles a las familias, y evitando crear un mercado que pueda dar lugar a estafas, daños, u organizaciones mafiosas. Y lo más importante, el interés superior del menor, quedaría protegido, accediendo mediante la inscripción en el RC a la <<identidad única>>, y garantizando sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M., <<Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil>>, en *Diario La Ley*, nº 7863, Sección Doctrina, 2012.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Una precisión sobre el Registro: reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución*, pp.79-82.

ALZATE MONROY, P., *Entrevista sobre la gestación por sustitución*. Periódico “La Tribuna del Derecho” (www.am-abogados.com).

BONILLO GARRIDO, L., <<El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución>>, en *Diario La Ley*, nº8070, 2013.

CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., <<Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución>>, en *Diario La Ley*, nº 7910, 2012.

CASADO ROMÁN, J., <<La inscripción de la gestación por sustitución realizada en el extranjero: Comentarios a la STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014>>, en *Derecho Grupo Francis Lefebvre*. Artículo disponible en: www.elderecho.com/civil/filiacion_de_menores_nacidos_de_gestacion_por_sustitucion_filiacion_bebes_vientres_de_alquiler-sentencia_del_Tribunal_Supremo_835-2013_inscripcion-sustitucion-extranjero-Comentarios-STs_11_654055001.html

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 DGRN>>, en *Abogados de familia*, nº60, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, Editorial La Ley.

DEL BURGO, M., <<Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios? Entrevista a Patricia Alzate, abogada>>, en *Tribuna del Derecho*, 2009, p.4.

Disponible en la dirección web: <http://www.tribunadelderecho.com/noticia.asp?id=611>

DÍAZ ROMERO, M^a del Rosario, <<La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico>>, en *Diario La Ley*, nº 7527, Sección Doctrina, 2010.

DURÁN AYAGO, A., <<El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución>>, en *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, tomo XII, 2012, pp.277-283.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., <<Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada>>, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6/2011, 2011.

GARCÍA ALGUACIL, M.J., <<¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014>>, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº3/2014, 2014.

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

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V, <<La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales>>, en *Anuario de la Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V*, 2012, pp. 365-381.

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

LACRUZ BERDEJO, *Familia IV*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 363-365.

LLEDÓ YAGÜE,F., <<La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida>>, en *Anuario de Derecho Civil*, 1998, Tomo II, pp.1256 y ss.

MARTÍN CAMACHO, J., <<Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores>>, 2009. Disponible en: www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf

MARTÍNEZ DE AGUIRRE DÍAZ, C., *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia*, Volumen 4º, 4ª Edición, Colex, Madrid, 2013, pp. 349-350.

OLIVA BLÁZQUEZ, F. y PIZARRO MORENO, E., <<La filiación>>, en *Derecho de familia*, Pérez Velázquez et al. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp.180 y ss.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., <<Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución>>, en *Iguals y Diferentes ante el Derecho privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp.465-516.

PARRÓN CAMBERO, M.J., <<¿Mater semper certa est?>>, en *Diario La Ley*, nº8293, 2014.

PARRÓN CAMBERO, M.J., <<Ventre de alquiler mater semper certa est, pater semper incertus est>>, en *Diario La Ley*, nº8269, 2014.

PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de Técnicas de reproducción asistida*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pp. 346 y ss.

PÉREZ VAQUERO, C., <<Diez claves para conocer los vientres de alquiler>>, en *Noticias Jurídicas*, 2010. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/386-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler-.html>

SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., <<La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014>>, en *Diario La Ley*, nº8293, 2014.

VAQUERO LÓPEZ, C., <<La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015>>, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº4/2015, 2015.

VELA SÁNCHEZ, A.J., <<La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler>>, en *Diario la Ley*, nº7608, 2011.

VELA SÁNCHEZ, A.J., <<El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo>>, en *Diario La Ley*, nº8162, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A.J., <<Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el Registro Civil español a propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014>>, en *Diario La Ley*, nº8415, 2014.

VELA SÁNCHEZ, A.J., <<Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014>>, en *Diario La Ley*, nº8279, 2014.

VELA SÁNCHEZ, A.J., <<Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo de nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014>>, en *Diario La Ley*, nº8309, 2014.

VELA SÁNCHEZ, A.J., <<Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España>>, en *Diario La Ley*, nº8457, 2015.

