

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2022 / 2023

TÍTULO:

LA GESTACIÓN SUBROGADA

WORK TITLE:

SURROGATE PREGNANCY

AUTOR/A:

Zaida Bernó Secadas

DIRECTOR/A:

José Alberto Cereceda Ocejo

RESUMEN

La gestación subrogada es una técnica de reproducción humana asistida cada vez más habitual en España. En el trabajo se analizan las leyes que lo regulan, así como los principales pronunciamientos jurisprudenciales en torno a determinar la filiación de los nacidos a través de esta práctica. En especial, la doctrina del Tribunal Supremo y los medios que proponen para determinar la filiación. Se estudian los supuestos de inscripción de menores nacidos en el extranjero por maternidad subrogada en el Registro Civil español. Se analizarán los principales derechos en juego de todas las partes. Por último, se propone una regulación que estudie esta problemática en profundidad.

Palabras clave: gestación subrogada, maternidad, filiación, conflicto de Leyes, orden público, interés superior del menor, derechos fundamentales, adopción.

ABSTRACT

Surrogacy is an increasingly common assisted human reproduction technique in Spain. In this project, the laws that regulate it are analyzed, as well as the main jurisprudential pronouncements around determining the filiation of those born through this practice. In particular, the doctrine of the Supreme Court and the means they propose to determine parentage. The cases of registration of minors born abroad by surrogate motherhood in the Spanish Civil Registry are studied also. The main rights at stake of all parties will be analyzed. Finally, a regulation is proposed that studies this problem in depth.

Key words: surrogacy, maternity, filiation, conflict of laws, public order, best interests of the minor, fundamental rights, adoption.

Índice

RESUMEN	1
ABSTRACT	1
Índice	2
1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. CUESTIONES PREVIAS	4
2.1 CONCEPTO DE GESTACIÓN SUBROGADA Y TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	4
3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.	7
3.1 EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN ACTUAL	7
3.2. RECONOCIMIENTO DE ALGUNOS EFECTOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	11
3.2.1 Determinación de la filiación derivada de la gestación subrogada en España.	11
3.2.2 Inscripción en España de nacidos por gestación por sustitución en el extranjero.....	15
3.2.4 Cómo afronta el Tribunal Supremo este fenómeno en la actualidad.....	19
3.2.4.1 <i>Gestación por sustitución y derechos humanos.</i>	20
3.2. UN POSIBLE TRATAMIENTO JURÍDICO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN NUESTRO PAÍS.....	32
4. CONCLUSIONES.....	35
5. BIBLIOGRAFÍA.....	37

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, son muchos los modelos de familia que existen y como consecuencia de esta evolución social en la que se refleja un cambio de valores y sobre todo costumbres, el Derecho de Familia ha tenido que ir adaptándose a las nuevas realidades. El avance en las técnicas de reproducción humana asistida ha influido notoriamente en estos nuevos modelos de familia.

El presente trabajo de fin de grado pretende realizar un análisis jurídico respecto a la regulación de la gestación subrogada en España, donde se examinará el encaje de esta en el ordenamiento jurídico español.

En primer lugar, se llevará a cabo una breve exposición sobre qué es la gestación subrogada, para continuar con un estudio detallado de la normativa española vigente en relación con la gestación por sustitución. Se analizarán leyes, interpretaciones y pronunciamientos judiciales de todo tipo de órganos que afectan a esta práctica en España.

Se explorarán los argumentos y las posiciones que sustentan el debate sobre la gestación por sustitución en España bajo el análisis de los derechos de las partes involucradas; los padres intencionales y en especial, las madres gestantes y los niños nacidos por esta vía. Se tendrán en cuenta distintos principios, como la autonomía de voluntades, dignidad humana, interés del menor, etc.

Asimismo, se abordará un posible tratamiento jurídico de la gestación subrogada en España, teniendo en cuenta los impactos sociales, psicológicos y económicos que produce esta praxis en España siguiendo los estudios e investigaciones existentes.

En definitiva, se pretende proporcionar un análisis exhaustivo y objetivo de la regulación de la gestación subrogada en España, considerando los derechos humanos que se ven implicados. Se espera que con esta investigación se enriquezca el debate jurídico sobre la gestación por sustitución, bajo una reflexión informada y orientada hacia la protección de la parte más vulnerable en este complejo proceso.

2. CUESTIONES PREVIAS

2.1 CONCEPTO DE GESTACIÓN SUBROGADA Y TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.

El diccionario de la Real Academia Española define la gestación subrogada como *“técnica reproductiva que utiliza un vientre de alquiler.”*. Cuando acudimos a la definición de vientre de alquiler *“mujer que, previo acuerdo o contrato, cede su capacidad gestante para que le sea implantado un embrión ajeno, engendrado mediante fecundación in vitro, y se compromete a entregar el nacido al término de su embarazo.”*¹

Siguiendo muy de cerca esta definición, el Departamento de Derechos Ciudadanos y Asuntos Constitucionales de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado define esta práctica como aquella donde una mujer queda embarazada con la intención de entregar a otra persona el niño al nacer.

Por tanto, podríamos definir la gestación subrogada o gestación por sustitución como un acuerdo de voluntades por el cual una mujer se compromete a gestar a un niño a cambio de una contraprestación o de forma altruista, renunciando a toda pretensión de maternidad en el nacimiento, y posterior entrega a los padres de intención.² Se trata de una técnica de reproducción humana asistida³ donde una mujer gesta un embrión implantado en su cuerpo para otra persona ya sea hombre o mujer.

