

A VUELTAS CON LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA FILIACIÓN DE LOS MENORES NACIDOS POR ESTE PROCEDIMIENTO. ALGUNAS REFLEXIONES TRAS LA STS, 1.ª (PLENO), DE 31 DE MARZO DE 2022¹

Another turn of surrogacy and parenthood of children born through this method. Some thoughts after the Supreme Court ruling, 1st Chamber (Plenary), of 31 March 2022

VIRGINIA MÚRTULA LAFUENTE
Universidad de Alicante
vmurtula@ua.es

Cómo citar/Citation

Múrtula Lafuente, V. (2023).

A vueltas con la gestación por sustitución y la filiación de los menores nacidos por este procedimiento.

Algunas reflexiones tras la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022.

Derecho Privado y Constitución, 42, 87-137.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.42.03>

(Recepción: 05/03/2023; aceptación tras revisión: 03/05/2023; publicación: 30/06/2023)

Resumen

La STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022 se enfrenta de nuevo a un caso de gestación por sustitución transfronteriza. Esta vez se pretendía el reconocimiento de la filiación por posesión de estado de un menor nacido en México respecto a su madre intencional, con la que no comparte vínculos biológicos. La vía elegida finalmente por nuestro Alto Tribunal para el reconocimiento de la filiación de este menor

¹ Este trabajo se enmarca en el «Grupo de Investigación en Discapacidad y Familia» (VIGROB-175) del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante, del que soy investigadora responsable.

ha sido la adopción, como sugiere el TEDH, a pesar de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado (trabajo 175.1 y 176.2.3^a CC), descartando, por ahora, la posesión de estado. En este art. se analiza esta sentencia, los argumentos empleados por el Tribunal Supremo para considerar los contratos de gestación por sustitución comercial contrarios a nuestro orden público y las dificultades que pueden presentar estos procedimientos de adopción.

Palabras clave

Gestación por sustitución; filiación; orden público; interés superior del menor; adopción; posesión de estado.

Abstract

The Supreme Court ruling, 1st Chamber (Plenary), of 31 March 2022, is once again faced with a case of cross-border surrogacy. In this occasion, it was claimed the recognition of parenthood by possession of status between a child born in Mexico and his intentional mother, who does not share any biological link with him. The route finally chosen by our High Court to recognise the parenthood of this child was adoption, as suggested by the ECtHR, despite the difference in age between adopter and adoptee (Arts. 175.1 and 176.2.3 CC), rejecting for the moment possession of status. This paper analyses this ruling, the arguments used by the Supreme Court to consider commercial surrogacy contracts contrary to our public order, and the difficulties that these adoption proceedings may present.

Keywords

Surrogacy; parenthood; public order; best interest of the child; adoption; possession of status.

SUMARIO

I. EL PROBLEMA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA: 1. Las agencias de intermediación y la «lógica perversa» del mercado de la fertilidad. 2. La inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en el extranjero por gestación por sustitución. 3. El caso de la STS, 1.ª (Pleno) de 31 de marzo de 2022 y las cuestiones a debatir. II. EL CONTRATO GESTACIONAL A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES: 1. Cláusulas que afectan a la dignidad e integridad física de la gestante. 2. El derecho del niño a no ser tratado como una mera mercancía y a conocer sus orígenes biológicos. III. LA MATERNIDAD BIOLÓGICA COMO PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO A EXAMEN: 1. Orden público vs. el interés superior del menor. 2. La propuesta de Reglamento sobre el reconocimiento de las resoluciones y documentos públicos en materia de filiación entre los Estados miembros de la UE. IV. EL DERECHO A UNA IDENTIDAD PERSONAL Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN «INTERÉS EL MENOR»: 1. La adopción como solución cuando no hay vinculación genética y/o biológica: 1.1. *Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 1.2. *La diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado: excepciones*. 1.3. *El asentimiento de la mujer gestante a la adopción*. 2. El rechazo, por ahora, de la posesión de estado como título de determinación de la filiación. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. EL PROBLEMA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA

Han transcurrido ocho años desde la STS (Pleno) n.º 835/2013 de 6 de febrero de 2014 (RJ 833) hasta la STS (Pleno) n.º 277/2022 de 31 de marzo de 2022 (RJ 1190). En ambos casos ciudadanos españoles habían acudido a un contrato de gestación por sustitución comercial en un Estado donde estaba permitido (California —EEUU— en el primero y el Estado de Tabasco —México— en el segundo), buscando el reconocimiento en España de la filiación legalmente establecida en el país de nacimiento de los menores. Sin embargo, hay diferencias en el planteamiento de los dos litigios. En el primero, el Alto Tribunal reconoció aplicable la excepción de orden público al reconocimiento del acto de la autoridad extranjera (certificado de nacimiento

de los niños) cuya inscripción pretendían los demandantes (un matrimonio de varones). En cambio, en el pleito del que trae causa la STS de 31 de marzo de 2022, lo que se pretende por el demandante (abuelo del niño) es la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española, concretamente de acuerdo con el art. 131 CC por posesión de estado, respecto a una mujer (su hija) que viene actuando desde hace años en nuestro país como madre de un menor nacido por gestación subrogada en el Estado mexicano de Tabasco y con el que no comparte vinculación biológica ni genética alguna².

En común, encontramos que ambas resoluciones son sentencias del Pleno y de la Sala de lo Civil³, comparten Magistrado ponente (D. Rafael Sarazá Jimena)⁴, el rechazo a la gestación por sustitución comercial, al considerarse contraria a la dignidad de la gestante y suponer una mercantilización del menor⁵; pero, sobre todo, la idea de intentar salvaguardar el interés superior del menor nacido en el extranjero por este procedimiento atendiendo al caso concreto, a través del reconocimiento de alguna forma de filiación: bien natural, cuando existen vínculos biológicos con el padre comitente (como resultó en el primer caso)⁶, bien adoptiva, cuando no los hay (como ocurrió

² Es práctica común en los países que regulan la gestación subrogada que el embrión implantado en el útero de la gestante sea fruto de una fecundación *in vitro*, donde esta no tenga ninguna vinculación genética con el niño, sino que el óvulo sea aportado por la propia madre intencional o por una donante y el esperma por el padre intencional (aunque también puede ser de donante), técnica que se conoce como «subrogación gestacional» (*gestational surrogacy*). No obstante, en algunos Estados se permite que la gestante pueda aportar su propio óvulo y entonces se habla de «subrogación tradicional» o plena (*traditional surrogacy*). En el caso de la STS de 31 de marzo de 2022 el óvulo era de donante, como permitía entonces la legislación de ese estado mexicano. Sobre el uso de gametos en las distintas jurisdicciones véase Fenton-Glynn y Scherpe (2019: 537-538 y 551-552).

³ Si bien la primera fue aprobada por una mayoría muy justa (cinco votos frente a cuatro) y la segunda lo ha sido por unanimidad. Quizás ello se deba no solo a que tres de los cuatro magistrados que formularon el voto particular ya no están en el Supremo, sino también a la controversia social y diversidad de opiniones que suscita el tema de la gestación por sustitución.

⁴ Ponente también del Auto del TS de 2 de febrero de 2015 (RJ 141), que resuelve el incidente de nulidad promovido contra la STS de 6 de febrero de 2014 como consecuencia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los casos de gestación subrogada en Francia.

⁵ STS de 6 de febrero de 2014 (FJ 3.º apdo. 6 y FJ 5.º apdos. 7 y 10) y STS de 31 de marzo de 2022 (FJ 3.º apdo. 7).

⁶ Nótese que la STS de 6 febrero de 2014, en su fallo, insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes que habilita nuestro ordenamiento jurídico

en el segundo), sin dar validez legal en ninguno de los dos litigios al certificado extranjero de nacimiento de estos menores, en orden a su inscripción directa en el Registro Civil (en adelante, RC).

Para entender la postura de la Sala 1.^a del Supremo, debemos empezar señalando que, de acuerdo con el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), los contratos por los que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación de ese niño a favor del contratante o de un tercero son nulos de pleno derecho⁷. La Ley dispone, además, siguiendo el principio *mater semper certa est*, que: «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2 LTRHA). De manera que en nuestro país gestación y maternidad quedan legalmente unidas a la hora de determinar la filiación materna en este tipo de acuerdos, que es atribuida a la mujer que dio a luz, dejando a salvo, eso sí, la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico (art. 10.3 LTRHA). En el ámbito penal, nos encontramos que estos acuerdos no se encuentran tipificados expresamente como delito, aunque sí lo están cuando se lesionan otros intereses protegidos, como son la suposición de parto, la alteración de la paternidad y el estado o condición del menor (arts. 220-222 CP).

1. LAS AGENCIAS DE INTERMEDIACIÓN Y LA «LÓGICA PERVERSA» DEL MERCADO DE LA FERTILIDAD

La nulidad de los contratos de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento (art. 10.1 LTRHA) y su rechazo por la Sala 1.^a del TS no ha impedido, sin embargo, que ciudadanos españoles acudan a otros Estados donde está permitida esta técnica, a través de agencias intermediarias que prestan en España sus servicios. De la información que proporcionan las páginas web de estas empresas se constata que este proceso se configura

para determinar la correcta filiación de los menores y su protección, tomando en consideración la filiación biológica con respecto a quien haya aportado sus propios gametos y la efectiva integración de los niños en ese núcleo familiar *de facto*.

⁷ Según viene manteniendo Atienza (2022b: 116), si interpretamos el art. 10.1 LTRHA con el preámbulo de la Ley, que hace referencia a las discusiones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en las que él participó, resulta la sola nulidad del contrato de gestación por sustitución, no su prohibición, sin que se pensase que este tipo de contrato atentara contra la dignidad humana, sino que planteaba muchos problemas prácticos que se pretendieron evitar con su sola nulidad, sin establecer ninguna prohibición o sanción distinta.

como un verdadero «mercado de la fertilidad», donde los padres de intención tendrán que abonar una cantidad importante de dinero, que varía en función del país donde se quiera acudir y del paquete contratado⁸, garantizando «el nacimiento exitoso de un bebé saludable»⁹ o pudiendo elegir las madres y donantes ideales¹⁰.

La ausencia de un marco internacional común propicia el crecimiento de este tipo de «turismo reproductivo» que, además, está siendo normalizado en nuestra sociedad cada vez más gracias a la publicación de noticias sobre personas famosas que anuncian su llegada a España con un hijo (o una nieta, como el caso más mediático y reciente de Ana Obregón) fruto de una gestación por sustitución transfronteriza.

El Tribunal Supremo es consciente de que si hay algo que favorece estos contratos es la «lógica perversa de un mercado» donde, por un lado, estas agencias de intermediación actúan sin ninguna traba, haciendo publicidad de su actividad contraria a la dignidad de las personas y de los derechos reconocidos en la Constitución, en contra del art. 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP) y sin que las administraciones competentes adopten iniciativa alguna (STS de 31 de marzo de 2022, FJ 4.º apdo. 6). Y, por otro, el niño nacido en el extranjero entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar

⁸ De manera que los costes estimados de una gestación subrogada van desde el destino más caro, EEUU, donde oscila entre 110.000 a 160.000 €, pasando por Canadá (entre 100.000-110.000 €), Grecia (entre 75.000 a 85.000 €), y los países más baratos, como Rusia (entre 60.000 a 80.000 €), Georgia (entre 50.000 a 60.000 €) y Ucrania (entre 50.000 y 60.000 €). Según publica la página web: <https://bit.ly/3KWRWMR>.

⁹ Por ejemplo, en «Programas de bebés garantizados» (<https://bit.ly/41KMq6T>). Ante las reclamaciones de algunos padres que no han conseguido el resultado esperado de la agencia de intermediación, en la que figuraban cláusulas contractuales como esta, donde la compañía garantizaba el buen fin del contrato, es decir: «el nacimiento de al menos un niño/a», nuestros tribunales, en lugar de actuar en estos casos en consecuencia con lo dispuesto en el art. 10.1 LTRHA, cuya nulidad entendemos puede ser declarada de oficio y afectaría al contrato de intermediación (arts. 1275 y 1306 CC), aprecian, sin embargo, que hay incumplimiento contractual (arts. 1124 y 1101 CC), condenando a la empresa demandada a devolver las cantidades adelantadas por los que aspiran a ser padres, e incluso en ocasiones estimando daños morales. Una visión más en profundidad para abordar la vertiente contractual del problema puede verse en Sánchez Jordán (2020, 121-136).

¹⁰ «Tenemos nuestra propia base de madres y donantes de óvulos del fenotipo europeo, asiático y africano que te permite elegir tu donante ideal» aparece en la web: <https://bit.ly/41Ghtk8>.

durante un tiempo prolongado (FJ 4.º apdo. 7), por lo que habrá que dar solución a su situación.

Para intentar hacer frente a la actuación de las agencias de intermediación, la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 1.3.2023), pretende que se hagan campañas institucionales informativas sobre «la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación» (arts. 10 quinquies y 32.2) y emprender acciones judiciales por parte de las administraciones públicas dirigidas contra la publicidad que promueva estas prácticas comerciales (art. 33). Con este propósito modifica, en su Disposición Final 1.ª, a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en el sentido de considerar expresamente como publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución española: «la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución» [art. 3.a) LGP]¹¹.

La efectividad de estas medidas la dirá el tiempo, pero *a priori* no parece que vaya a suponer un freno contundente a este mercado reproductivo global que mueve una importante cantidad de dinero¹².

2. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LOS MENORES NACIDOS EN EL EXTRANJERO POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Desde 2010 a 2021, se han registrado 2.520 menores en los consulados españoles nacidos por gestación subrogada transfronteriza¹³. No obstante, esta cifra puede ser más elevada, pues la información facilitada por el Portal de

¹¹ Frente a la publicidad ilícita por promover las prácticas comerciales para la gestación por sustitución, están legitimados: a) la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, b) el Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico, c) las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro, y d) el Ministerio Fiscal (art. 6.2 LGP).

¹² La industria de la gestación subrogada facturó a nivel mundial, en 2022, 14 mil millones de dólares y la proyección de crecimiento es enorme (24,5 %), por el aumento de la infertilidad masculina y el retraso en la maternidad de la mujer trabajadora. Según informa Global Market Insights. Disponible en: <https://bit.ly/3UW4dpA>.

¹³ La mayoría de estos registros se produjeron en la capital ucraniana, con 978 bebés; seguida de Los Ángeles, que hasta 2020 contabilizó 516 registros; San Francisco, que en ese periodo inscribió a 288 menores; y Chicago, donde nacieron 278 niños que terminaron en España gracias a esta práctica. Ver gráfica en: <https://bit.ly/40YIUoE>.

Transparencia no incluye a países como Georgia, que se ha convertido en un destino habitual en los últimos años y donde las agencias intermediarias han visto su oportunidad de negocio tras la guerra de Ucrania¹⁴.

Evidentemente, ha favorecido este «turismo reproductivo» la postura seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (BOE 7.10.2010), ratificada por la posterior de 18 de febrero de 2019 (BOE 21.2.2019). En ella se mantiene que es posible inscribir en los RC consulares del lugar del nacimiento del menor a los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución siempre que se presente, junto a la solicitud de inscripción: i) una resolución judicial dictada por el Tribunal competente extranjero en la que se determine la filiación del nacido a favor de uno de los solicitantes, que sea ciudadano español¹⁵; y ii) salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera debe ser objeto de exequátur o bien, si tiene su origen en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, el encargado del RC debe controlar incidentalmente si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. Este control incidental tiene por objeto, como señala la Instrucción de 2010, verificar si se han cumplido los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, no se ha producido vulneración del interés del menor y se han respetado los derechos de las partes, en particular de la madre gestante (esto es, si esta ha consentido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en ningún vicio del consentimiento, tiene capacidad natural suficiente y ha renunciado a ejercer los derechos derivados de la filiación de forma irrevocable)¹⁶. Por el contrario, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 no admite como título apto para la inscripción, una certificación registral extranjera o la simple

¹⁴ Como publicita la página web de una de las principales empresas de intermediación gestacional, como es Gestlife.