Existen distintos tipos de terminología para referirse a esta práctica. Las formas de llamar a este procedimiento reflejan la disparidad de posiciones respecto a la misma, maternidad sustitutiva, gestación subrogada, maternidad subrogada, gestación por encargo, gestación ajena, gestación por cuenta de otro...

La legislación española se refiere a esta práctica como gestación por sustitución. El término gestación es más correcto que maternidad, ya que esta engloba una realidad biológica y social mucho más extensa.

Sin embargo, junto con aquellos autores que se posicionan en contra de esta práctica, el término más correcto sería tal y como lo nombra la RAE; vientre de alquiler, pues expresa de forma más adecuada la realidad contractual existente entre las partes.

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ) [en línea]. <https://dpej.rae.es/lema/ventre-de-alquiler>

²Jarufe Contreras, D. Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento español: adopción “versus” técnicas de reproducción humana asistida. Madrid: Dykinson, p. 261

³ Vela Sánchez, A. J. La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo. Granada: Comares, p. 13

La gestación subrogada se puede realizar de varias formas. En primer lugar, dependiendo de motivos económicos, nos encontramos con la gestación por sustitución de forma altruista, donde la única compensación económica que recibe la mujer es relativa a los gastos de gestación, mientras que el segundo motivo económico, lo encontramos en la forma comercial, donde junto con los gastos ordinarios de embarazo, se acuerda en contrato una compensación económica extra por haber efectuado la gestación del bebé para otra familia.

También existe la gestación subrogada intrafamiliar que produce más problemas desde el punto de vista genético y ético en cuanto a que podría llegar a darse el incesto. Es un pacto de subrogación dentro de una misma familia.⁴ El Partido Político Ciudadanos en 2017 elaboró una proposición de ley para regular la gestación por sustitución donde rechazaba esta modalidad. Se prohibía que entre la gestante y padres intencionales existiera un vínculo de consanguineidad. Dos años después en 2019, se volvió a recuperar la iniciativa, pero se modificó completamente en lo respectivo a esta modalidad. Se permitía que existiera un vínculo de consanguineidad siempre y cuando se avalase la situación por un psicólogo.⁵

La gestación subrogada social es la más criticada moralmente pues se trata de mujeres que acceden a esta modalidad porque no quieren soportar las dolencias, renunciar a sus carreras profesionales o simplemente no sufrir cambios a nivel estético.

Por último, hay que destacar los dos tipos principales de gestación subrogada donde plantean distintas consideraciones legales que se estudiarán a continuación.

Por un lado, está la gestación subrogada tradicional que también es conocida como gestación subrogada parcial. En ella la mujer gestante aporta tanto su óvulo como su útero para llevar a cabo el embarazo. Esta mujer está relacionada por tanto genéticamente con el niño que nace al utilizar sus óvulos. Se requiere utilizar otra técnica de reproducción

⁴Southern California Reproductive Center. Disponible en: <https://srcivf.es/blog/tipos-degestacion-subrogada/>

⁵ONDARRA, Marcos, La nueva ley de gestación subrogada de Cs permite a tu madre o a tu hermana tener un hijo para ti, El Español, 2019. Disponible en: https://www.elespanol.com/espana/politica/20190704/nueva-gestacion-subrogada-cs-permitehermana-tener/410959988_0.html (fecha de consulta: 11.03.2020).

humana asistida utilizando los gametos de un donante o del padre intencional (que asegurarían la filiación paterna).

Por otro lado, está la gestación subrogada completa donde no existe ningún vínculo genético con el niño que nace. Se utiliza el ovulo de la madre intencional y el espermato del padre intencional o de donantes para hacer la fecundación. El embrión resultante se transfiere al útero de la mujer gestante y posteriormente el niño se entrega a los padres.

La elección entre un tipo u otro de gestación depende de las partes involucradas así como de las leyes y regulaciones propias de cada país en el que se lleva a cabo el proceso.

3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.

3.1 EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN ACTUAL

A pesar de la creencia de que la gestación subrogada es una práctica muy actual, las primeras referencias respecto a la misma están en el Génesis del Antiguo Testamento⁶. También en el Código Hammurabi⁷ (1750 a.C.) donde en las leyes 144 a 147 obliga a las mujeres que no pueden tener hijos a ofrecer una esclava a su marido para tenerlos.

Asimismo, existen referencias a esta práctica en el Antiguo Egipto⁸ ya que muchos faraones tenían hijos a través de sus siervos o en Roma⁹ con la conocida por la historia “asignación de vientre” donde cedían a sus esposas en el embarazo o cuando una mujer era estéril y para tener descendencia necesitaban a una concubina. (Sarasol Barres, 2021)

Más recientemente, en el mismo año que en España se aprueba la vigente Constitución Española, nace la primera persona fruto de la fecundación in vitro en Reino Unido, la denominada por los medios de comunicación “la primera niña probeta”. Esta

⁶ Citado en Barres, C. S. (enero-diciembre de 2021). La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español. *Jurídicas CUC*, 17(1), 323-366. doi:<http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.12>

⁷ Con cita de Lara, F. (Sarasol, C. y Ramón, F. (2021). La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español. *Jurídicas CUC*, 17(1), 323-366. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.12>)

⁸ Svitnev, K. (Sarasol, C. y Ramón, F. (2021). La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español. *Jurídicas CUC*, 17(1), 323-366. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.12>)

⁹ Con cita de García, C. (Sarasol, C. y Ramón, F. (2021). La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español. *Jurídicas CUC*, 17(1), 323-366. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.12>)

nueva realidad, obligaba a plantearse al legislador nuevos modelos de familia, entre el que estaba la idea de un embarazo con un contrato de por medio.