¹⁵ El problema surge en el caso de que la mujer gestante estuviera casada, pues operan las reglas de la determinación de la filiación matrimonial (art. 116 CC). Para evitarlo, como señala Carrascosa González (2020: 1874 y 1903), será preciso que el marido declare mediante documento auténtico no ser el padre y que el padre genético en su caso reconozca su paternidad (arts. 117 y 120.2 CC).

¹⁶ La Instrucción de 18 de febrero de 2019 añade que el solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y los permisos del menor para viajar a España. Una vez en nuestro país, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario rigor probatorio, se deberá de iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal o interponer acciones judiciales de reclamación de la filiación.

declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante¹⁷.

Uno de los problemas que plantea esta línea directiva es que, a efectos prácticos, sí supone el reconocimiento —en orden a su inscripción— de certificados extranjeros de nacimiento cuando vienen respaldados por una resolución judicial de la autoridad extranjera competente, que reconoce la filiación del menor a favor de los padres de intención (como ocurre en los EEUU, Grecia, Reino Unido o Canadá), apartándose de línea marcada por el Supremo¹⁸. Y, cuando solo se cuenta con una mera certificación administrativa, porque en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para determinar la filiación de estos menores (como en Rusia o Ucrania, por ejemplo), los padres comitentes una vez en España deberán iniciar un procedimiento de determinación de la filiación basado en la vinculación biológica con el padre intencional (arts. 10.3 LTRHA y 133.2 CC); y de adopción del menor respecto de la parte que no mantiene esos lazos biológicos o la mujer que no ha dado a luz (arts. 176.2.2ª y 3.ª y 177.2.2º CC).

¹⁷ Con todo, entre 2017 y 2019 se inscribieron cerca de 700 niños de padres españoles nacidos por gestación subrogada en las oficinas consulares en Ucrania, con la simple aportación de la certificación de nacimiento del niño y el reconocimiento legal del padre biológico confirmado con una prueba de ADN. Como señala Quicios Molina (2021a: 192), se enviaba material genético a España con el objeto de conseguir una prueba biológica de paternidad fuera de todos los cauces legales. Si la prueba daba un resultado positivo, se podía inscribir la paternidad. Por lo que a la postre suponía una colaboración activa del Estado en favorecer los efectos de la gestación por sustitución. La malograda Instrucción de 14 de febrero de 2019 (que ni siquiera llegó a publicarse en el BOE), pretendió dar carta de naturaleza a esta práctica. Además, establecía la posibilidad de que la filiación materna quedara determinada a favor de la madre comitente, si esta había aportado su óvulo y había acudido a este procedimiento sola o con otra mujer (unida por matrimonio o en pareja), por aplicación analógica del art. 10.3 LTRHA. Sin embargo, no salió adelante precisamente por el rechazo del Gobierno socialista a la gestación por sustitución. Véase aquí Andreu Martínez (2019: 66-77).

¹⁸ Por más que se empeñe la Dirección General [RRDGRN n.º 14/2014 de 19 diciembre 2014 (RJ 2015, 5079), n.º 2/2015 de 16 enero 2015 (RJ 6128), n.º 1/2017 de 27 octubre 2017 (JUR 2019, 101775) y n.º 27/2018 de 18 mayo 2018 (JUR 2019, 280401), entre otras], en afirmar que la STS de 6 de febrero de 2014 se había basado en un supuesto en el que se pretendía la mera transcripción de una certificación registral, con un contenido más limitado y sin que permita desplegar el control incidental que exige la Instrucción de 2010 para el reconocimiento de las sentencias extranjeras. Para De Verda y Beamonte (2023: 378) la Instrucción de 2010 lo que está proponiendo es la recepción sustantiva de la gestación por sustitución, «lo que no parece admisible».

Podemos, sin embargo, encontrar resoluciones recientes de la Dirección General donde se ha matizado esta postura, considerado que no es inscribible en el RC español el nacimiento en el extranjero mediante gestación subrogada cuando, aun habiéndose aportado al expediente una resolución judicial en los términos establecidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010, es posible utilizar otros medios previstos en nuestro ordenamiento jurídico para el reconocimiento de esa filiación. Es el caso de las Resoluciones de la DGSJFP n.º 1/2021, de 29 de septiembre de 2021 (JUR 2022, 275312) y n.º 81/2021, de 4 de octubre de 2021 (JUR 2022, 274924). En ambos supuestos se deniega la inscripción de nacimiento de un niño nacido en Toronto (Canadá) solicitada por su madre de intención, con la que no comparte vinculación biológica, a pesar de contar con una resolución dictada por un tribunal de Toronto en la que se la declaraba a la solicitante como madre legal del menor.

3. EL CASO DE LA STS 1.ª (PLENO) DE 31 DE MARZO DE 2022 Y LAS CUESTIONES A DEBATIR

El TS tiene que hacer frente en esta sentencia a la situación de un menor, Pedro Enrique, que nació en virtud de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el Estado de Tabasco (México), según su legislación, entre doña Aurelia, soltera y de 46 años, y una mujer tabasqueña. La madre de intención, además de no ser la madre biológica, tampoco lo era genética, pues no había aportado sus óvulos por imposibilidad médica, procediendo el material genético de donantes anónimos. El niño fue inscrito en el RC del Estado de Tabasco con el nombre elegido por Aurelia y sus apellidos, figurando esta como su madre legal. Sin embargo, aquí en España no se logra su inscripción en el RC, atendiendo a la Instrucción de 2010. Por lo que, a finales de enero de 2018, el abuelo del niño presenta una demanda contra su hija y el Ministerio Fiscal, solicitando la determinación legal de la filiación del niño a favor de la misma por posesión de estado (art. 131 CC) y que se le «condenase a estar y pasar por dicha declaración»¹⁹. Con la demanda, entre otros documentos, se aporta el contrato suscrito entre Aurelia y la gestante tabasqueña. La estrategia procesal seguida por el demandante buscaba acortar el procedimiento de reconocimiento de la filiación del niño, ante la imposibilidad

¹⁹ Atienza (2022b: 114) llama la atención de lo absurdo de la expresión, pues no parece muy «normal» que se le condene a alguien a hacer algo o a ser lo que vivamente desea. Pero como es obvio, siguiendo a Bercovitz Rodríguez-Cano (2022: 3), las partes estaban de acuerdo sobre el contenido y la procedencia de la demanda para conseguir el fin común perseguido, esto es, el reconocimiento de la maternidad de la comitente.

de conseguir el asentimiento de la mujer gestante para la adopción del menor, que es la vía que *prima facie* ofrece el Supremo y la Dirección General para estos casos²⁰. Para ello se buscó el amparo de anteriores sentencias del TS que daban relevancia a la posesión de estado en dos casos de reclamación de filiación derivadas del uso de técnicas de reproducción asistida, donde no había vinculación biológica con las mujeres reclamantes²¹.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 77 de Madrid, n.º 21/2019 de 19 de febrero, desestima la demanda, al entender que el principio del interés superior del menor no podía estar por encima de lo dispuesto en el art. 10.2 LTRHA. No obstante, falla que Aurelia puede instar ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor. Frente a esta sentencia, el demandante y su hija interpusieron recurso de apelación, con oposición del Ministerio Fiscal, alegando que debían aplicarse las normas contenidas en los arts. 9.1 y 9.4 CC, por lo que la filiación del menor ha de venir determinada por su ley personal, la legislación del Estado de Tabasco.

La SAP Madrid, Secc. 22.ª, n.º 947/2020 de 1 de diciembre de 2020 (JUR 2021, 55934), estima el recurso de apelación y declara que Aurelia es la madre del menor, ordenando la inscripción de dicha declaración en el RC correspondiente. El niño, que en el momento de dictarse esta sentencia tiene ya cinco años y reconocida la nacionalidad mexicana por aplicación de las leyes del Estado de Tabasco, se halla perfectamente atendido, integrado en un núcleo familiar en España, formado por su madre y sus abuelos, y va a ser escolarizado. Según razona la Audiencia, existe una relación de filiación «vivida» entre Aurelia y P. Enrique que debe ser reconocida por posesión de estado, pues las soluciones que ofrece la STS (Pleno) de 6 de febrero de 2014 no son viables en este caso. Por un lado, por la diferencia de edad existente entre la madre de intención (adoptante) y el niño, superior a 45 años (art. 175.1 CC). Además, de iniciarse la adopción por la vía de excepción del art. 176.2 CC, la situación del niño quedaría al albur de las decisiones administrativas e iría en contra de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que rechazan las soluciones «inseguras, inciertas, lentas e

²⁰ Agradezco a la letrada del caso, Ana Miramontes Roel, la información suministrada sobre el mismo y otros casos similares que está llevando o ya han finalizado, pues ayuda a entender la dificultad en la que se encuentran muchos abogados para lograr que sus clientes vean reconocida la filiación de los hijos que han nacido por gestación por sustitución en el extranjero.

²¹ SSTs de 5 de diciembre de 2013 (RJ 7640) y de 15 de enero de 2014 (RJ 1265).

ineficaces». Por otro lado, tampoco se podría acudir al mecanismo del acogimiento familiar, porque el niño no está en situación de desamparo²².

El M.º Fiscal recurre en casación esta sentencia, al estimar infringido el art. 131 CC en relación con el 10 LTRHA (pues determina la filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica, en contra de lo establecido en dicho precepto) y por oposición también a la jurisprudencia establecida en la STS (Pleno) de 6 de febrero de 2014, con la oposición de la viuda del demandante (al haber fallecido este). En la resolución del recurso, la Sala del Pleno del TS vuelve a reiterar la idea de que el contrato de gestación por sustitución realizado en el extranjero, y en concreto la pretensión de reconocer la filiación materna determinada por la autoridad extranjera como consecuencia del mismo, es «contraria (manifestamente contraria, podemos precisar) al orden público español» (FJ 3.º apdo. 1). Considera que, dada la naturaleza de la acción ejercitada, la normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el niño tiene su residencia habitual —España— (art. 9.4 CC). Por lo que estima el recurso, casa la sentencia de la AP de Madrid y confirma la sentencia del JPI, interpretando que el interés del menor valorado *in concreto* requiere que la vía para que Aurelia sea considerada madre del menor es la adopción, sin que la diferencia de edad entre una y otro constituya un obstáculo insalvable en virtud de lo dispuesto en el art. 176.2.3º en relación con el 237, ambos del CC.

La solución que ofrece el TS en su sentencia de 31 de marzo de 2022 nos invita a reflexionar, en primer término, sobre si la excepción de orden público aplicable a la pretensión de reconocer la filiación materna determinada por la autoridad extranjera como consecuencia de estos contratos, a la que alude nuestro Alto Tribunal, podría hacerse depender de la concurrencia de determinadas circunstancias y requisitos que estén conectados al tipo de contrato gestacional celebrado, lo que también enlaza con el análisis del contrato litigioso recogido en esta sentencia y con el principio *mater semper certa est*. Y, en segundo término, sobre las vicisitudes que puede conllevar el procedimiento de adopción para la determinación de la filiación de estos menores, cuando no hay vinculación genética y/o biológica con sus padres de intención, la posición que tiene al respecto el TEDH y la relevancia que pueda tener o no la posesión de estado, junto al interés superior del menor, en estos procesos.

²² A juicio de Quicios Molina (2021b: 309), «si bien parece claro que el interés superior del menor queda salvaguardado (con esta sentencia), se abre la puerta a que se comercialice sin límites con la generación de una persona que se quiere como hijo, sin pasar por la adopción como sería preceptivo».

II. EL CONTRATO GESTACIONAL A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

La situación de la gestante en muchos países donde se permite y regula la gestación por sustitución, puede ser considerada contraria a la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (art. 6)²³. En esta dirección, la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015, relativa al informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (apdo. 115), condena esta práctica, considerándola contraria a la dignidad de la mujer y una forma de explotación con fines reproductivos²⁴. El Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, de 15 de enero de 2018²⁵, expone también ante la Asamblea General de la ONU su preocupación en relación con el aumento de contratos de gestación subrogada transfronterizos de carácter comercial en países en desarrollo, que están generando prácticas abusivas y verdaderas ventas de niños ante la falta de normas internacionales. En nuestro país, el Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 16 de mayo de 2017²⁶, concluye de forma contundente que todo contrato de gestación por sustitución, lucrativo o altruista, entraña una explotación de la mujer y un daño al interés

²³ En dicho artículo se conmina a los Estados parte a adoptar medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, «en las que puede incluirse la situación que para la mujer gestante resulta de un contrato de gestación por sustitución comercial» (STS de 31 de marzo de 2022. FD 4.º apdo. 5).

²⁴ En particular afirma que es: «contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos». Disponible en: <https://bit.ly/443SOs7>, y recogida en la STS de 31 de marzo de 2022, FD 3.º apdo. 10.

Rechazo que ha vuelto a reiterar el Parlamento europeo en la Resolución de 21 de enero de 2021 sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (apdo. 32). Disponible en: <https://bit.ly/3VthTZt>.

²⁵ Disponible en: <https://bit.ly/42hgyqF>.

²⁶ Disponible en: <https://bit.ly/40YWsk7>.

superior del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Entre sus propuestas para que la LTRHA sea efectiva, este Comité de expertos mantiene que la nulidad de estos contratos debería ser aplicable también a los celebrados en el extranjero, así como sancionar a las agencias de intermediación que se dedican a esta actividad.

La reciente LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, va más allá y considera en su preámbulo que la gestación por sustitución es «una forma grave de violencia reproductiva», situándola al mismo nivel que el aborto forzoso, la esterilización y la anticoncepción forzosa, sin hacer ninguna distinción entre la modalidad comercial y la altruista.

Por su parte, la STS de 31 de marzo de 2022 pone el foco de atención en las condiciones y obligaciones totalmente abusivas y contrarias a sus derechos fundamentales que asumen muchas mujeres que están dispuestas a gestar para otros a cambio de dinero, desarrollando un aspecto que no lo había sido en la anterior sentencia de 2014. Para ello expone las cláusulas del contrato de gestación celebrado entre la mujer tabasqueña y la madre de intención (FJ 1.º), así como los Convenios sobre derechos humanos y demás textos internacionales anteriormente citados y contrarios a este tipo de contratos (FJ 3.º). Si bien la mayor parte de las afirmaciones que realiza el Supremo en sus fundamentos jurídicos 1.º y 3.º son *obiter dicta*²⁷, pues no eran necesarias atendiendo al motivo de casación que se formula, centrado en la determinación de la filiación por posesión de estado, creo que deben ser objeto de una breve reflexión.

1. CLÁUSULAS QUE AFECTAN A LA DIGNIDAD E INTEGRIDAD FÍSICA DE LA GESTANTE

Entrando en el contenido del contrato litigioso suscrito entre la madre de intención y la gestante tabasqueña, esta última se obliga desde un principio a renunciar a todos los derechos y reclamaciones que como madre legal le pudieran corresponder sobre el niño, aceptando entregar la custodia del bebé después del parto a la futura madre, a cooperar en todos los procedimientos para que la filiación se pudiera determinar a su favor, comprometiéndose, además, a no tener nunca contacto con el niño salvo que las partes acuerden otra cosa (cláusulas 2.ª, 8.ª, 16.ª, 19.ª y 21.ª).

²⁷ Como apuntan también Álvarez González (2022: 3 y 5), Farnós Amorós (2022b: 1289) y Navarro-Michel (2022: 26).