En la Constitución Española de 1978 no se hace ninguna referencia directa a la gestación por sustitución. Pero en el artículo 10.1 se establece la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como derechos fundamentales que garantizan el orden público y la paz social, que se vinculan inevitablemente con los valores establecidos en el artículo 1.1 de la Carta Magna.

Existen distintas formas de examinar esta figura a la luz del libre desarrollo del art. 10.1 CE, unas veces en contra de la gestación por sustitución, rechazando la práctica por vulnerar tanto la dignidad de la madre gestante como la del bebé, pues supone una mercantilización de la gestación y de la filiación.¹⁰

Otra posición respecto a este mismo precepto es que no permitir a la mujer gestante la libre elección de someterse a esta práctica es una vulneración del libre desarrollo de su personalidad pues es ella quien decide gestar para terceros, incluso, considerando que la personalidad se puede desarrollar a través del deseo de ser progenitor ya sea biológico o legal.

La primera vez que en España se plasma en una ley la entonces llamada “maternidad por encargo” fue en la Ley 35/1988¹¹. Una Comisión de expertos¹² entendía que debía ser nulo cualquier convenio relacionado con la gestación subrogada al entender que, con este fenómeno contrario a la ley, se instrumentaliza el cuerpo de la mujer hasta el nivel de servir de forma utilitarista. Se consideraba en la ley que esta situación va en contra de la dignidad humana pues la mujer sive como objeto disponible del tráfico jurídico del artículo 1271 del Código Civil. Por eso, cualquier contrato de gestación por sustitución sería nulo y las consecuencias de esto es que la filiación materna correspondía a la madre de gestación y, por tanto, la comitente incluso cuando esta fuera madre biológica quedaría fuera de la filiación. Posteriormente la Ley 14/2006¹³ vigente en este momento y

¹⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil. Pleno) 06/02/2014, núm. 835/2013, Excmo. Sr. D. RAFAEL SARAZÁ JIMENA, Cendoj. FJ 3.6

¹¹ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

¹² LLEDÓ YAGÜE, F. Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas. Congreso de los Diputados, 1987. Pg. 87-90

¹³ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

reguladora de la gestación subrogada, mantiene la posición de su predecesora, entendiendo ilícito todo contrato que regule la subrogación en el embarazo.

El artículo 10.1 LTRHA establece que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

La Ley en el siguiente apartado establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Sigue el principio de Derecho Romano *mater semper certa est*¹⁴ pues es la mujer que da a luz al nacido quien es la madre legal independientemente de ser la donante también de ovulo o no. Es por eso, que la madre intencional no puede reclamar la filiación en su favor, pues ella no ha alumbrado al bebé. Se sigue un elemento obstétrico donde prevalece la filiación materna para la mujer que da a luz, en contra del factor volitivo que sería el de la persona que tiene la voluntad de tenerlo.

La nulidad de pleno derecho respecto a los contratos de gestación por sustitución en España supone que los derechos acordados por las partes en el contrato no tienen ningún tipo de efecto. Por eso, la madre es la gestante y no la que se establece en el contrato.

En cambio, con la filiación paterna sucede algo distinto. El padre intencional tiene la opción de reclamar la filiación a través de una acción de reclamación de paternidad, pero con la condición de que el padre sea cedente de material genético al niño.

En caso de que se reconozca la paternidad del padre, el cónyuge o pareja del comitente tendrá la opción disponible de la adopción, cuando la madre gestante la asienta tras seis semanas del parto. Entonces estaríamos hablando de madre adoptiva y legal hasta en el supuesto de que ella hubiera aportado previamente material genético.

Otro paradigma que se puede dar es que no haya vinculo biológico entre el padre comitente y el menor nacido por contrato de gestación por sustitución. Es entonces donde podría plantearse la opción de acogimiento o procedimiento de adopción. En nuestro ordenamiento jurídico existen problemas que trataremos más adelante respecto a la

¹⁴ Locución latina: “La madre siempre es conocida”

inscripción en el Registro Civil de nacidos por gestación subrogada, si bien se podrían eludir estos problemas mediante la filiación adoptiva.

Cabe hacer mención de que se ha defendido por parte de la doctrina la nulidad de estos contratos en virtud de varios preceptos del Código Civil. En primer lugar, por la ilicitud del objeto del artículo 1271.1 Código Civil y de la contravención de los límites de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC como son la moral y el orden público.

Este contrato parte de una *res extracomercium*. Aunque el contrato se basa en la capacidad reproductiva de la mujer, el niño es claramente objeto del contrato y habría que determinar si una transacción de este tipo podría aceptarse en nuestro ordenamiento jurídico teniendo en cuenta los derechos fundamentales que se ven implicados. Además, 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 medicina¹⁵ entiende que tanto el cuerpo humano como cualquiera de sus partes, como tales, no deben ser objeto de lucro.

También de la ilicitud de la causa del art. 1275 CC, es determinante si la transacción es onerosa la exclusión de cualquier pretensión de restitución de lo pagado (art.1306 CC).

Mediante la interpretación de estos preceptos del Código Civil, se entiende que es nulo el contrato de gestación subrogada y no se deriva de él la obligación de entrega del nacido tras el parto, o indemnizar en caso de que se incumpla cualquier cláusula. Incluso, en el caso de que el niño haya sido entregado, se le podría reclamar a los comitentes.

Es necesario hacer una breve referencia a la regulación de esta materia en el Derecho Penal. Es posible la aplicación de dos preceptos del Código Penal, que son los artículos 220 y 221. Puede llegarse entonces a aplicar el tipo delictivo de adopciones ilegales. En caso de que la madre jurídica (aunque no sea la biológica) entregue el hijo a los padres intencionales a cambio de una contraprestación económica incurre en el tipo regulado en el artículo 221 CP. Si bien, en caso de que no medie contraprestación económica y se realice de forma altruista (una situación análoga a la adopción), es

¹⁵ Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, realizado en Oviedo el 4 de abril de 1997

considerado un ilícito civil al saltarse los procedimientos pautados para la guarda, acogimiento o adopción, no penal.

3.2. RECONOCIMIENTO DE ALGUNOS EFECTOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.

Anteriormente se ha analizado cómo la legislación española prohíbe esta técnica de maternidad subrogada tanto de forma civil como de forma penal. Es sorprendente que, a pesar de esta prohibición, existen formas de realizar en el extranjero la maternidad subrogada y que tenga consecuencias jurídicas en nuestro país.

3.2.1 Determinación de la filiación derivada de la gestación subrogada en España.

Las técnicas de reproducción humana asistida han supuesto un gran estudio respecto a la determinación de la filiación. En especial, surgen grandes problemas en el ámbito de la gestación subrogada.

El artículo 108 del Código Civil establece dos tipos de filiación; en primer lugar, nos encontramos con la filiación por naturaleza y en segundo lugar la filiación adoptiva. La filiación natural se basa en la realidad biológica ya sea real o presunta. Será padre o madre a efectos legales quien haya sido padre o madre biológico del hijo, así se fija en el Código Civil. Si bien, como ya se ha adelantado, las técnicas de reproducción humana asistida plantean problemas puesto que en muchos casos no existe equivalencia entre la realidad biológica y filiación natural¹⁶.

En las técnicas de reproducción humana asistida tiene relevancia la voluntad de querer tener un hijo, crear una vida, por lo que la verdad biológica se deja en un segundo plano al ser padres legales quienes se someten a estas técnicas.

Para la determinación de la maternidad, el art. 7.1L TRHA remite a las normas del ámbito civil que regulen esta materia de filiación a excepción de lo establecido en los artículos posteriores al mencionado, es decir, en los artículos 8 a 10 LTRHA.

¹⁶ Lamm, E. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24. Publicación del Master en Bioética y Derecho, Barcelona, p. 80

En los casos de gestación por sustitución se regula por el artículo 10.2 LTRHA que dicta “*la filiación materna de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”. La madre será la mujer que ha dado a luz sin que adquiera relevancia de quién sea el material genético que ha sido aportado. Se tiene en cuenta entonces para la determinación la mujer que haya gestado al bebé. Se busca que las consecuencias que se pretendieron evitar a través del contrato sean las que determinen la maternidad.

Hay que recalcar, que la madre intencional, a pesar de ser quien haya aportado el material genético no podrá ser madre legal del nacido. La madre de deseo no tiene derecho a reclamar la maternidad. Esta solución se vio ratificada por la DGRN en varias resoluciones (entre ellas 5 de junio de 2006 y 11 de enero de 2007) en las que se buscaba determinar la filiación de un nacido a favor de una pareja homosexual de dos mujeres que estaban casadas y unidas por pareja estable. Una vez determinada por el parto la maternidad, no se puede reconocer de manera sobrevenida otra maternidad puesto que la maternidad es única.

Para más inri, la mujer que da a luz no puede no aceptar la maternidad¹⁷. Únicamente producido el parto puede tras 30 días dar el consentimiento para dar en adopción al nacido. A pesar de la adopción, no se ocultará en el parte médico la identidad de la gestante, aunque posteriormente en el proceso de adopción se encripten estos datos.¹⁸

El art. 44,2 LRC funda que “*en la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación*”.

Si seguimos leyendo el artículo 44 en su punto tercero “*la inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por*

¹⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia 776/1999, de 21 de septiembre que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 47, I LRC así como del art. 167 que permitían ocultar la maternidad en el parte médico de asistencia, por tanto, la madre era la encargada de registrar la maternidad.

¹⁸ Art. 177,2, III CC y 16,3 y 4 LRC

cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación.”. Es decir, la mujer que haya dado a luz al niño será inscrita como madre por parte del sanitario encargado del parto.

El artículo 44.4 *“La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.*

Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.” Entre los motivos que están fundados, no se encuentra en ningún momento la renuncia a la filiación por un contrato de gestación subrogada, pues como se menciona en la LTRHA será nulo de pleno derecho y por tanto, no desprende efectos.