En relación con dichas cláusulas cabe señalar que, el carácter vinculante de los contratos de gestación por sustitución y el efecto que pueden tener en orden a la determinación de la filiación del menor, son cuestiones controvertidas y diversamente reguladas en los ordenamientos que lo permiten. Hay Estados (como California —EE. UU.— o Ucrania), donde el acuerdo gestacional es lo que determina la filiación del menor antes de su nacimiento, dando prioridad a los que han querido ser padres frente a un posible cambio de opinión de la gestante. En otras jurisdicciones, en cambio, la filiación del menor es más garantista y se produce después de su nacimiento, a través de un procedimiento judicial donde la mujer gestante debe renunciar a los derechos de filiación que le corresponden tras el alumbramiento a favor de los padres comitentes (caso de Reino Unido, Australia, Canadá o Israel)²⁸.

La renuncia en el propio contrato a la filiación de un niño que todavía no ha nacido a cambio de una remuneración, sin que la gestante tenga que ratificar su consentimiento después de haber dado a luz, es contraria, en mi opinión, a la normativa internacional de derechos humanos, va en contra de su dignidad y libertad personal (arts. 10.1 y 17.1 CE)²⁹ y la cosifica. Pues una persona es tratada como un objeto, se la cosifica, cuando no está dotada de un ámbito de autodeterminación propio y es *solo* un medio que sirve para a una finalidad exclusivamente ajena y no propia³⁰. En el caso de la gestación por sustitución, solo cuando la gestante actúe de forma libre e informada (sin intimidación o violencia y no motivada exclusivamente por su situación económica de pobreza), ayudando a los padres intencionales a cumplir su proyecto de tener un hijo, haciéndolo propio³¹ y, además, el acuerdo no

²⁸ Regulaciones que trato con más detalle en mi trabajo Múrtula Lafuente (2022a: 153 y ss.).

²⁹ Como recuerda el TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014: «Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución)» (FJ 3.º apdo. 5.º).

³⁰ Siguiendo aquí a Aparisi Miralles (2017: 164-168) y Atienza (2022a: 72). En palabras de este último, el núcleo del principio de dignidad humana «reside en el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona... y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo» [Atienza (2022a: 73)].

³¹ Como mantiene el TC portugués en su sentencia n.º 225/2018, de 24 de abril (FJ 23-30).

suponga un trato indigno³², se podrá entender que la gestación por sustitución no viola su dignidad personal³³.

En el debate sobre si la gestación por sustitución es o no contraria a la dignidad de la gestante, cobran especial relevancia los informes no vinculantes de organismos internacionales que aconsejan sobre la materia. Como el citado Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de 15 de enero de 2018. En él se recoge que la madre gestante debería conservar la patria potestad y la responsabilidad parental en el momento del parto (apdo. 77 d); sin que se puedan adoptar por parte de los Estados que regulen esta práctica normas basadas en el cumplimiento obligatorio o automático de estos contratos (apdo. 75). Y en la misma dirección van las recomendaciones realizadas por el Servicio Social Internacional (SSI), conocidas como los «Principios de Verona»³⁴, a los que la Relatora de la ONU invita a apoyar en su Informe y donde se desarrollan principios internacionales sobre la protección de los derechos del niño en el contexto de estos contratos. Este organismo no gubernamental recomienda garantizar las condiciones que permitan a la mujer gestante ejercer su autodeterminación (Principio 7.1 y 2). Por lo que ésta, después del alumbramiento, debería tener un periodo de reflexión adecuado para confirmar o revocar libremente el consentimiento inicialmente prestado en el acuerdo de gestación por sustitución y así determinar la filiación a favor de los padres de intención (Principio 10.5)³⁵.

Así también se desprende de diversos estudios realizados a mujeres gestantes en países donde está permitida esta práctica, donde las mujeres buscan, además de obtener beneficios económicos, un sentido propio a sus actos conforme a su propio contexto cultural [así, Smietana, Rudrappa y Weis (2021: 379)].

³² Jorqui Azofra (2020: 418 y 422) manifiesta sus dudas sobre que se pueda establecer con precisión un régimen legal para este tipo de contratos a la luz de los valores que incorpora nuestro sistema de derechos fundamentales.

³³ En este sentido, el voto particular formulado a la STS de 6 de febrero de 2014 por el Magistrado D. J.A. Seijas Quintana, y al que se adhirieron otros tres magistrados, reaccionó en contra del criterio mayoritario de la Sala de considerar que la gestación por sustitución vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, afirmando que no se puede generalizar por cuanto «b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante..., y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía».

³⁴ Disponibles en: <https://bit.ly/40XUuR8>.

Un análisis de estos principios en relación a los derechos de los niños nacidos por gestación por sustitución puede verse en mi trabajo Múrtula Lafuente (2022c: 140-150).

³⁵ Sobre la relevancia del consentimiento de la gestante para la determinación de la filiación del menor véase mi trabajo Múrtula Lafuente (2022a: 177-183).

Otros aspectos que llaman la atención del contrato de gestación por sustitución que expone el Supremo en la sentencia de 31 de marzo de 2022, son las cláusulas que afectan a la intimidad y libertad personal de la gestante tabasqueña (art. 17.1 CE), y que tienen que ver también con su dignidad personal (art. 10.1 CE). Empezando por las primeras, ésta renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evalúan, compartir dichos resultados con la futura madre (cl. 10.^a A), y que esta última (o un representante de la agencia intermediaria) sea informada y esté presente en todas las citas médicas (cl. 13.^a) y en el parto (cl. 16.^a C). Todo ello atenta contra el principio de confidencialidad médica y la protección de datos personales, que requieren un tratamiento especial.

Respecto a las cláusulas que afectan a su libertad personal, destacan las que atañen a sus hábitos de vida como: tener que mantener una determinada dieta nutricional, la abstinencia de relaciones sexuales, la interrupción del ejercicio vigoroso o la prohibición de automedicarse, entre otras. Pero, sobre todo, las que limitan su libertad de movimiento y de residencia, pues no puede salir de la ciudad donde reside sin autorización expresa de la futura madre y, en las semanas próximas al parto, no podrá alejarse del hospital elegido para el nacimiento del niño, incluso si es en una localidad distinta a su residencia habitual (cl. 13.^a). Este tipo de cláusulas, que son comunes en muchos modelos de contratos —sobre todo americanos—, limitan los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, su libertad y autonomía personal, lo que constituye una violación a derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución (arts. 10.1 y 17.1 CE)³⁶. Lo que deben ser meras recomendaciones se configuran como obligaciones exigibles contractualmente. Por lo que el compromiso que debería adquirir cualquier mujer que estuviera dispuesta a gestar para otros, en términos de derechos y obligaciones acordes a su libertad personal, debería limitarse a los cuidados normales de cualquier embarazo³⁷.

Las estipulaciones que más repulsa pueden generar en el contrato transcrito tienen que ver con la integridad física de la gestante (art. 15 CE) y los riesgos asumidos durante el proceso de fertilización, embarazo y posterior parto, donde la gestante se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y van más allá de cualquier procedimiento de inseminación habitual. Así, acepta llevar a cabo «tantas transferencias embrionarias como sean necesarias» hasta que ya no sea apta para continuar con más intentos, pudiéndose «llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por

³⁶ Lamm (2013: 268).

³⁷ Como señaló en su día el TC portugués en su sentencia n.º 225/2018, de 24 de abril (FD 26 al final).

cada ciclo de reproducción asistida», sin posibilidad de reducción embrionaria (cl. 11^a), con el consiguiente riesgo de quedarse embarazada de trillizos. Por contra: «En caso de que la gestante sustituta se someta a 2 (dos) ciclos o más de fertilización *in vitro* y ésta no llegase a quedar embarazada, no habrá compensación» (cl. 23.^a)³⁸. Regulándose también por contrato cómo será el parto: por cesárea «salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal» (cl. 16.^a), sin que exista posibilidad de interrumpir el embarazo salvo que su vida esté en peligro (cl. 18.^a C), limitando la libertad de elección de la mujer que está en cinta y su derecho a abortar en las primeras semanas. Incluso, se atribuye a la madre comitente «el derecho a mantenerla con vida en un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto» (cl. 14.^a).

Por desgracia, hay bastantes casos documentados de mujeres que han muerto como consecuencia de estos partos o han sufrido graves enfermedades³⁹, lo que da idea de la asimetría de riesgos que se produce en este tipo de contratos. Además, cuando hablamos de gestación por sustitución comercial, los acuerdos se rigen por la lógica de los contratos comerciales, otorgando a los padres intencionales un fuerte control sobre el cuerpo, la salud y la vida de la gestante durante el embarazo. Por lo que las cláusulas recogidas en el contrato tabasqueño alentarían la postura de quienes defienden que la gestación por sustitución instrumentaliza a la mujer, supone una mercantilización de su capacidad reproductiva y facilita la explotación de aquellas mujeres que están en una situación de mayor vulnerabilidad económica⁴⁰.

No es de extrañar, por tanto, que la legislación del Estado mexicano de Tabasco, siguiendo la línea de otros países como Tailandia (2015) o la India (2016), haya sufrido cambios relevantes en la materia que nos ocupa, tras una reforma legal en 2016 motivada por los abusos que se estaban cometiendo y

³⁸ El Informe de la Relatora Especial de la ONU (Consejo de Derechos Humanos, 2018: 22) insta a los Estados a que regulen los aspectos médicos de los contratos de gestación subrogada para garantizar la salud y la seguridad de la madre gestante y del niño, en particular imponiendo límites adecuados al número de embriones implantados en una mujer de una sola vez.

³⁹ En el escrito presentado en agosto de 2017 por una quincena de académicos a la Corte Suprema de Estados Unidos en defensa del caso de Melissa Cook, una mujer gestante que quiso quedarse infructuosamente con los trillizos que había dado a luz por un contrato de gestación subrogada, se documentan varios de estos casos. El primero, el de Brooke Lee Brown, de 34 años, que murió en octubre de 2015 mientras estaba embarazada de dos gemelas de padres comitentes españoles. Disponible en: <https://bit.ly/41Kd3c3>.

⁴⁰ Entre otros, Aparisi Miralles (2017: 168 y ss.), Salazar Benítez (2018: 252 y ss.) y Martínez de Aguirre (2022: 31 y 44).

la explotación que sufrían muchas mujeres. Desde entonces, se ha venido a modificar la legislación prevista en el Código civil local (en adelante, CCT)⁴¹, en el sentido de restringir el contrato de gestación a ciudadanos mexicanos, exigir que el embrión fecundado por la gestante sea con gametos de la pareja o persona contratante (art. 390 Bis 2 II CCT) y considerar nulo el contrato de gestación que atente contra el interés superior del niño y la dignidad humana (art. 380 Bis 4 CCT)⁴².

2. EL DERECHO DEL NIÑO A NO SER TRATADO COMO UNA MERA MERCANCÍA Y A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

La gestación por sustitución puede lesionar la protección prevista para los menores en los acuerdos internacionales (art. 39.4 CE) y su derecho a una vida familiar (art. 8 CEDH). Y no tanto su «dignidad e integridad moral»⁴³, en la medida en que nada diferenciaría *a priori* la situación de un niño que nace por un acuerdo de gestación por sustitución, de otro que pudiera nacer como consecuencia de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, salvo la implicación de otra mujer en el proyecto reproductivo de otras personas⁴⁴.

⁴¹ Disponible en: <https://bit.ly/42JYntV>.

⁴² Otras modificaciones relevantes son que la madre comitente (con una edad comprendida entre 25 y 40 años), debe tener una imposibilidad física o contraindicación médica para gestar (art. 380 Bis 5 CCT). Una vez suscrito el contrato ante notario, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de un procedimiento judicial no contencioso (art. 380 Bis 5). El asentamiento del recién nacido debe realizarse mediante la adopción plena aprobada por el Juez (art. 380 Bis 6 CCT).

⁴³ A pesar de lo afirmado por la STS de 31 de marzo de 2022 (FJ 3.º apdo. 5.º) y también por un importante sector doctrinal, entre ellos, Vaquero Pinto (2018: 257).

⁴⁴ Según recoge el Tribunal Constitucional portugués en su sentencia n.º 225/2018, de 24 de abril (FJ 32 *in fine*), el objeto inmediato de estos contratos nunca es el niño en sí mismo considerado. Además, cuando nace el bebé se integra en una familia, al igual que hacen el resto de los niños que nacen por cualquier procedimiento (natural o por técnicas de reproducción asistida). En esta dirección, Cervilla Garzón (2018: 37) señala también que el hecho de que la gestación tenga lugar en un vientre diferente del de la madre de intención no es una circunstancia de la que pueda derivarse consecuencias nocivas para el menor. A todo ello cabría añadir, como se desprende del contrato transcrito por la STS de 31 de marzo de 2022, que este tipo de contratos tiene por objeto, *strictu sensu*, el compromiso asumido por la gestante de ser fecundada a través de técnicas de reproducción asistida, seguir las instrucciones médicas y pactadas durante el embarazo, gestar el feto hasta su nacimiento, entregar al recién nacido a los padres intencionales y renunciar a los derechos de filiación a favor de estos

En cuanto al primer ámbito de protección, pues el derecho a una vida familiar lo desarrollaremos en el apartado IV de este trabajo, cabe señalar —siguiendo a la STS de 31 de marzo de 2022— que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) (art. 35) prohíbe la venta de niños y el art. 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la define como «todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución». Por lo que el Informe de la Relatora Especial de la ONU (Consejo de Derechos Humanos, 2018: 13-15), así como el Informe del Comité de Bioética (2017: 30-31), concluyen que la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye una verdadera venta de niños⁴⁵. Teniendo el contrato tabasqueño las características comunes a estos contratos (STS de 31 de marzo de 2022, FJ 3.º apdo. 6).

Sin embargo, el propio Informe de la Relatora Especial precisa que no todas las formas de gestación por sustitución son venta de menores y violan esta prohibición internacional. En teoría, una gestación por sustitución de carácter verdaderamente «altruista» no lo es, pues se entiende como un acto gratuito (aunque la gestante pueda recibir algún tipo de «compensación razonable»)⁴⁶, realizado a menudo entre familiares o amigos que tienen una

últimos, realizando para ello todos los trámites legales necesarios; y, en cuanto a los padres de intención, hacerse cargo de los gastos (agencia intermediaria, gastos médicos y legales, y el pago de la gestante en el caso de que fuera retribuida), así como asumir las responsabilidades legales derivadas de la filiación de este menor.

⁴⁵ Entre las conclusiones del Comité de Bioética está la consideración de que todos los contratos de gestación por sustitución (lucrativos o altruistas) entrañan una explotación de la mujer y un daño al interés superior del menor, por lo que no pueden aceptarse por principio y nuestro país debería sancionar con la nulidad de estos contratos también a los celebrados en el extranjero.

⁴⁶ El problema residirá, por tanto, en determinar cuándo estamos ante una «compensación razonable» y cuándo ante una verdadera «retribución». Se debería de tratar de un proceso económicamente neutro, como cualquier donación, pudiendo entrar tanto los gastos médicos y de gestación, como las pérdidas salariales que le ha supuesto el embarazo y los posibles daños resultantes del embarazo y el parto. Con ello, se le garantizaría a la gestante que no tenga pérdidas económicas como consecuencia del acuerdo, pero tampoco ganancias, como prohíbe el art. 21 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (1997), según el cual: «El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro». Véase aquí Farnós Amorós (2020: 108).

relación previa, sin que participen intermediarios, ni suponga el pago de una cantidad a cambio del traslado de un niño sobre la base de una relación contractual (apdo. 69). Tampoco sería venta de niños una gestación por sustitución de carácter comercial, si queda claro que solo se le paga a la madre gestante por los servicios de gestación, no por el traslado del menor, por lo que debería conservar su condición de madre legal en el momento del parto (apdo. 72).