Además, el art. 46 en su segundo inciso regula que *“el personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que se determinen reglamentariamente para establecer su filiación”*.

Por tanto, no quedan dudas de que la maternidad quedará determinada en el momento del parto.

En cuanto a la filiación paterna existen diversos factores a tener en cuenta. Depende en primer lugar por la remisión que se realiza a las leyes civiles si la madre gestante está casada o no y, además, de que el padre haya dado consentimiento para realizar la fecundación. En caso de que estuviera casada, en nuestro ordenamiento jurídico existe una presunción de paternidad en el art. 116 CC. Independientemente de quien aporte los gametos será padre el que este unido en matrimonio con la gestante. Supone esto que el nacido sea considerado hijo matrimonial. Aunque, es perfectamente factible que el padre

biológico (en caso de que sea distinto al hombre unido en matrimonio con la gestante) reclame la paternidad que se prevé en el art. 10.3 LTRHA.

En caso de que el hombre del que se haya utilizado material genético sea interesado en el proceso de fecundación podrá reclamar la paternidad con independencia de que haya sido parte o no en el contrato de gestación. Si la sentencia determina la paternidad a favor del comitente se inscribirá en el Registro Civil siguiendo la regla de *pater is est quem sanguinis demonstrat*¹⁹.

Todos estos elementos normativos hacen llegar a la conclusión de que en caso de que una pareja homosexual, casados o no, contrate gestación subrogada, solo si uno de ellos aportó material genético podrá determinar la paternidad a su favor si la reclama por la vía correspondiente. El hecho de estar casados en este caso no determinará la otra paternidad, es decir, no se determinará la paternidad en favor de los dos.

La DGRN²⁰ argumentó que, si el Derecho español admite la filiación en caso de adopción a favor de los dos varones sin distinción entre hijos adoptados e hijos naturales, idéntica solución debe darse en el caso de que sean hijos naturales nacidos mediante gestación subrogada. Añade que si se permite la filiación en el Registro Civil a favor de dos mujeres (art. 7.3 LTRHA), no hacerlo a favor de dos hombres sería discriminatorio.

Si bien, para que quepa la inscripción a favor de dos mujeres en el Registro Civil, solo se puede hacer a través de dos procedimientos que son el de adopción del art. 176.2.2º CC, que también cabe para los matrimonios conformados por varones y, por vía del art. 7.3 LTRHA, bajo consentimiento previo al parto de la mujer de la madre que alumbró. Solo con estar unidas en vínculo de matrimonio no conlleva la filiación matrimonial en la inscripción.

En resumen, en España, nacido un niño bajo un contrato de gestación subrogada será legalmente considerada como su madre la gestante, y el padre quien ejerza la correspondiente acción de reclamación de paternidad con éxito que, en caso de que la madre gestante estuviera casada supondrá también la previa impugnación de la paternidad del marido de la gestante.

¹⁹ Locución latina: “Padre es quien demuestra la filiación”

²⁰ Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 18 de febrero de 2009

3.2.2 Inscripción en España de nacidos por gestación por sustitución en el extranjero

Al inscribir en el Registro Civil español a un nacido existe una presunción iuris tantum de legalidad de la filiación. Procede entonces el estudio de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 que provocó un polémico debate sobre la inscripción de la filiación de los menores nacidos por esta práctica y el control de la resolución extranjera.

Para poner la situación en contexto es necesario mencionar los antecedentes de esta instrucción. Un matrimonio homosexual de españoles acude a E.E.U.U para tener hijos mediante gestación por sustitución. Nacen dos hijos y solicitan la inscripción del nacimiento en el Registro Civil Consular de Los Ángeles. El encargado del Registro Civil deniega la inscripción en base a la prohibición española del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es por eso, que los padres interponen recurso ante la Dirección General de Registro y Notariado, que emite resolución el 18 de febrero de 2009²¹ obligando a practicar la inscripción de la filiación a favor de los padres solicitantes.

La Fiscalía de Valencia recurre la inscripción basada en la resolución de la DGRN. El Juzgado de Primera Instancia de Valencia admite a trámite el recurso y deja sin efecto la inscripción del nacimiento en resolución de 15 de septiembre de 2010²². Se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia que en sentencia de 23 de noviembre de 2011²³ lo desestima.

Los casos de gestación subrogada en el extranjero fueron aumentando hasta que la DGRN emite en octubre de 2010 una Instrucción²⁴ relativa a la filiación de los nacidos por gestación por sustitución.

En esta se fijan una serie de requisitos que marcan el acceso al Registro Civil español por parte de nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada. En la Instrucción se busca proteger tanto el interés superior del menor como otros intereses también en juego.

²¹ Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 18 de febrero 2009 (RJ 2009/1735).

²² Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, Sentencia 193/2010 de 15 septiembre (AC 2010/1707).

²³ Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), Sentencia 826/2011 de 23 noviembre (AC 2011/1561).

²⁴ Dirección General de los Registros y del Notariado, Instrucción de 5 de octubre 2010 (RCL 2010/2624).

Como requisito previo a la inscripción registral es necesaria la presentación de una resolución judicial dictada por el tribunal competente del país de origen que establezca la filiación del menor. En dicha Instrucción se establecía literalmente *“La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante”*

Determina la DGRN que mediante la simple presentación de una certificación registral extranjera no se pueden cumplir todos los requisitos que se establecen en el art. 23 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil y los arts. 81 y 85 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

En caso de que la resolución extranjera fuese dictada en un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa la inscripción no podrá ser realizada salvo que se reconozca en España a través del exequatur²⁵. Por otro lado, si la resolución extranjera surge a raíz de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, será el encargado del Registro quien de manera incidental controlará antes de la inscripción si puede ser reconocida en España la resolución²⁶.

Si los padres intencionales no presentan ningún tipo de resolución que determine la filiación, podrán intentar inscribir en virtud al art. 10.3 LTRHA si fuese hijo biológico del padre por los medios ordinarios.

Esta Instrucción es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo que se analizará más adelante, aunque para proteger el interés del menor provee medios para inscribir a los nacidos en base a esta práctica.

El Tribunal Supremo declara en sentencia de 6 de febrero de 2014²⁷ que no hay posibilidad de recurso de casación frente a la resolución de la Audiencia Provincial de

²⁵ Salvo que resultare aplicable un convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur, en base arts. 52 a 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. En virtud del art. 46.1 a) de esta Ley, no se reconocerán las resoluciones judiciales extranjeras firmes cuando sean contrarias al orden público.

²⁶ En el control incidental deberá constatarse la existencia de determinados requisitos que vienen establecidos en la propia Instrucción.

²⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia 835/2013 de 6 de febrero (RJ 2014/833).

Valencia con un voto particular discrepante. Sienta doctrina el Tribunal Supremo donde se pauta que estos embarazos por subrogación son contrarios a la dignidad de la persona establecida en el artículo 10.1 de la Constitución Española que se ha mencionado con anterioridad. Los argumentos que ofrecen se basan en que se mercantiliza tanto a la mujer gestante como el niño y en muchos casos las mujeres se hayan en estado de pobreza por lo que se produce un abuso del estado de necesidad de estas. Por eso, solo pueden ser nulos los contratos de gestación subrogada (art. 10 LTRHA).

Entiende el Tribunal Supremo que no es discriminatorio por razón de sexo negar la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los bebés nacidos en California por la pareja homosexual que dio lugar a la Instrucción, ya que se plantea la misma solución para todos los tipos de familias y parejas que recurran a esta práctica (parejas heterosexuales, homosexuales formadas por mujeres o familias monoparentales).

No puede argumentarse el interés superior del menor para avalar esta práctica cuando entran en juego otros valores inspiradores de la legislación nacional y de las convenciones internacionales. En especial, no se puede usar este interés para ir en contra de lo establecido en la legislación española. Hay que ponderar este valor con la mercantilización de la filiación y de la mujer, el respeto a la dignidad y a la integridad moral de la gestante, o el estado de necesidad de mujeres en estado de pobreza.

No se vulnera según el Alto Tribunal ni el derecho a una identidad única ya que los menores no tienen vinculación con Estados Unidos, ni el derecho al respeto de la vida privada y familiar. La razón que se expone es que hay dos requisitos que según el TEDH justifica de manera clara la intervención del Estado, la ley debe respetar el orden público internacional y por otro lado en la sociedad democrática que vivimos, es necesaria la protección del interés del menor y otros bienes jurídicos de gran trascendencia.

Por último, sobre la desprotección que se dejaría a los menores, establece también el TEDH y mantiene el Tribunal Supremo que, donde exista una relación de familia con un niño, el Estado debe proteger jurídicamente la integración del niño en la familia y actuar para que se desarrolle ese vínculo. Como se ha mencionado anteriormente, esto se puede lograr con figuras que se prevén en el ordenamiento jurídico tales como la adopción o el acogimiento familiar, sin olvidar que se puede reclamar la paternidad como dicta el art. 10.3 LTRHA.

Que no se reconozca la certificación registral californiana, en palabras del Supremo, afecta únicamente a la filiación, pero no se vulnera el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño ya que se inscribirá de forma inmediata el nacimiento y el derecho desde que nace a un nombre y una nacionalidad.

Llama la atención la existencia de un voto particular en esta sentencia de febrero del 2014. En él se considera, al contrario que en la sentencia, que hay que dilucidar si una decisión extranjera válida y legal es conforme al orden público, desde la tutela del interés superior de menor y no que sea contrario a la norma interna. Discurre que el interés del menor queda afectado pues existe un limbo jurídico respecto a los menores mientras que estos siguen creciendo y creando vínculos familiares. A entender del magistrado discrepante, se debe proteger tanto antes de la gestación, como se hizo en los tribunales americanos, como después que en este caso no se ha hecho. Ante la creación de estos vínculos familiares, aplicar el orden público perjudica a los menores que se ven privados en muchas ocasiones de su identidad y su familia quedando en situación de desamparo. Se vulnera entonces la normativa internacional sobre la atención al interés superior del menor. Que exista una ley civil que prescriba la nulidad del contrato no elimina la situación que se produce con el nacimiento del menor y la inserción en determinado núcleo familiar.

Posteriormente, se interpone un incidente de nulidad promovido frente a la sentencia de 2014 que se desestima por Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015²⁸.