Otra cuestión que preocupa a nuestro Alto Tribunal (STS de 31 de marzo de 2022, FD 3.º apdo. 9), es que al niño nacido en virtud de un contrato de gestación por sustitución se le puede privar del derecho a conocer su origen biológico, al registrar únicamente a los padres intencionales en su certificado de nacimiento. Este es un derecho contemplado de forma genérica en el art. 7.1 CDN y en el art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, para el caso de adopción de menores. Esta preocupación está presente también en el Informe de la Relatora de la ONU (Consejo de Derechos Humanos, 2018: 22), que considera que en los Estados donde están prohibidas estas prácticas se debe garantizar tanto los derechos de identidad del menor como de acceso a sus orígenes personales.

A este respecto habría que tener en cuenta que, con el propósito de garantizar el derecho a conocer su origen biológico, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 no admite como título apto para la inscripción de nacimiento y filiación del menor en el RC una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del niño, donde no conste la identidad de la madre gestante. Por otro lado, en los procedimientos de adopción de estos menores el asentimiento de la madre gestante resulta fundamental para su agilización, salvo que se encuentre imposibilitada para ello (art. 177.2.2.º CC). Por lo que su identidad podrá ser conocida por el menor como en cualquier otro proceso de adopción⁴⁷. Por otro lado, habría que tener presente que, por ahora, el derecho a conocer el origen genético choca en España con la larga tradición jurídica de protección del anonimato del donante en el caso de las técnicas de reproducción asistida (arts. 5.5 y 18.3 LTRHA), que habría que revisar

⁴⁷ De especial interés a este respecto resulta la SAP Álava, Secc. 1.ª, n.º 1142/2022 de 5 de septiembre de 2022 (JUR 2023, 20509) que aprecia la reclamación de los padres de intención de modificar el lugar de nacimiento en el RC del menor nacido en Kiev, al lugar de su domicilio habitual, lo que de acuerdo con la Audiencia «no supondría (ni puede suponer en ningún caso) ningún perjuicio para el menor, ya que siempre podría acceder al asiento que se cancela formalmente, pues en dicho asiento constará el antecedente histórico del menor adoptado hasta el momento de la adopción: filiación de origen y lugar de nacimiento biológico».

como propone la doctrina⁴⁸ y el propio Comité de Bioética de España (2020: 50-52), siguiendo los criterios adoptados por la Recomendación 2156/2019 sobre Donación anónima de espermatozoides y ovocitos: ponderando los derechos de los padres, los donantes y de los niños, elaborada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

A la vista de todo lo expuesto podemos constatar que el recurso a los instrumentos de *soft law*, como las recomendaciones realizadas en el Informe de la Relatora de la ONU y del Servicio Social Internacional, nos orientan sobre lo que cabe entender por orden público y cuándo un contrato gestacional puede ir en contra de la dignidad de la gestante y mercantilizar al menor. De ellas se desprende que este acuerdo no debería suponer una renuncia anticipada e irrevocable de la condición de madre de la gestante, debiendo tener después del parto un periodo de reflexión para revocar o confirmar el consentimiento inicialmente prestado. El consentimiento de la mujer gestante debería ser libre, voluntario, pleno e informado⁴⁹. La renuncia a la filiación del bebé no debería ser a cambio de dinero, sin perjuicio de que la gestante pueda recibir una «compensación razonable» por su embarazo y posterior parto. El compromiso asumido por esta en el contrato tiene que limitarse a los deberes normales de cualquier embarazo. Por su parte, el menor nacido por este procedimiento debe tener derecho a conocer su origen biológico, como cualquier menor adoptado. Por lo que, en mi opinión, el carácter contrario o no al orden público del acuerdo gestacional debería hacerse depender del caso concreto, sin que se pueda afirmar que la gestación por sustitución, en sí misma considerada, es contraria al orden público⁵⁰.

III. LA MATERNIDAD BIOLÓGICA COMO PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO A EXAMEN

La gestación por sustitución afecta a varios principios tradicionales de nuestro ordenamiento jurídico, como el principio de indisponibilidad del

⁴⁸ Así, entre otros, Femenía López (2021: 233-238).

⁴⁹ Como señalan los Principios de Verona, la madre subrogada debe estar en condiciones de tomar decisiones independientes, informadas y libres de explotación y coerción (Principio 7.1). Por lo que deberán establecerse y garantizarse condiciones que permitan a la madre subrogada ejercer su autodeterminación (Principio 7.2).

⁵⁰ En esta dirección, entre otros, Álvarez González (2021: 212); Barba (2020: 96); y Carrascosa González (2020: 1891). También el voto particular formulado a la STS de 6 de febrero de 2014 que afirma que «la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso».

estado civil de las personas y, enlazando con este último, el principio de que la maternidad legal viene determinada por el parto (arts. 120.5.º CC, 44.4 y 46 LRC 2011 y 10.2 LTRHA)⁵¹. Este último principio, que viene del Derecho Romano (*mater semper certa est*), se sustenta sobre una base biológica, pero va más allá, pues presume que la progenitora de un niño es quien, como madre, mejor puede hacerse cargo de él⁵². Lo que no deja de ser una presunción, pues, por un lado, existe la posibilidad de renunciar a los derechos derivados de la filiación que tiene la madre después de dar a luz (art 44.4 LRC 2011)⁵³; además de las situaciones de desamparo y adopción, consecuencia de la incapacidad de los que son progenitores por naturaleza para hacerse cargo de su hijo (arts. 172-180 CC). Y, por otro lado, está la importancia que tiene la voluntad y el consentimiento, permitiendo inscribir como madre legal o «no gestante» a la que no ha dado a luz, reconociendo por tanto la doble maternidad legal [art. 44.4.b) LRC 2011 y art. 7 LTRHA]. Sin que se entienda en ninguno de estos casos vulnerado el orden público español.

Obsérvese que el art. 44 LRC 2011 ha sido modificado por la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE 1.3.2023), permitiendo el reconocimiento formal de «la madre no gestante» en la determinación de la filiación del menor, «siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia», hayan o no acudido al uso de técnicas de reproducción asistida para la concepción de ese niño. Y, aunque no se modifica formalmente el art. 7.3 LTRHA, la nueva reforma legal abre de forma clara la puerta al reconocimiento de la filiación en parejas de mujeres no casadas tomando como base la voluntad de ser progenitor⁵⁴.

Si atendemos a todas estas normas, se desprende la importancia que para nuestro ordenamiento jurídico tiene la voluntad de tener un hijo y de criarlo como propio, cumpliendo las responsabilidades parentales, para que una

⁵¹ De Verda y Beamonte (2023: 362).

⁵² Comité de Bioética de España (2017: 21).

⁵³ Para Quicios Molina (2019, 11-12) la regla introducida en el art. 44.4.II de la LRC de 2011 por la Ley 19/2015, de 13 de julio, sobre el acceso restringido a los datos sobre la maternidad, cuando la madre renuncia a ejercer los derechos derivados de la maternidad ya determinada por el parto, puede facilitar el acceso al RC de la filiación querida, en un contrato de gestación por sustitución, si se interpreta por los encargados del RC que los «motivos fundados» que permiten tal renuncia concurren en el caso, sin necesidad de que el niño sea declarado en situación de desamparo.

⁵⁴ A favor de este reconocimiento se mostró Díaz Martínez (2021: 180) y en sentido contrario Quicios Molina (2022: 150).

persona pueda ser considerada progenitor (o no, si es que quiere renunciar a los derechos de filiación de ese menor una vez que ha dado a luz), con independencia de quién haya gestado al niño o quién ha aportado el material genético⁵⁵.

En el aspecto que ahora se examina, conviene precisar también que el art. 10 LTRHA, a pesar de consagrar la nulidad del contrato de gestación por sustitución y considerar que la madre que da a luz es la madre legal del niño, deja la puerta abierta a la posible reclamación de paternidad respecto del padre biológico (art. 10.3 LTRHA), rompiendo con el principio *fraus omnia corrumpit*. Es más, la DGRN, actual DGSJFP, admite la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras, sin entrar a cuestionar la validez del contrato de gestación suscrito o la conducta de los padres comitentes.

La última sentencia del TS, a diferencia de la anterior sentencia de 2014, habla solo de contrariedad al «orden público español» y no al «orden público internacional español» en relación con los contratos de gestación por sustitución de carácter comercial. No sabemos si esta omisión ha sido deliberada o bien obedece al diferente planteamiento del caso —como se indicaba en las primeras líneas de este trabajo—, pero lo cierto es que nuestro Alto Tribunal no ha querido entrar en si el art. 10 LTRHA admite o no excepciones respecto a la madre legal del menor⁵⁶.

1. ORDEN PÚBLICO VS. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Tratando de dar solución al caso concreto de las acciones de filiación entabladas en España por los padres de intención que habían acudido a la gestación subrogada transfronteriza, algunas Audiencias Provinciales han considerado posible y procedente una aplicación atenuada del orden público español (arts. 10.1 y 2 LTRHA), sobre la base de la posesión de estado, la voluntad de ser madre (o padre) y el principio de preservación del superior interés del menor [art. 2 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM)], dando con ello validez al acto extranjero que determinaba la filiación del menor a su favor⁵⁷. Estas sentencias toman

⁵⁵ Sánchez Hernández (2019: 244) y Lamm (2013: 42, 54-57).

⁵⁶ Para Álvarez González (2022: 3), el TS no profundiza en este último aspecto y es una línea de razonamiento necesaria, por cuanto desde la doctrina del TEDH «la imperatividad de que la madre gestante debe ser en todo caso la madre «legal» no es un axioma. Es más, la evolución de dicha doctrina va yendo en sentido contrario».

⁵⁷ Es el caso de SAP Islas Baleares, Secc. 4.ª, n.º 207/2021 de 27 de abril de 2021 (JUR 163294), muy similar al de la STS de 31 de marzo de 2022, donde la madre intencional había acudido a Moscú para tener a una niña, nacida en 2015, con donantes

como punto de apoyo en sus fundamentos la línea marcada por el TEDH, que ha venido considerando —como veremos más adelante—, que el derecho a la identidad del menor implica el reconocimiento de una relación legal de parentalidad, cualquiera que sea su forma, respecto de las personas responsables de su educación y desarrollo. Lo que debe prevalecer sobre otras consideraciones de orden público, incluso cuando vaya en contra del principio de determinación legal de la maternidad del Estado que no permite la gestación subrogada.

Precisamente el propio Comité de Bioética (2017: 23), tan crítico con la gestación por sustitución, afirma que para proponer un cambio en el criterio de atribución de la filiación respecto a la mujer que da a luz, aunque sea para un número reducido de casos, el primer paso consistiría en demostrar que el criterio de separar la maternidad legal y la biológica resulta idóneo para el interés superior del menor. Y es que uno de los principios que informan el orden público español, tanto internacional como nacional, es precisamente este principio, que se encuentra recogido en el art. 3 CDN y en nuestro ordenamiento jurídico (art. 2 LOPJM), como una cláusula que debe actuar como criterio general para resolver los distintos conflictos de intereses que se generan en el entorno del menor, por encima de la consideración de que la madre legal debe ser la mujer que ha dado a luz (art. 10.2 LTRHA)⁵⁸. Es, por tanto, una obligación para el operador jurídico su aplicación, consecuencia directa de la primacía de las normas contenidas en un convenio internacional como es la CDN⁵⁹.

anónimos, existiendo una diferencia de edad entre ambas de casi 47 años. En este asunto es la madre intencional la que solicita la inscripción del acta de nacimiento de la niña, efectuada de acuerdo con la legislación rusa y respaldada por el Tribunal de San Petersburgo, demandando para ello a la gestante rusa (declarada en rebeldía). El JPI estima la demanda con base en la Instrucción de 2010 en conjunción con el art. 96.2.d) LRC 2011 y la Audiencia ratifica dicha resolución, considerando procedente dar lugar a la inscripción pretendida, atendiendo al principio del superior interés de la niña [art. 2.2 apdos. a) c) y d) LOPJM], lo que pasa por dar carta de naturaleza y preservar la situación familiar que vive desde su nacimiento —hace ya seis años— (art. 2.3 LOPJM), coadyuvando a ello la posesión de estado. En esta dirección también se encuentra el AAP de Barcelona, Secc. 18.ª, n.º 104/2021 de 17 de marzo de 2021 (JUR 169793), que estimó la demanda de reconocimiento y homologación de una sentencia dictada por el Juzgado de Familia de Bogotá (Colombia) que declaró que la menor no era hija de la madre gestante.

⁵⁸ En esta dirección, véase Femenía López (2019: 62 y 199).

⁵⁹ Carrascosa González (2020: 1875).

Así lo ha entendido la Sala de lo Social del TS, que ha interpretado las normas en materia de protección de la maternidad a la luz de este principio del interés superior del menor, que se integra en el núcleo familiar del progenitor o progenitores que le prestan atención, reconociendo el derecho a gozar de las prestaciones y derechos derivados de esta paternidad (arts. 48.4 ET y 177 TRLGSS) a los trabajadores que han tenido hijos a través de este procedimiento y se encuentran inscritos en el RC consular o en proceso de adopción. La razón de este reconocimiento se halla, a juicio de esta Sala, en la consideración de que el contrato nulo no elimina la necesidad de la prestación, que se encuentra en el cuidado y asistencia de los hijos durante el periodo posterior al nacimiento por parte de cualquiera de los padres por naturaleza, adopción o acogimiento⁶⁰.

Si miramos a algunos países de nuestro entorno, como Alemania, Italia o Francia, en ellos se sigue manteniendo que la maternidad legal debe venir determinada por el parto. Pero mientras que los Tribunales alemanes⁶¹ e italianos⁶² mantienen una postura similar a la de nuestro Tribunal Supremo,

⁶⁰ Entre otras, SSTS (Pleno), n.º 881/2016 de 25 de octubre de 2016 (RJ 6167) y n.º 953/2016 de 16 de noviembre de 2016 (RJ 6152); y SSTS n.º 950/2017 de 29 de noviembre de 2017 (RJ 611) y n.º 277/2018 de 13 marzo de 2018 (RJ 1518), n.º 347/2018 de 22 de marzo de 2018 (RJ 1414) y n.º 997/2022 de 21 de diciembre de 2022 (RJ 5537).

⁶¹ Así, por ejemplo, en el caso de la sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Civil y Penal alemán) de 20 de marzo de 2019 se consideró aplicables las leyes alemanas donde residían los padres comitentes y el menor. En particular el § 1591 BGB, que considera como madre del menor a la que da a luz. Por lo que apreció que la filiación a favor de la madre intencional del niño nacido en Ucrania con gametos de ambos padres intencionales solo podría determinarse por adopción. Disponible en: <https://bit.ly/3UYhXAI>.

⁶² La Sentencia n.º 12193/2019 de 8 de mayo de 2019, de la Corte de Casación italiana considera que no se puede reconocer en Italia la filiación de un nacido por gestación por sustitución en Ontario respecto del padre intencional no biológico, por la prohibición de gestación subrogada prevista en el art. 12.6 de la Ley italiana 40/2004, precepto que considera de orden público, puesto que protege valores fundamentales como la dignidad de la mujer gestante y la adopción. Dichos valores se consideran como prevalentes respecto del interés superior del menor, siendo la única solución la adopción por parte del progenitor no biológico. Véase aquí Barba (2020: 70 y 80). En la misma línea va la más reciente sentencia de la *Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili*, n.º 38162/2022 de 30 de diciembre de 2022, en relación con la denegación de la inscripción de una sentencia del Tribunal de la Columbia Británica respecto del padre de intención no biológico, indicándole el camino a seguir: la adopción. Pues «el hijo nacido por gestación subrogada también tiene un derecho

la *Cour de Cassation* francesa ha dado un paso más allá de las exigencias del TEDH, admitiendo en resoluciones recientes la transcripción total a favor de ambos progenitores de las partidas de nacimiento extranjeras de los niños nacidos por gestación subrogada, cuando el procedimiento de adopción resulta imposible o inadecuado por la situación de los interesados (Sentencias de la *Cour de Cassation* de 18 de diciembre de 2019⁶³, y 4 noviembre, 12 noviembre y 18 noviembre 2020⁶⁴)⁶⁵.

2. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS PÚBLICOS EN MATERIA DE FILIACIÓN ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

Conviene llamar la atención, llegados a este punto, que en el ámbito de la Unión Europea se acaba de aprobar la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo [Bruselas 7.12.2022. COM (2022) 695 final]⁶⁶, en orden a reforzar la protección de los derechos fundamentales de los menores en situaciones transfronterizas, entre ellos, el derecho a su identidad, a la no discriminación y a la vida privada y familiar. En este proyecto de Reglamento se prevé la creación de un certificado europeo en materia de filiación válido en los 27 Estados

fundamental al reconocimiento, incluso jurídico, del vínculo surgido en virtud de la relación afectiva establecida y vivida con quien compartió el proyecto parental» (apdo. 27). Disponible en: <https://bit.ly/3Aia4vL>.

⁶³ *Cour de Cassation* n.º 1111, n.º 1112 y n.º 1113 de 18 de diciembre de 2019, las dos primeras en relación con parejas de varones y actas de nacimiento estadounidenses y la última sentencia en relación con una pareja de mujeres y un acta de nacimiento londinense. Disponibles en: <https://bit.ly/3AfutBK>.

⁶⁴ En esta última se trataba de una pareja de hombres de nacionalidad francesa que tiene un hijo por gestación subrogada en Canadá, obteniendo el correspondiente certificado de nacimiento del niño donde ambos figuran como padres. Véase la referencia a estas sentencias francesas en: <https://bit.ly/3UWv84L>.

⁶⁵ La modificación del art. 47 del *Code civil* por la Ley n.º 2021-1017, de 2 de agosto de 2021, sobre bioética no parece que pueda poner fin a esta jurisprudencia, en la medida en que establece una presunción de veracidad de los actos relativos al estado civil de los franceses realizados en un país extranjero, salvo que los hechos declarados «no se correspondan con la realidad» evaluada a la luz de la legislación francesa y la citada ley reconoce la doble maternidad legal. Así Bidaud (2022: 44-45).

⁶⁶ Disponible en: <https://bit.ly/41j76TL>.

de la Unión, no aplicable a terceros países, con el propósito de que la filiación establecida en un Estado miembro, independientemente de cómo fue concebido el hijo o cómo nació y del tipo de familia, sea reconocida en el resto de Estados.

La propuesta de Reglamento establece, como regla general, que la ley aplicable a la determinación de la filiación debe ser la del Estado de residencia habitual de la persona que dé a luz en el momento del nacimiento y, cuando esta no pueda determinarse, deberá aplicarse la legislación del Estado de nacimiento del niño (art. 17.1). Lo cual es importante en la materia que nos ocupa, teniendo en cuenta que hay Estados miembros, como Grecia, donde se permite y se regula la gestación por sustitución. Con la Ley 3089/2002 sobre Reproducción Humana Médicamente Asistida, el país heleno incorpora en los arts. 1458 y 1464 de su Código civil esta técnica. Grecia sigue un modelo altruista de gestación subrogada, sin que sea preciso que exista relación genética entre los padres de intención y el bebé, pero sí debe tener un carácter excepcional o por razones médicas (por lo que solo podrán acceder a ella las mujeres casadas o con pareja de distinto sexo y las solas que no puedan concebir un hijo, llevar a término un embarazo o bien puedan transmitir una enfermedad hereditaria). Con la Ley 4272/2014, quedó abierta en Grecia la gestación subrogada a extranjeros (solo se requiere que la persona solicitante o la gestante tenga su domicilio o residencia temporal en este país) y, además, la filiación queda determinada mediante la resolución judicial que aprueba el convenio gestacional⁶⁷.

Volviendo a la propuesta de Reglamento, la lista de motivos de denegación del reconocimiento de la filiación establecida en un Estado miembro es exhaustiva, figurando ser «manifiestamente incompatible con el orden público del foro» (art. 22.1)⁶⁸. Las autoridades nacionales deberán

⁶⁷ Múrtula Lafuente (2022a: 153-155).

Obsérvese que algunas agencias publicitan a Grecia como uno de los destinos preferidos para tener hijos por gestación subrogada (<https://bit.ly/41qfh0D>).

Portugal, aunque también cuenta con una reciente Ley (la Ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre, que modifica la Ley n.º 32/2006, de 26 de julio, de Procreación Médicamente Asistida), restringe su ámbito de aplicación a los ciudadanos portugueses y a los extranjeros con residencia permanente en Portugal (art. 2 LPMA), por lo que no será seguramente uno de los destinos de este turismo reproductivo.

Queda por ver lo que ocurrirá el día de mañana si Ucrania pasa a ser Estado de la UE.

⁶⁸ Este motivo podrá alegarse también para denegar el reconocimiento de una resolución judicial relativa a la filiación dictada en un Estado miembro [art. 31.1.a)], así como para documentos públicos que determinen la filiación y que tengan efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen [art. 39.1.a)], que en principio deberían

tener en cuenta para alegar este motivo excepcional, como expresa la exposición de motivos de la propuesta, el interés del menor y la preservación de sus vínculos familiares.

Bajo mi punto de vista, la aprobación de la propuesta de Reglamento en los términos descritos abriría las puertas al reconocimiento de la filiación establecida por un Estado miembro que permita y regule la gestación por sustitución respecto de otro Estado miembro, por respeto a los principios y valores comunes que subyacen en la vida de la UE (libertad, democracia, igualdad y Estado de Derecho) y al principio de confianza mutua dentro de la Unión. De manera que no habría necesidad de que la filiación acreditada en un país de la UE se ajuste exactamente a las normas legales de Derecho sustantivo español que regulan la filiación. Por lo que no cabría hacer un juicio de valor en abstracto sobre si el contrato de gestación por sustitución es o no compatible con nuestro orden público, sino que en cada caso habría que determinar si el documento concreto supone una violación flagrante de principios, derechos y valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

En mi opinión, y como resumen de todo hasta ahora expuesto, lo que rechaza nuestro sistema jurídico y constituye materia de orden público es cualquier acuerdo de gestación por sustitución donde la mujer se vea privada de su autonomía personal, no se hayan respetado sus derechos fundamentales y la gestación se haya mercantilizado, sin que se hayan adoptado las garantías necesarias en torno al consentimiento e idoneidad de todas las partes. Pero cuando el niño fruto de este contrato, transgresor o no de nuestro orden público (art. 10.1 y 2 LTRHA), ha entrado en España sin ningún problema con sus padres de intención, se encuentra aquí viviendo y queda acreditada judicialmente una relación familiar de hecho que beneficia a ese menor, deben entrar entonces en juego el principio del interés superior del menor (art. 3 CDN), el derecho del niño a tener un nombre, adquirir una nacionalidad y a ser cuidado por sus padres (art. 7.1 CDN), así como la interpretación que ha realizado el TEDH del derecho al respeto a la vida privada y familiar de estos menores (art. 8 CEDH)⁶⁹, según desarrollaremos en las siguientes líneas.

ser reconocidos en los demás Estados de la Unión sin necesidad de recurrir a procedimiento especial alguno (arts. 24.1 y 36 respectivamente).

⁶⁹ Castellanos Ruiz (2021: 985 y 999) afirma que existe un incipiente orden público europeo que prevalece sobre el orden público internacional español y vendría integrado por los principios que recogen las citadas normas internacionales.

IV. EL DERECHO A UNA IDENTIDAD PERSONAL Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN «INTERÉS EL MENOR»

La filiación es un estatuto personal especialmente relevante para la identidad de una persona (art. 7 CDN). Genera entre padres e hijos derechos y obligaciones, como la atribución de la patria potestad, la determinación de los apellidos, la adquisición de la nacionalidad o los derechos sucesorios. La filiación legal establecida en un Estado, pero no reconocida en otros, da lugar a una «filiación legal coja» y puede crear problemas importantes para los niños y sus padres intencionales, como señala el Informe final del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya, de 1 de noviembre 2022, que viene trabajando en la elaboración de un protocolo de reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras relacionadas con la filiación legal de los menores nacidos como resultado de estos acuerdos transfronterizos⁷⁰.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que hacer frente a reclamaciones de ciudadanos de los Estados miembros del Consejo de Europa, cuando estos no reconocían la filiación establecida por las autoridades extranjeras donde habían tenido a sus hijos por gestación subrogada, sin que se haya pronunciado explícitamente sobre si este procedimiento atenta o no contra la dignidad de las mujeres o mercantiliza a los menores, ante la falta de consenso entre las distintas regulaciones. Para resolver estas reclamaciones este Tribunal ha aplicado el art. 8 CEDH, que recoge el derecho a la vida privada y familiar de las personas. Desde la primera sentencia del caso *Menesson*, el Tribunal distingue claramente la situación del menor de la de sus padres de intención. De esta manera, considera que se produce una violación del derecho del menor a su vida privada (*ex art. 8 CEDH*), cuando el Estado donde reside con sus padres de intención le niega cualquier forma de reconocer una relación de filiación en el caso de que el padre intencional sea el padre biológico, dada la importancia del vínculo biológico como componente de su identidad como ser humano⁷¹. Eso sí, deja a los Estados libertad para elegir el medio de deter-

⁷⁰ La importancia de la adopción nacional para determinar la filiación de estos menores y la posibilidad de implementar este protocolo, limitado al reconocimiento de la filiación establecida por una resolución judicial, aunque pueda ser denegado su reconocimiento por los motivos tradicionales del DIPr., están entre las conclusiones de este Informe final. Si bien no se oculta de su lectura la dificultad de la puesta en marcha de este protocolo por la diversidad de regulaciones de los distintos Estados. Disponible en: <https://bit.ly/3UWTKdi>.

⁷¹ STEDH, Secc. 5.ª, de 26 de junio de 2014, caso *Menesson* contra Francia (JUR 176908) apdo. 100; y en el mismo sentido SSTEDH, Secc. 5.ª, de 26 de junio

minación de la filiación que mejor estimen protege el interés del menor, sin estar obligados a transcribir el certificado extranjero de nacimiento del niño⁷².

En los casos en los que no existe vinculación biológica entre el menor y los padres intencionales, el TEDH considera lícito que exista un control judicial interno por parte de las autoridades nacionales que permita realizar una evaluación caso por caso, en orden a evitar la mercantilización de la madre gestante y proteger el interés superior del niño⁷³. Aceptando con ello, por ahora, la conformidad con el CEDH del principio de maternidad biológica, frente a los vínculos que han querido construir los padres intencionales con el menor⁷⁴. No obstante, mantiene que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo entre el niño y el progenitor no biológico durante un periodo de tiempo significativo, constituye una injerencia desproporcionada en el derecho del menor a su vida privada (art. 8 CEDH)⁷⁵.

1. LA ADOPCIÓN COMO SOLUCIÓN CUANDO NO HAY VINCULACIÓN GENÉTICA Y/O BIOLÓGICA

Muchas parejas acuden a la gestación por sustitución ante las trabas que plantean los procesos de adopción e incluso las prohibiciones que ponen algunos países para adoptar a personas solas o a parejas del mismo sexo⁷⁶. Aunque no vamos a entrar en esta cuestión, sí resulta de interés recordar que en el caso de la STS de 31 marzo de 2022 la madre de intención no pudo

de 2014, caso *Labassee* contra Francia (JUR 176905); 21 de julio de 2016, caso *Foulon y Bouvet* contra Francia (TEDH 61); 19 de enero de 2017, caso *Laborie* contra Francia (JUR 14349); Dictamen Consultivo del TEDH de 10 de abril de 2019, apdo. 35 y STEDH, Secc.5.ª, 16 julio 2020, caso D. contra Francia, (JUR 214195), apdo. 49.

⁷² STEDH, Secc. 5.ª, 16 de julio de 2020, caso D. contra Francia, apdo. 49.

⁷³ SSTEDH, Gran Sala, 24 enero 2017 caso *Paradiso y Campanelli* (JUR 25806), Secc. 3.ª, 18 mayo 2021, caso *Valdís Fjölfnisdóttir* y otros contra Islandia (TEDH 63) y STEDH, Secc. 5.ª, de 24 de marzo de 2022, caso A.M. contra Noruega (JUR 114184).

⁷⁴ Ochoa Ruiz (2021: 186).

⁷⁵ STEDH, Secc. 3.ª, de 22 de noviembre de 2022, caso D.B. y otros contra Suiza (TEDH 176) apdo. 89.

⁷⁶ Como señala la Relatora especial de la ONU en su Informe (Consejo de Derechos Humanos, 2018: 4), el descenso del número de adopciones internacionales hay ido en paralelo a un aumento en el número de contratos de gestación por sustitución ante la ausencia de normas internacionales.

aportar sus óvulos por imposibilidad médica, por lo que no mantiene con el menor vínculo biológico y ni genético alguno.

Según se desprende de los casos ya resueltos por el TEDH, así como de las distintas resoluciones del Tribunal Supremo⁷⁷, cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre de intención, haya o no aportado su material genético, la vía a seguir para obtener la determinación de la filiación del menor nacido en el extranjero por gestación por sustitución es la de la adopción. Esta es la solución que, de acuerdo con nuestro Alto Tribunal, satisface el interés del menor valorado *in concreto*, intenta salvaguardar los derechos fundamentales dignos de protección (como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general); y también dificulta la actuación de las agencias de intermediación «en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada... y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones» (STS de 31 de marzo de 2022, FJ 4.º apdo. 14).

Para tomar la decisión de su última sentencia, el Supremo se basa fundamentalmente en el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 y los criterios interpretativos sentados por esta Corte europea al hilo de los casos planteados a su conocimiento.

1.1. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal de Estrasburgo considera que el art. 8 CEDH no garantiza el derecho a fundar una familia (pues presupone la existencia de la misma)⁷⁸. Pero, atendiendo al caso concreto y al interés superior del menor, sí ha apreciado que deben ser amparadas por dicho precepto la protección de una vida familiar *de facto* y la posibilidad de obtener por parte del menor el reconocimiento legal de alguna forma de filiación, como la adopción⁷⁹, cuando existe un periodo de convivencia relevante con sus progenitores intencionales en los casos de ausencia de vínculo biológico entre ambos.

⁷⁷ STS de 6 de febrero del 2014, Auto del TS de 2 de febrero de 2015 y STS de 31 de marzo de 2022.

⁷⁸ STEDH, Secc. 3.ª, de 18 de mayo de 2021, caso *Valdís Fjölnisdóttir* y otros contra Islandia (TEDH 63), apdo. 57.

⁷⁹ Dictamen Consultivo de la Gran Sala del TEDH de 10 de abril de 2019, apdo. 42; STEDH, Secc. 3.ª, de 22 de noviembre de 2022, caso D.B. y otros contra Suiza (TEDH 176), apdo. 89; STEDH, Secc. 2.ª, de 6 de diciembre de 2022, caso K. K. y otros contra Dinamarca (TEDH 168), apdo. 72.

Cuando no hay vida familiar que proteger, ni vínculo biológico, el derecho al respeto a la decisión de convertirse en padres no puede estar, sin embargo, por encima del interés del Estado en proteger a los menores y controlar los modos legales de determinación de la filiación [STEDH, Gran Sala, 24 de enero de 2017, asunto *Paradiso y Campanelli*, apdos. 140, 197 y 215]⁸⁰.