Este Auto en base a la jurisprudencia del TEDH analiza una sentencia que recientemente había sido dictada frente a un asunto parecido respecto a dos parejas francesas que contrataron gestación por sustitución en Estados Unidos con el caso Español. El Auto establece que el TEDH no marca a priori que cualquier decisión que afecte a la filiación de los menores presuma una violación del derecho a la vida privada que les corresponde. El juez nacional al aplicar la excepción de orden público internacional pondera el interés de la comunidad y el interés superior del menor. Según el TEDH cuando se impide la filiación por cualquier vía en el ordenamiento francés hay un desequilibrio

²⁸ Auto del Tribunal Supremo Sala de lo Civil (Sección Pleno) de 2 de febrero de 2015 (JUR 2015/47648).

claro entre estos dos intereses, pero, en el caso español se puede establecer la filiación por otros medios.

3.2.4 Cómo afronta el Tribunal Supremo este fenómeno en la actualidad

Se presenta de nuevo un caso²⁹ ante el Tribunal Supremo de gestación por sustitución con ponencia del magistrado Rafael Saraza Jimena, donde debe determinarse la filiación por un contrato celebrado en el extranjero. El Alto Tribunal sigue la línea de la Sentencia ya mencionada y analizada de 6 de febrero de 2014 que fue confirmada por el auto de 2 de febrero de 2015, ambas con ponencia del mismo magistrado. Pautan de forma contundente que los acuerdos de gestación subrogada comercial no podrán establecer la filiación en favor de la madre de intención, aunque como se estableció también en las sentencias anteriores, podrá acudir a la vía de la adopción.

Los antecedentes se basan en una mujer española llamada Aurelia de 46 años que acude a Tabasco (México) para tener un hijo (Pedro Enrique) mediante gestación subrogada en 2015 a través de una agencia intermediaria donde la mujer gestante usaría embriones creados a partir de óvulos y espermatozoides donados de forma anónima. El contrato fue realizado conforme a la legislación tabasqueña ante notario y ratificado en un procedimiento judicial no contencioso. Tras nacer el hijo quedó inscrito en México como hijo de la madre intencional, pero al llegar a España y tratar de inscribirlo, se deniega su inscripción por el Encargado del Registro Civil Central de 9 de febrero de 2017 que envía a la madre a determinar judicialmente la filiación.

El padre de Aurelia llamado Luis Miguel en 2018 demanda a su hija y al Ministerio Fiscal al amparo del artículo 131 CC para que se declare la filiación respecto a la madre intencional pues existe una constante posesión de estado³⁰.

El Juzgado de Primera Instancia de Madrid número 77, en sentencia de 19 de febrero de 2019 desestima la demanda y remite a la madre intencional a la adopción. El padre de Aurelia interpuso recurso al cual se adhirió su hija, pero se opuso el Ministerio

²⁹ Tribunal Supremo (pleno), Sentencia 277/2022, 31 de marzo.

³⁰ No hay conocimiento de por qué Aurelia a pesar de estar legitimada por el mismo artículo que su padre para ejercer la acción, no lo hizo. Podría ser por razones estratégicas para poner en evidencia la posesión de Estado.

Fiscal. La Audiencia Provincial³¹ estimó el recurso con base a que existe posesión de estado y, por tanto, se determina la filiación en favor de Aurelia. El Ministerio Fiscal recurre esta resolución en apelación por infringir el artículo 131 CC en relación con el artículo 10 LTRHA pues el demandante no tenía legitimación para interponer la acción de filiación porque contradecía otra que ya estaba determinada en favor de la madre gestante. El Tribunal Supremo, estima el recurso y confirma la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de Madrid.

Aunque Aurelia según la legislación mexicana tenía determinada la filiación a su favor, con una resolución judicial que lo acreditaba, no pudo ser reconocida en España por la ya analizada Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, porque es necesario que haya un padre intencional que sea el aportante de material genético para que este pueda ejercer la acción para reclamar la paternidad. Aurelia en cambio, al reclamar la filiación ella sola, solo podía venir determinada por el parto al tratarse de la maternidad y no podía reconocerse a través de resolución judicial tabasqueña.

Cabe añadir además que la edad de Aurelia era de 46 años en el momento del nacimiento del hijo. En España, esa edad no le permite acceder al procedimiento judicial de la adopción, por la diferencia de edad que existía entre ambos. Los requisitos que se establecen en España para que se pueda dar la adopción están regulados en el artículo 175.1 CC tener al menos 25 años y que la diferencia de edad no supere los 45 años entre adoptante y adoptado. Con la excepción que regula el art. 176.2.3ªCC *“llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.”* que no concurre en nuestro caso.

La sentencia dedica gran parte de su extensión a plasmar las cláusulas del contrato de gestación subrogada. Tras ello, desarrolla en torno a dos líneas argumentales. La primera de ella en torno a la vulneración tanto de derechos fundamentales reconocidos en la constitución como los derechos humanos plasmados en los convenios internacionales. Mientras que la segunda, la protección del interés superior del menor nacido por gestación subrogada.

3.2.4.1 Gestación por sustitución y derechos humanos.

³¹ Audiencia Provincial (Sección 22), Sentencia 947/2020, 1 de diciembre.

El contrato de gestación subrogada es contrario a los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. Es por eso por lo que el Tribunal Supremo en esta sentencia de marzo de 2022 presta gran atención tanto al contrato por su carácter abusivo (como prácticamente la totalidad de este tipo de contratos) como la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la mujer que decide gestar a la hora de realizar el contrato.