Centrándonos en la situación de la madre intencional, el Dictamen Consultivo de la Gran Sala del TEDH de 10 de abril de 2019⁸¹, da libertad a los Estados miembros para determinar el título de acreditación de la filiación entre el menor nacido por gestación subrogada transfronteriza y la mujer designada en el certificado extranjero como «madre legal» y con la que no comparte vínculos genéticos. En tal situación, según el Tribunal de Estras-

⁸⁰ La STEDH, Gran Sala, de 24 de enero de 2017 (JUR 25806) decide sobre las drásticas medidas adoptadas por las autoridades italianas que dieron lugar a la separación permanente del menor de los padres intencionales, en un supuesto de gestación subrogada realizada en Rusia, debido al falseamiento de la documentación presentada por aquellos ante el RC (haciendo figurar al niño como hijo biológico del Sr. Campanelli cuando no lo era). La reacción de las autoridades italianas ante este hecho fue la asunción de la tutela del niño y su posterior adopción por otra familia. La Gran Sala entendió que no existían lazos familiares *de facto* que proteger, debido al corto periodo de convivencia —8 meses— (apdo. 140). No obstante, la decisión inicial del Tribunal [STEDH, Secc.2.ª, de 27 de enero de 2015 (TEDH 17)], fue que sí existían y también hubo seis magistrados que anexionaron su opinión disidente a la sentencia de la Gran Sala, por lo que se demuestra que fue una decisión difícil.

⁸¹ Esta opinión consultiva se produce a requerimiento de la Corte de Casación francesa para dar solución a la última demanda del matrimonio *Mennesson*. La jurisprudencia del TEDH sobre la filiación de los menores nacidos en el extranjero por gestación por sustitución comienza precisamente con los casos *Mennesson* y *Labassee* contra Francia, ambos resueltos por las SSTEDH, Secc. 5.ª, de 26 de junio de 2014 (JUR 176908 y 176905, respectivamente) en idéntico sentido. En los dos asuntos se trataba de matrimonios heterosexuales de nacionalidad francesa que acuden a dos estados de EEUU (California y Minnesota) para tener a sus hijos por gestación subrogada y en ambos casos los hombres aportaron sus propios gametos, procediendo el óvulo de donante. Ante la negativa de las autoridades francesas a inscribir las resoluciones judiciales norteamericanas, inscritas a su vez en el RC estadounidense, los matrimonios citados acuden al Tribunal de Estrasburgo invocando el art. 8 CEDH. La Corte europea aprecia que esta negativa de inscripción, sin posibilidad alguna de reconocer el establecimiento de un vínculo de filiación (ni siquiera mediante la constatación de la filiación biológica o la adopción), no respeta el derecho de los menores a su vida privada y, en concreto, a su propia identidad personal, lo que incluye la determinación de su filiación. En ambos casos los menores llevaban años conviviendo con sus padres de intención.

burgo, el interés del niño es que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre de intención sea lo más breve posible, cuando dicha relación se ha convertido en una realidad práctica. Este reconocimiento de la maternidad no exige la inscripción en el RC nacional del certificado extranjero de nacimiento, sino que, «dependiendo de las circunstancias de cada caso», puede materializarse por otros medios como la adopción, siempre que se garantice su «prontitud y eficacia» conforme al interés superior del menor (apdos. 48-55 y opinión final)⁸². Dejando claro este Tribunal que, la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre el menor nacido por gestación subrogada y la madre de intención, no es compatible con el interés del menor, que exige, como mínimo, que cada situación sea examinada conforme a las circunstancias particulares de cada caso (apdo. 42)⁸³.

En la línea del Dictamen va también la STEDH 16 julio 2020, *caso D. contra Francia*⁸⁴, que mantiene idéntico criterio, aunque haya relación genética (por aportar su óvulo) entre el menor y la madre de intención, siempre y cuando exista un mecanismo eficaz, ágil⁸⁵ y no discriminatorio en relación con otros menores nacidos en el extranjero, en orden a garantizar que en las circunstancias particulares de cada caso queda protegido el mejor interés del niño (apdos. 70 y 86-88)⁸⁶. Evidentemente esta postura resulta discrimina-

⁸² Tras esta Opinión consultiva, la *Cour de Cassation* puso fin al caso *Mennesson*, en su sentencia n.º 648 de 4 de octubre de 2019, procediendo a la inscripción en el RC francés de los certificados de nacimiento extranjeros que designaban a la Sra. Mennesson y a su marido como madre y padre de las gemelas, descartando la adopción, por la edad de las hijas (ahora mayores de edad) y porque la larga duración del proceso, más de 15 años, no podía prolongarse más.

⁸³ Como subraya también Durán Ayago (2019: 143).

⁸⁴ STEDH, Secc. 5.ª, 16 de julio de 2020, caso D. contra Francia (JUR 214195). En el caso de autos, los demandantes, un matrimonio de distinto sexo, obtuvieron la transcripción del acta de nacimiento ucraniana en relación con la filiación paterna, pero no con la materna, al exigir el Derecho francés que la madre de intención siguiera el procedimiento de adopción para ver reconocida su filiación, incluso aunque exista vínculo genético con el menor. Por lo que los padres comitentes acudieron al Tribunal Europeo.

⁸⁵ Obsérvese que los procedimientos de adopción plena en Francia duran 4 meses de media, como recoge el TEDH en esta sentencia.

⁸⁶ El hecho de que la demanda se centrara en los derechos del menor (art. 8 —derecho a su vida privada— y 14 CEDH —igualdad con otros menores—) y no de sus padres de intención, motivó que el Tribunal de Estrasburgo no tuviera que pronunciarse sobre la posible discriminación que se puede producir entre el padre genético y la madre genética en cuanto a la forma de determinación de la filiación de su hijo.

toria respecto a la mantenida con el padre de intención que también aporta su gameto, pudiendo generar problemas en caso de ruptura de la relación antes de que la madre intencional haya podido ver reconocido su vínculo legal con el menor⁸⁷.

Tanto en el caso del Dictamen consultivo, como en el caso D. contra Francia, los menores tenían determinada su filiación respecto del padre de intención. No así en el litigio que resuelve la STEDH de 18 de mayo de 2021, *caso Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*, también citada por la STS de 31 de marzo de 2022, donde un matrimonio de dos mujeres acude a la gestación por sustitución en EEUU (California). El niño, que no tiene vínculo biológico con ninguna de sus dos madres intencionales, entra en Islandia como menor extranjero no acompañado y la administración asume su tutela legal. No obstante, las autoridades islandesas llegan a un acuerdo con las madres comitentes para que el menor permanezca en situación de acogimiento temporal con ellas, mientras se resolvía el procedimiento judicial que pretendía la inscripción del certificado de nacimiento californiano y del que se había hecho depender a su vez la solicitud de adopción conjunta del niño. Entre tanto, el matrimonio se divorcia, por lo que ambas mujeres deciden retirar la solicitud de adopción que habían realizado, pues ya solo podría adoptar una de ellas. Aún en esta situación de separación, el Estado islandés procuró que el menor pudiera seguir en una situación de acogimiento permanente con una de ellas y la otra tener un amplio derecho de relación con el niño.

El TEDH entendió que las medidas adoptadas por el Estado islandés para regularizar y garantizar el vínculo entre las demandantes y el menor estaban dentro del margen de apreciación que tienen los Estados, aunque no se hubiera reconocido una relación de filiación, teniendo en cuenta que en

Aunque el Tribunal europeo es consciente, y así lo manifiesta expresamente en el Dictamen Consultivo, que en algún momento tendrá que pronunciarse sobre esta cuestión.

⁸⁷ En este sentido, también Farnós Amorós (2022a: 41).

Véase también aquí el AAP La Rioja, Secc. 1.ª, n.º 44/2017 de 2 de mayo de 2017 (JUR 190039) y el AAP Asturias, Secc. 4.ª, n.º 87/2018 de 24 de julio de 2018 (JUR 300256), donde el matrimonio entra en un proceso de divorcio unos meses después del nacimiento del niño y el todavía marido se opone a la adopción por su esposa. Aunque en los hechos del caso no aparece reflejado si existe o no vinculación genética con la madre intencional, en estas situaciones de crisis matrimonial las citadas Audiencias han considerado que el interés del menor está con el padre biológico, cuando no existe una unidad familiar que deba ser amparada, a pesar de la voluntad común de ambos cónyuges de acudir a la gestación por sustitución para tener un hijo.

ningún momento se interrumpió la vida familiar con el menor, ni se le denegó la posibilidad de la adopción conjunta mientras estuvieron las dos mujeres casadas, o después de forma individual o junto a sus nuevos cónyuges, además de otorgarle al niño la nacionalidad islandesa⁸⁸. Esta sentencia cuenta con el voto particular del juez Lemmens, quien manifiesta que la postura del TEDH cuando no hay vinculación biológica con ninguno de los padres intencionales podría replantearse en un futuro, si la falta de reconocimiento de la relación jurídica entre el niño y los progenitores de intención repercute negativamente en el derecho a la vida privada del menor. Aspecto que no se planteó en el caso *Valdís*, pues las demandantes alegaron injerencia en *su* derecho a una vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y discriminación por su condición (art. 14 CEDH), ante la diferencia de trato dispensada al menor respecto a otros menores nacidos también por gestación subrogada⁸⁹.

Tras la sentencia del caso *Valdís*, el TEDH ha emitido la sentencia de 24 de marzo de 2022, *caso A. M. contra Noruega*⁹⁰. Los padres intencionales de este litigio son una pareja heterosexual no casada que acude a EE. UU. (Texas) a tener un hijo por gestación subrogada, tras frustrados intentos de embarazo de la mujer (A. M.), aportando solo su material genético el padre de intención. Justo antes del nacimiento del niño, la pareja rompe su relación sentimental. Ya en Noruega, el padre ve reconocida su filiación, como padre biológico, pero no A. M. Durante el primer año de vida del bebé, los padres de intención llegan a un acuerdo de guarda compartida de forma diaria, hasta que los continuos desencuentros y las advertencias de los servicios de bienestar del menor sobre los perjuicios que este acuerdo estaba causando en el niño, motivaron que el padre pusiera fin a toda relación entre su anterior pareja y el menor, que pasó a vivir con este y su nueva familia. Ante esta situación, A. M. solicitó a las autoridades noruegas el reconocimiento de su maternidad respecto del menor de acuerdo con el certificado estadounidense o mediante su adopción y, alternativamente, que se le concediera un derecho de visita. Peticiones que fueron denegadas. La primera por no cumplir los requisitos

⁸⁸ Para Farnós Amorós (2022b: 1303) el caso tiene un interés claro en relación con la STS de 31 de marzo de 2022 «en cuanto pone de relieve que si bien la adopción es un medio alternativo para regularizar la filiación resultante de un acuerdo de GS transfronterizo, la misma no siempre es una solución posible».

⁸⁹ Farnós Amorós (2022a: 50) se refiere al caso *Valdís c. Islandia* como «una oportunidad perdida para revertir una doctrina que, además, tiene unos efectos especialmente perversos en las mujeres dada la importancia tradicionalmente atribuida a la regla *mater semper certa est*».

⁹⁰ STEDH, Secc. 5.^a, de 24 de marzo de 2022, caso A. M. contra Noruega (JUR 114184).

que exige la legislación noruega para el reconocimiento de los efectos de los contratos de gestación subrogada, la adopción porque el padre biológico no prestó su consentimiento, y tampoco prosperó la petición de que se declarara a su favor un régimen de relación con el niño. El TEDH no apreció violación del art. 8 CEDH en este caso, en cuanto al derecho de la madre intencional al respeto a su vida privada, al entender que no fue el Estado noruego el que puso fin a la relación entre A. M. y el menor y, además, los tribunales noruegos examinaron el problema atendiendo a todos los intereses en juego, no dándose las condiciones para la adopción (apdos. 133-135)⁹¹.

En las últimas sentencias del TEDH se ha reforzado la idea de que es necesario que la situación del menor no permanezca indeterminada en el tiempo y se reconozca en virtud de su superior interés, por parte del Estado que no permite la gestación subrogada, una forma de filiación, como es la adopción, respecto del progenitor no biológico, cuando existe una relación familiar *de facto* que proteger. Como en la STEDH, Secc. 3.ª, de 22 de noviembre de 2022, *caso D.B. y otros contra Suiza* (TEDH 176), que sigue los criterios marcados por Dictamen consultivo de 10 de abril de 2019. En ella se aprecia que ha existido violación del art. 8 CEDH por parte de las autoridades suizas, dada la imposibilidad general y absoluta que tuvo el menor de ver reconocida la relación de filiación con uno de sus padres de intención, con el que no compartía vínculos biológicos, durante un período significativo de su vida (apdo. 89). En este caso, el menor había visto reconocida la filiación de su padre biológico, de conformidad con la sentencia y el certificado de nacimiento californiano, pero no del otro padre de intención (pareja de hecho del primero). De manera que el niño solo pudo ser adoptado por este último cuando ya tenía casi 8 años y entró en vigor una reforma del Código civil suizo (en 2018) que permitía adoptar a los hijos de las parejas de hecho registradas.

⁹¹ La sentencia cuenta con un voto particular de la jueza Jelić, quien considera que en el caso existió una violación del art. 8 CEDH en conjunción con el art. 14, puesto que las autoridades noruegas debieron atender al caso concreto. Así, las autoridades nacionales debieron haber valorado la incapacidad de la madre de intención de procrear por medios naturales y la voluntad común para tener y criar a ese hijo manifestada, particularmente, en el acuerdo de guarda compartida al que llegan tras el nacimiento del niño. Además, la decisión de privar a A. M. de todo contacto con el menor, afecta al interés superior de este, pues el niño tiene derecho a conocer quiénes fueron sus verdaderos padres de intención y quién lo crió durante sus primeros diecisiete meses de vida. Por lo que concluye que existió discriminación respecto de la madre de intención sin vínculo biológico, al no reconocérsele ningún tipo de vínculo de filiación y ser privada además de todo contacto con el menor, lo que probablemente no hubiera pasado si la pareja hubiera estado casada.

Hasta entonces solo se permitía a las parejas casadas la adopción del hijo de su cónyuge, por lo que el menor no pudo ser adoptado antes.

En el caso de la STEDH, Secc. 2.^a, de 6 de diciembre de 2022, *caso K. K. contra Dinamarca* (TEDH 168), la Corte europea apreció violación del art. 8 CEDH ante la denegación por parte de las autoridades danesas de la solicitud de adopción por la madre intencional de dos gemelos, nacidos en 2013 por gestación subrogada en Ucrania, cuyo padre biológico era su esposo. Los niños habían obtenido la nacionalidad danesa al nacer, al ser su padre danés, y tenían por tanto derecho a residir en Dinamarca. Habían vivido con el matrimonio desde que nacieron y en 2018 se les otorga a ambos padres de intención la custodia compartida. Sin embargo, el Tribunal Supremo danés deniega la adopción a la madre intencional, después de haber vivido juntos como familia durante más de 8 años, por aplicación del art. 15 de la Ley de adopción danesa, que prohíbe incondicionalmente otorgarla en los casos en los que la persona que va a dar su consentimiento para la adopción paga o recibe una remuneración o cualquier otra clase de contraprestación. Si bien el Tribunal de Estrasburgo aprecia que en este caso no hay violación de la vida familiar de los demandantes (la madre intencional y los gemelos), en la medida en que pudieron estar juntos como una familia (apdo. 44), atendiendo al criterio del interés superior del menor *in concreto*, considera que el mismo debe prevalecer sobre la prohibición establecida en el art. 15 de la Ley de adopción y lo que con ella se pretende evitar (la explotación comercial de las mujeres gestantes y la mercantilización de los menores) (apdo. 76). Y ello por cuanto aprecia que no hay otra vía en el derecho danés para satisfacer el requisito del reconocimiento legal de la relación de parentalidad entre la madre intencional y los menores que no sea la adopción. Por lo que concluye que «(e)sta falta de reconocimiento *per se* tuvo un impacto negativo en el derecho de los niños al respecto de su vida priva, en particular porque les colocó en una posición de inseguridad jurídica respecto a su identidad dentro de la sociedad» (apdo. 72).

Como resumen de los casos expuestos, podemos concluir que el Tribunal Europeo deja libertad a los Estados en cuanto a la forma del reconocimiento de la filiación con los padres intencionales, no siendo obligatoria la transcripción del certificado extranjero. Pero sí exige la necesidad de identificar legalmente a las personas responsables de criar al menor atendiendo su interés superior, siendo generalmente la adopción la mejor vía en los casos en los que el progenitor intencional no mantiene vínculos biológicos con el menor o no es la mujer que dio a luz, siempre y cuando exista una relación familiar *de facto* que refleje esa filiación, requiriendo, además, que este reconocimiento no se alargue en el tiempo para evitar que el niño esté en una situación de inseguridad jurídica.

1.2. La diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado: excepciones

El TS, en su sentencia de 31 de marzo de 2022, realiza una interpretación amplia de las normas *pro* adopción (arts. 175.1 y 176.2.3^a CC)⁹², abriendo una vía para el reconocimiento de la filiación de las personas que han tenido a sus hijos por gestación subrogada transfronteriza cuando no comparten con ellos vínculos biológicos, como requiere el TEDH.

Para ello el Supremo sortea el obstáculo de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, que de acuerdo con el art. 175.1 CC «no podrá ser superior a cuarenta y cinco años», acudiendo a la misma excepción que la norma permite, esto es, «los casos previstos en el art. 176.2» del CC, considerando a la madre intencional guardadora de hecho (art. 237 CC). Esta puede convertir su situación en definitiva adopción, sin necesidad de propuesta previa de la Entidad Pública y de declaración de idoneidad, por la vía del art. 176.2.3.^a CC. Sería necesario para ello, de acuerdo con los arts. 176.2.3.^a y 176 bis CC, constituir antes una guarda con fines de adopción por la Entidad Pública, mediante resolución administrativa debidamente motivada y que transcurra un año, o bien haber estado bajo la tutela de la adoptante durante el mismo tiempo.

No obstante, el juez que resuelve la adopción (art. 35.1 LJV) podría estimar que este presupuesto se tiene por cumplido, interpretando que ha estado bajo la guarda legal de la adoptante durante al menos un año, atendiendo al periodo de convivencia transcurrido y al superior interés del menor, y acordar así la adopción, como ha ocurrido finalmente en el caso de la STS de 31 de marzo de 2022 donde ya se ha producido la adopción del menor P. Enrique⁹³. Y ello por cuanto carece de sentido exigir un nuevo periodo probatorio y de adaptación entre la madre intencional y el niño, que es al fin y al cabo lo que se pretende con la guarda con fines de adopción⁹⁴, cuando este último lleva viviendo con ella desde que nació (hace ya 7 años) y

⁹² Así afirma la Sala del Pleno que: «La cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3.^o en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años» (FJ 4.^o apdo. 13).

⁹³ Según me ha comunicado la letrada que ha llevado este caso, Ana Miramontes, a la que agradezco la información en relación con el auto ya firme del juez acordando la adopción del niño por su madre intencional.

⁹⁴ Sobre la finalidad de este tipo de guarda véase Mayor del Hoyo (2019: 138-144).

está perfectamente integrado en su núcleo familiar (arts. 173 y 176 bis CC), demostrándose en el proceso que está bien atendido⁹⁵.

Puede afirmarse, por tanto, que a través de la remisión al art. 176.2.3.^a CC, el TS abre la vía de la adopción en los casos de gestación por sustitución, con independencia de la edad del adoptante. Lo que nos parece una interpretación sociológica de las normas acertada, teniendo en cuenta que el requisito de la diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado, recogido en el art. 175.1 CC, fue introducido por primera vez en el Código civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Hasta entonces no había formado parte de las exigencias del Código para adoptar, aunque sí estaba contemplado en algunas leyes autonómicas, existiendo disparidad de criterios entre ellas⁹⁶. La necesidad de su introducción se contempló como algo conveniente para acercar la filiación por naturaleza a la adoptiva; y también, como explica el propio preámbulo de la Ley 26/2015, «para evitar que las discrepancias que existen en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, provoquen distorsiones no deseables». Sin embargo, cada vez se retrasa más la edad en la que las mujeres tienen a sus hijos de forma natural o por el uso de las técnicas de reproducción asistida, por lo que cabría replantear la conveniencia de la ampliación de la edad para adoptar. Máxime teniendo en cuenta que el art. 6.1 LTRHA no fija una edad tope para acceder al uso de técnicas de reproducción asistida⁹⁷. Por otro lado, son pocas las legislaciones de los países de nuestro entorno jurídico que prevén expresamente una edad máxima para adoptar y cuando lo hacen, tampoco hay una unidad de criterio⁹⁸.

⁹⁵ Nótese que el propio TS considera idónea a la madre de intención, al afirmar que: «las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.)» (STS de 31 de marzo de 2022, FD 4.º apdo. 12).

⁹⁶ Mayor del Hoyo (2019: 62-63).

⁹⁷ Los médicos son al final los que deciden aplicar o no una técnica de reproducción asistida, atendiendo a cada caso concreto y teniendo el deber de informar a la futura madre de los riesgos que puede implicar para ella y su bebé una maternidad a una edad muy tardía (art. 6.2 LTRHA). Si bien las clínicas privadas, junto a la Sociedad Española de Fertilidad, han decidido situar en 50 años la edad máxima para que una mujer pueda someterse a estos tratamientos.

⁹⁸ Como recoge la STEDH de 10 de junio de 2010, caso Schwizgebel contra Suiza (TEDH 79, apdos. 30-32). En esta sentencia la Corte europea considera que no es contrario al art. 14 (relativo al principio de igualdad) en relación con el 8 CEDH, la discrecionalidad de los Estados en la fijación de una edad máxima de las personas que quieren adoptar (apdo. 93), siempre que se atienda al interés prevalente del menor.

1.3. El asentimiento de la mujer gestante a la adopción

Para constituir la adopción de un menor en España se necesita el asentimiento de ambos progenitores [arts. 177.2.2.º CC y 235.32.1.b) CCCat.], el padre biológico y la mujer gestante, considerada madre legal del niño de acuerdo con el art. 10.2 LTRHA. La situación de esta última es comparable a la de la madre que después del nacimiento de su hijo consiente en la adopción. Por lo que deberá prestar su asentimiento tras seis semanas del parto (arts. 177.2 CC y 235-41.2 CCCat.), normalmente en documento público (pudiendo ser ante el funcionario de la oficina consular española en el país extranjero donde está permitida la gestación por sustitución)⁹⁹. La mayoría de los Juzgados y Tribunales requieren una ratificación posterior cuando han transcurrido más de seis meses desde este consentimiento (art. 37.1 LJV), lo que puede realizarse través de videollamada.

Uno de los problemas que se puede presentar en la práctica es que, en ocasiones, resulta difícil recabar el asentimiento de la mujer que ha dado a luz en las condiciones señaladas, para que tenga lugar la adopción. Esta situación se puede producir con más habitualidad cuando el niño que nace por gestación por sustitución transfronteriza, lo hace en uno de esos países donde puede haber una mayor explotación de las mujeres, como ocurrió en el caso de la STS de 31 de marzo de 2022¹⁰⁰. La solución a este complicado problema pasaría: bien por un procedimiento previo de privación de la patria potestad a la madre gestante (art. 177.2 CC), lo que dilataría la adopción;

⁹⁹ SAP León, Secc. 2.ª, n.º 370/2020, de 21 de diciembre de 2020 (JUR 2021, 83790). El AAP Barcelona, Secc. 18.ª, n.º 56/2022 de 1 de marzo de 2022 (JUR 2023, 26397) admite declaración notarial presentada en su país ante la autoridad judicial por la madre gestante donde se contiene el asentimiento a la adopción.

¹⁰⁰ Otro ejemplo más claro de ello lo encontramos en el AAP Barcelona, Secc. 18.ª, n.º 565/2018 de 16 de octubre de 2018 (JUR 290468), que considera no acreditado con todas las garantías la renuncia o el consentimiento a la adopción por la mujer gestante (de nacionalidad tailandesa y soltera) a favor del varón que convive con el padre biológico. Y ello por cuanto, a pesar de que se presenta el acta de nacimiento librada por el Servicio Consular de España en Bangkok, constando como padre la pareja del solicitante (de nacionalidad española) y como madre la mujer gestante, no queda acreditado que esta última tuviera la oportunidad de ser oída en un proceso contradictorio. Tan solo se presenta la renuncia de la gestante a todos sus derechos maternos en un acuerdo de intenciones para un proceso de reproducción asistida y su consentimiento para la adopción (tres días después de dar a luz) realizados ante notario y sin constar la legalización de ninguno de estos documentos. Por lo que el Tribunal deniega la adopción.

bien porque el juez considere que dicho asentimiento no es necesario para la adopción, por apreciar que quien debe prestarlo se encuentra imposibilitado para ello o está en paradero desconocido (arts. 177.2 pf. 2.º CC y 38 LJV)¹⁰¹; o, simplemente, intentar el reconocimiento de la filiación establecida por las autoridades extranjeras a través de las acciones de filiación por la posesión de estado, lo que parece descartar nuestro Alto Tribunal.

2. EL RECHAZO, POR AHORA, DE LA POSESIÓN DE ESTADO COMO TÍTULO DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Según apuntábamos en líneas anteriores, algunas Audiencias Provinciales, con anterioridad a la STS de 31 de marzo de 2022 y en acciones de filiación entabladas por los padres intencionales, han acudido a la posesión de estado (como filiación «vívida»), a la voluntad de ser padres (manifestada en el contrato de gestación por sustitución adecuadamente legalizado en el país de origen del menor), y al interés prevalente de este último, como piezas de toque fundamentales para el reconocimiento judicial de la filiación de estos menores, en casos donde no había vínculo biológico con la parte comitente (y, por lo tanto, no resulta de aplicación el art. 10.3 LTRHA) y tampoco consideraron viable la adopción por parte de la pareja o la persona que había acudido a este procedimiento para tener hijos (arts. 175.1, 176.2.2º y 177.2.2 CC). De esta forma interpretan que esta solución, sin ser la más ajustada a la ley, sí es la más adecuada al interés superior del menor¹⁰².

Es el caso de la SAP Barcelona, Secc. 12.ª, n.º 220/2021 de 6 de abril de 2021 (JUR 192738), que no ha sido recurrida en casación —porque el Ministerio Fiscal estaba de acuerdo— y resuelve la reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado de un niño nacido por gestación por sustitución en Canadá en 2017. El padre biológico no era español, sino sudafricano, pero sí el marido de éste. El nacimiento del niño no había podido ser inscrito en el RC consular de Toronto en virtud de la Instrucción de 2010, siendo confirmado este rechazo por resolución de la DGRN que puso fin a la vía administrativa y deja abierta la puerta a la demanda en el orden civil. Son hechos relevantes del caso que tanto la que fue donante del óvulo como la madre gestante estaban perfectamente identificadas y comparecieron ante el tribunal de la Columbia Británica para ratificar el acuerdo de gestación que, según la legislación de este territorio, debe ser gratuito y se comprobó

¹⁰¹ En este sentido SAP Madrid, Secc. 22.ª, n.º 968/2021 de 11 de octubre de 2021 (JUR 2022, 12783).

¹⁰² Tema que traté en mi trabajo Múrtula Lafuente (2022b: 34443-3459).

que no existieron pactos que limitaron la libertad de la gestante a lo largo de todo el proceso. Por lo que la Audiencia declara el vínculo de filiación paterna matrimonial que resulta de la certificación del RC de la Columbia Británica (Canadá), al considerar que no resultaba contrario al orden público.

La sentencia del TS de 31 de marzo de 2022 se aparta de esta idea y sigue la sugerida por el TEDH, esto es, la adopción cuando no hay lazos biológicos y/o genéticos, porque entiende que es posible en este caso. Esta postura se ha interpretado como un rechazo del Supremo al recurso de la posesión de estado para poder determinar la filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada cuando no existe vínculo genético con el nacido¹⁰³. Y así ha sido entendido también por las resoluciones posteriores de algunos Tribunales. Como es el caso de la SAP de Madrid, Secc. 24.ª, n.º 337/2022, de 8 de abril de 2022 (JUR 249275), que desestima la pretensión de filiación por posesión de estado formulada por la pareja de un conocido cantante respecto de los dos menores nacidos por gestación subrogada en EEUU, hijos biológicos solo de este último, donde no quedó demostrada la voluntad común de ser padres de cada uno de los miembros de la pareja respecto de los hijos del otro¹⁰⁴; y de la SAP de Navarra, Secc. 3.ª, n.º 406/2022 de 7 de junio de 2022 (JUR 264041), que descarta la posesión de estado mientras la vía de la adopción sea posible y no haya sido rechazada o desestimada por resolución judicial firme.

Aunque creo que la vía elegida por el Supremo en su última sentencia es la correcta, atendiendo a las circunstancias del caso y sobre todo a que ha tenido un final feliz, con la adopción del menor por su madre intencional, se pueden sin embargo plantear casos donde no sea viable la adopción. Son precisamente estos casos difíciles, donde el menor no tiene determinada ningún tipo de filiación, ni materna ni paterna, cuando la posesión de estado, unida a la «voluntad procreacional» (de querer ser y actuar como progenitor, aunque biológicamente no lo sea) y al interés superior del menor, pueden ayudar a ello. Uno de esos casos es el resuelto por la SAP Navarra, Secc. 3.ª, n.º 187/2022 de 25 de marzo de 2022 (JUR 201395), que estima la

¹⁰³ Así, Farnós Amorós (2022b: 1296) y Navarro-Michel (2022: 12).

¹⁰⁴ Son hechos relevantes del caso de SAP de Madrid, Secc. 24.ª, n.º 337/2022, de 8 de abril de 2022, que cada uno de los dos litigantes estaba reconocido en España como padre biológico de sus dos hijos nacidos por gestación subrogada, por lo que la filiación de los cuatro niños estaba determinada. En ninguno de los dos casos, el otro litigante había sido padre intencional de los hijos del otro en el contrato gestacional, ni se había intentado reclamar la filiación constante la convivencia como pareja, ni tampoco la adopción, a pesar de haber recibido asesoramiento legal al respecto. Además, el litigante que reclama la filiación había incumplido un acuerdo inicial para el cuidado de los cuatro menores que les hubiera permitido criarse juntos.

demanda de reconocimiento de la filiación por posesión de estado formulada por unos padres intencionales en relación con la hija que habían tenido en 2010 por gestación subrogada en California. La niña, que en el momento de dictarse sentencia tiene ya 12 años, no comparte vínculos biológicos con sus padres de intención, un matrimonio tradicional que se divorcia un año después de tenerla. Tras el divorcio, acuerdan la guarda compartida y la menor se encuentra perfectamente integrada en los dos núcleos familiares, el del padre y el de la madre. Como reconoce el Tribunal: «en el caso concreto, de quienes llevan divorciados once años, la constitución de una adopción de los dos demandantes de su hija común, con dos «nidos» parentales, sería mayor malabarismo jurídico», que el empleo del instituto de la posesión de estado.

Llegados a este punto, hay que tener en cuenta que la posesión de estado no viene definida en el Código Civil, ni este proporciona prácticamente criterio alguno para concretar cuándo concurre y cuándo no. Es una cuestión de hecho que queda en manos de la valoración de los Tribunales para poder determinar la filiación (art. 767.3 LEC)¹⁰⁵, estando integrada por tres conocidos elementos: *nomen*, *tractatus* y *fama*¹⁰⁶. Lo único que señala el art. 131 CC es que la posesión de estado debe de ser «constante» y que la legitimidad para el ejercicio de esta acción la ostenta «cualquier persona con interés legítimo», como si se tratara de una acción meramente declarativa¹⁰⁷. Pero cuando no sea así y realmente la sentencia llega a establecer la maternidad o paternidad por posesión de estado, esta filiación quedará determinada por la resolución judicial (art. 120.4.º CC)¹⁰⁸.

Aunque la posesión de estado no aparece expresamente recogida en el CC como medio para determinar por sí misma la filiación (art. 120 CC), cabe recordar que las sentencias de la Sala 1.ª del TS de 5 de diciembre de 2013 (RJ 7640) y de 15 de enero de 2014 (RJ 1265) interpretaron que el art. 131 CC daba cabida al reconocimiento judicial por posesión de estado de una filiación vivida derivada de técnicas de reproducción asistida, aunque no haya vínculos

¹⁰⁵ Verdera Server (2013: 1351 y 1352).

¹⁰⁶ Siguiendo la STS n.º 267/2018 de 9 de mayo de 2018 (RJ 1854), el *nomen* sería el uso del nombre y apellidos del padre o de la madre, que puede no darse; *tractatus* se refiere a los actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre o padre; y *fama* es la exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación ante la sociedad creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes.

¹⁰⁷ Como observa Barber Cárcamo (2018: 74), quien señala que lo procedente sería lo contrario: otorgar solo legitimación para reclamar a las partes de la relación de filiación.

¹⁰⁸ Navarro Michel (2022: 13).

biológicos, de dos mujeres que habían querido tener un hijo en común con su cónyuge (en el primer caso) y con su pareja (en el segundo)¹⁰⁹. Jurisprudencia que no entra en oposición, bajo mi punto de vista, con las más recientes SSTS n.º 45/2022 de 27 de enero de 2022 (RJ 576) y n.º 558/2022 de 11 de julio de 2022 (RJ 3820), también sobre supuestos de doble maternidad legal, donde se desestima en ambos casos la acción de reclamación judicial de maternidad extra-matrimonial por posesión de estado al no quedar acreditada ésta. Para ello, el TS atendió al breve periodo de tiempo en el que convivieron ambas demandantes y los menores y a los actos posteriores a su nacimiento (los cuales ni denotan la idea de querer determinar la filiación a su favor por las vías legales disponibles, ni el cumplimiento de las obligaciones parentales)¹¹⁰. En otras palabras, en los casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, el TS sí ha valorado el interés del menor *in concreto* «convirtiendo en legal una filiación vivida manifestada por constante posesión de estado» (STS de 27 de enero de 2022, FJ 5.º apdo. 5), cuando ha existido un proyecto reproductivo en común y redundaba en beneficio del menor preservar la unidad y estabilidad familiar de una relación filial verdaderamente vivida.

Por tales razones, aunque la lógica del sistema va a suponer el alineamiento por parte de los tribunales inferiores con la solución propuesta en la STS de 31 de marzo de 2022, a mi modo de ver, es posible acudir a la posesión

¹⁰⁹ En ambos casos se pretendía la determinación judicial de una segunda maternidad, distinta de la biológica, a favor de la excónyuge (en la primera sentencia) y de la expareja de hecho (también mujer) en la segunda, respecto del hijo que habían querido tener juntas por medio del uso de técnicas de reproducción asistida (ya vigente el art. 7.3 LTRHA en el primer caso, aunque no en el segundo). En las dos sentencias se puso de manifiesto, en primer lugar, que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida ya acreditados, integran y refuerzan la posesión de estado de quien quiere ser y actúa como progenitora, aunque no exista nexo biológico (STS de 5 de diciembre de 2013 FD 3.º y STS de 15 de enero de 2014, FD 2.º). Pero, sobre todo, está la prevalencia del interés del menor, que es un principio absoluto que se proyecta sobre la protección de la vida familiar y alcanza a todas las relaciones, con independencia de la naturaleza matrimonial o no de la misma y del hecho biológico (STS de 15 de enero de 2014, FD 3.º.2 y STS de 5 de diciembre de 2013, FD 3.º *in fine*).

¹¹⁰ Para Quicios Molina (2022: 154) la STS de 27 de enero de 2022 frena la «incorrecta» deriva iniciada por el TS con sus sentencias de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014, pero no las niega, pues «admite implícitamente la posibilidad de una determinación judicial de la segunda maternidad matrimonial si se probase una *constante* posesión de estado y fuera conforme con el interés superior del *concreto* menor dicha determinación».

de estado, unida a la voluntad de ser progenitor manifestada en el acuerdo gestacional, cuando la adopción no sea una vía factible y el interés del menor aconseje preservar y dar seguridad jurídica a la relación filial vivida. La propia Relatora especial de la ONU en un informe posterior y complementario al de 2018, presentado a la Asamblea General el 15 de julio de 2019 (A/74/162), referido a las salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución¹¹¹, y que no aparece mencionado en la sentencia analizada en este trabajo, admite que «rara vez redundan en el interés superior del niño negarse a reconocer o conceder la paternidad que refleje la realidad vivida por el niño», si bien considera justificados los exámenes judiciales o administrativos de estos contratos internacionales de gestación por sustitución, que deberán llevarse a cabo caso por caso (apdo. 57). A su vez invita a los Estados a que se inicien reformas legislativas para poner al día las leyes, reglamentos o prácticas existentes para el establecimiento, el reconocimiento y la impugnación legal, en el contexto de los contratos de gestación por sustitución [apdo. 99.b)].

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si hay una idea fuerza que se desprende de todo lo expuesto, es que una solución más general al problema de la explotación de las mujeres que pueden estar dispuestas a gestar para otros y al tráfico de menores, solo puede venir de la mano de un instrumento internacional, como puede ser el protocolo que viene elaborando el Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya, donde se establezcan las condiciones bajo las cuales se puede reconocer la filiación de estos menores nacidos en el extranjero y se concreten algo más las excepciones que cabe oponer en materia de orden público, consensuando unos principios mínimos comúnmente acordados entre los Estados.

Mientras tanto, las normas y principios aplicables a la determinación de la filiación de los niños y niñas nacidos como consecuencia de estos contratos transfronterizos, continúa siendo un quebradero de cabeza para los aplicadores del Derecho¹¹². Pues una vez que entran en España con sus padres de intención, tendrán que dar respuesta a la situación de estos menores y al derecho que tienen a una identidad nacional que corresponda con el país donde desarrollan su vida familiar, a pesar de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA. La acción contraria a la ley de quienes propiciaron la existencia de

¹¹¹ Disponible en: <https://bit.ly/3nN2tCL>.

¹¹² Quicios Molina (2021b: 309).

estos menores, no debería suponer un perjuicio para estos últimos. Aunque tampoco se puede pretender la inscripción directa de la certificación extranjera de su nacimiento sin que haya ningún control del Estado. Control, por otro lado, que debería también practicarse *ab initio* cuando los padres de intención regresan a España con estos bebés en sus brazos.

La excepción de orden público que opera en la pretensión de reconocer la filiación materna determinada por la autoridad extranjera del país que admite y regula la gestación por sustitución, exigirá mayor justificación cuando se apruebe el Reglamento de la UE relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación, sin que se pueda afirmar que todo contrato de gestación por sustitución es contrario al orden público del foro. Solo lo será, en mi opinión, cuando no se cumplan las garantías y recomendaciones apuntadas por los organismos internacionales, esto es, cuando exista verdadera compraventa de menores, explotación de la mujer gestante y ausencia de libertad en la prestación de su consentimiento en todas las fases del proceso.

Por ahora, la solución de los casos difíciles donde no haya una vinculación genética entre el menor y los padres de intención debe seguir requiriendo un examen *in concreto* por parte del juez, atendiendo al interés del menor y la idoneidad de aquellos que en su día quisieron ser padres y ahora ejercen las funciones parentales, abriendo la STS de 31 de marzo de 2022 una importante vía para ello, cuando la diferencia de edad entre adoptante y adoptado es superior a cuarenta y cinco años.

No obstante, hemos podido constatar que la actual regulación de la adopción, que no contempla los casos de gestación por sustitución, puede generar problemas cuando se intenta aplicar a estos supuestos. No reconocer fórmulas alternativas para la determinación en vía judicial de la filiación de estos menores, como la que toma como base la posesión de estado, la voluntad de ser padres (recogida en el acuerdo gestacional), y el beneficio del menor en dar estabilidad legal a una relación paterno o materno-filial verdaderamente vivida, puede colocar al niño en un riesgo físico, psíquico o en una situación jurídica de inseguridad intolerable, si la adopción no es una solución viable o razonablemente rápida. Por todo ello creo que los tribunales deberían estar abiertos a esta posibilidad y el legislador, por su parte, revisar de forma coherente el sistema de filiación para dar un adecuado encaje a las que se derivan del uso de técnicas de reproducción asistida y la voluntad de ser progenitores (sin hacer parches parciales), en orden a modernizar el Derecho de familia y adaptarlo a las nuevas realidades.

Bibliografía

- Álvarez González, S. (2021). Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa. *Revista de Derecho Civil*, 2, 193-219.
- (2022). Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022. *Diario La Ley*, 5054, 1-12.
- Andreu Martínez, M. B. (2019). Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 18 de febrero de 2019. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10, 64-85.
- Aparisi Miralles, A. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética*, 28, 163-175.
- Atienza, M. (2022a). *Sobre la dignidad humana*. Madrid: Trotta.
- (2022b). Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca. *Revista de Bioética y Derecho*, 56, 107-124.
- Barba, V. (2020). Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión del Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias. *Revista de Derecho Civil*, 1, 69-101.
- Barber Cárcamo, R. (2018). Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación. En R. Barber Cárcamo, S. Quicios Molina y R. Verdura Server (coords.). *Retos actuales de la filiación* (pp. 69-117). Madrid: Tecnos.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2022). Maternidad subrogada. *Cuadernos de Derecho Privado*, 2 (4), 2-6.
- Bidaud, Ch. (2022). La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique: du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité «apprécie au regard de la loi française»... *Revue Critique de Droit International Privé*, 1, 35-46. Disponible en: <https://doi.org/10.3917/rcdip.221.0035>.
- Carrascosa González, J. (2020). Filiación natural. En L. A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.). *Tratado de Derecho Internacional Privado. Tomo II* (pp. 1807-1907). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Castellanos Ruiz, M. (2021). Gestación por sustitución: orden público internacional vs. orden público europeo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13 (2), 971-1002. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6310>.
- Cervilla Garzón, M. D. (2018). Gestación subrogada y dignidad de la mujer. *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 9, 10-34.
- Comité de Bioética de España (2017). *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Bilbao: Comité de Bioética de España. Disponible en: <https://bit.ly/40IVOWI>.
- (2020). *Informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*. Madrid: Comité de Bioética de España. Disponible en: <https://bit.ly/3H6lmHl>.

- Consejo de Derechos Humanos (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños* (Informes CDH. Boletín CDH; A/HRC/37/60). Ginebra: CDH. Disponible en: <https://bit.ly/3N2QyLt>.
- De Verda y Beamonte, J. R. (2023). La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confrontada con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En P. M. Estellés Peralta (dir.) y M. J. Salar Sotillos (coord.). *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (pp. 361-390). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díaz Martínez, A. (2021). Reproducción asistida y acciones judiciales de filiación: una controvertida relación. Especial consideración de la doble maternidad, con o sin intervención de centros autorizados. En Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente (coords.). *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (pp.157-196). Madrid: Dykinson. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv282jgqk.8>.
- Durán Ayago, A. (2019). Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino. *Revista General de Derecho Europeo*, 48, 132-149.
- Farnós Amorós, E. (2020). Entre prohibir y permitir, ¿qué es más feminista? Un análisis de la gestación por sustitución desde la perspectiva de las mujeres gestantes. En P. Benavente Moreda (coord.). *Mujeres y Derechos. Una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género* (pp. 95-130). Madrid: Marcial Pons. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv1grb9b0.6>.
- (2022a). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza. *Revista de Bioética y Derecho*, 56, 29-54.
- (2022b). La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de encrucijada actual. *Anuario de Derecho Civil*, 75, 1281-1314.
- Femenía López, P. J. (2019). *La determinación de la filiación «en interés del menor». «Turismo reproductivo» y nuevos modelos de familia*. Madrid: Dykinson. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv102bkhv>.
- (2021). El derecho a conocer el origen biológico por parte de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida: alcance, contenido y límites. En Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente (coords.). *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (pp.197-241). Madrid: Dykinson.
- Fenton-Glynn, C. y Scherpe J. M. (2019). Surrogacy in a globalised world. Comparative analysis and thoughts on regulation. En J. M. Scherpe, C. Fenton-Glynn y T. Kaan (eds.). *Eastern and Western perspectives on surrogacy* (pp. 515-592). Cambridge: Intersentia. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781780688633.029>.

- Jorqui Azofra, M. (2020), La difícil conciliación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico con los derechos fundamentales involucrados. *Derecho Privado y Constitución*, 37, 381-426. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.05>.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Martínez de Aguirre, C. (2022). La maternidad subrogada: ¿un «cuento de la criada» global? En J. Martínez Calvo y M. J. Sánchez Cano (dirs.) y R. Santillán Santa Cruz (coord.). *El Derecho privado ante los retos de la agenda 2030* (pp. 27-45). Cizur Menor: Aranzadi.
- Mayor del Hoyo, M. V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Múrtula Lafuente, V. (2022a). Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad. *Cuadernos de Derecho Privado*, 2, 134-190.
- (2022b). La determinación de la filiación «contra legem» del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16, 3424-3465.
- (2022c). Los «Principios de Verona» y la protección de los derechos de los niños nacidos por gestación por sustitución. En J. Martínez Calvo y M. J. Sánchez Cano (dirs.) y R. Santillán Santa Cruz (coord.). *El Derecho privado ante los retos de la agenda 2030* (pp. 137-152). Navarra: Aranzadi.
- Navarro-Michel, M. (2022). La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales. *Revista de Bioética y Derecho*, 56, 5-28. Disponible en: <https://doi.org/10.1344/rbd2022.56.40741>.
- Ochoa Ruiz, N. (2021). Tribunal Europeo de Derechos Humanos: asunto c. Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda n.º 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 167-187.
- Quicios Molina, S. (2019). Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar. *Revista de Derecho Privado*, 1, 3-46.
- (2021a). La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero: El caso español. En N. González Martín (ed.). *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: Perspectivas de derecho comparado* (pp. 175-208). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2021b). Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado...e interés superior del menor. En Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente (coords.). *El Derecho*

- civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (pp. 277-317). Madrid: Dykinson.
- (2022). Doble maternidad y acciones de filiación: conceptos de voluntad de ser madre, posesión de estado e interés superior del menor. Comentario a la STS de 27 de enero de 2022 (RJ 2022, 576). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 120, 141-167.
- Salazar Benítez, O. (2018). *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre derechos y deseos*. Madrid: Dykinson. Disponible en: <https://doi.org/10.23071/j.ctv9zcyj8j>.
- Sánchez Hernández, C. (2019). Madre y familia: la disociación entre maternidad genética, biológica, legal y social. En M. P. García Rubio (dir.). *Mujer, maternidad y Derecho* (pp. 233-254). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Jordán, M. E. (2020). La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución. *InDret*, 4, 116-146. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.03>.
- Smietana, M. Rudrappa, Sh. and Weis, Ch. (2021). Moral frameworks of commercial surrogacy within the US, India, and Russia. *Sexual and Reproductive Health Matters*, 29 (1), 377-393 Disponible en: <https://doi.org/10.1080/26410397.2021.1878674>.
- Vaquero Pinto, M. J. (2018). ¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución? En R. Barber Cárcamo, S. Quicios Molina y R. Verdura Server (coords.). *Retos actuales de la filiación*. (pp. 229-268). Madrid: Tecnos.
- Verdura Server, R. (2013). Comentario a los arts. 127-133. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo I, arts. 1 a 151* (pp. 1342-1368). Valencia: Tirant lo Blanch.