El Tribunal Supremo en esta sentencia, reitera la doctrina ya consolidada de que la pretensión de reconocer la filiación por un acuerdo de gestación subrogada es manifiestamente contraria al orden público español. Así lo cree por el artículo 10 LTRHA que establece la nulidad de pleno derecho de estos contratos y que la filiación quedará determinada por el parto en favor de la madre gestante.

Al leer la sentencia podemos apreciar el enfado del Tribunal Supremo frente al legislador debido a que este último es perfectamente conocedor de que la gestación subrogada es una práctica que atenta contra la dignidad de la madre gestante y de los menores; pero aun así no se adopta una normativa sancionadora de las empresas mediadoras (agencias intermediarias) que ofrecen sus servicios en España, y también la falta de limitaciones que encuentran los padres intencionales para crear una familia en nuestro país junto con los menores nacidos de esta práctica en el extranjero.

La sentencia se podría considerar incluso una llamada de atención frente al legislador, pues no se plantea si aquellos padres que acuden a la gestación subrogada sin conocer el trasfondo de la misma (condiciones abusivas para las gestantes, violencia obstétrica, situaciones de necesidad o vulnerabilidad social, redes de reclutamiento de mujeres para su explotación reproductiva, etc.; incluso pudiendo considerarse un tipo de violencia de género³²) pueden ser buenos padres o madres, y si a tales debería por tanto denegarse la posibilidad de consolidar la relación familiar con esos menores.

En la sentencia se reproduce un contrato de gestación subrogada para terminar con la idea de que la maternidad subrogada la ejercen mujeres empoderadas y sin ningún tipo de vulnerabilidad social, económica o psicológica, sino con un total carácter solidario.

³² Ángeles LARA AGUADO, “Violencia contra la mujer extranjera y trata desde la perspectiva de género”, en Juana María GIL RUIZ (ed.), *El Convenio de Estambul como marco de Derecho antisubordiscriminatorio*, Dyckinson, Madrid, 2018, pp. 101-133, esp. pp. 110-111.

Presta especial atención al libre consentimiento y a la autonomía de la voluntad, pues el contrato no puede ser equivalente a un mero consentimiento informado de exoneración de responsabilidad clínica y de exoneración a los comitentes por el riesgo que derive de la inseminación artificial. No puede ser entendido como una renuncia a los derechos fundamentales y libertades y atribución de derechos a los padres de intención.

Si se admite que la autodeterminación de la mujer consiste en un consentimiento informado, se acepta que la mujer es únicamente un instrumento al servicio de la realización de los deseos de los comitentes, y que el menor es un objeto sobre el que se realizan transacciones.

El Tribunal Supremo se tiene que enfrentar, por una parte, a reconocer que el contrato es un atentado contra la dignidad de la mujer, sin dejar de lado que se satisfaga el interés del menor tras nacer y se permita reconocer circunstancias relativas a su estado civil. Entiende el Alto Tribunal que se vulneran gravemente los derechos fundamentales, tanto reconocidos en la Constitución Española como en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte.

El Comité de Bioética de España es decisivo para la decisión del TS. Entiende el tribunal que a la madre gestante y al niño a gestar, se les trata como meros objetos, sin la dignidad propia inherente al hecho de ser seres humanos y los derechos humanos que por ello les corresponden.

Como ya se ha hecho mención anteriormente en reiteradas ocasiones, los acuerdos de gestación subrogada son contrarios al orden público español según ha ido estableciendo en sus sentencias el Tribunal Supremo. El artículo 10 LTRHA es una especie de ley de policía contractual que permite a la autoridad judicial separar la eficacia jurídica del contrato de gestación subrogada de la filiación de la menor derivada del mismo.³³ Aunque en este supuesto, se da un paso más respecto a la famosa sentencia de 2014 del TS pues solo era motivo de recurso la determinación de la filiación resultante de la gestación subrogada y no el acuerdo en sí.

³³ Cita de Quiñones Escámez (Farnós Amorós, E. (julio-septiembre de 2022). La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. ADC, fasc. III (tomo LXXV), 1281-1314.)

El Alto Tribunal declara que *“Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad.”* Además, añade que *“el futuro niño al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se «cosifica» pues se le concibe como el objeto del contrato”*.

En relación con la dignidad del menor, se cita el Convenio de Derechos del niño que prohíbe la venta, secuestro o trata de menores con cualquier fin o en cualquier forma, y usa la definición del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en cuyo art. 2 a) se define la venta de niños 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”*.

Se concibe al menor como un objeto de contrato por cuya gestación y transferencia se recibe una remuneración, sin garantía de que dicha transferencia del control y de la filiación del menor se haga manteniendo en todo momento el interés de este, pues como se ha adelantado, no se controla la idoneidad de los padres intencionales.

Las agencias intermediarias tratan de cubrirse bajo la premisa de que se paga por la prestación de un servicio y no por el menor, a pesar de que en muchas ocasiones sus páginas web desprendan lo contrario; *“Sólo determine sus necesidades y deseos, háganoslo saber y todo se ejecutará de la mejor manera posible de acuerdo a sus requerimientos y finanzas”* ³⁴ *“Nuestras prioridades son: Garantizarte el éxito en la parte medica; un bebé sano”* ³⁵ o *“El centro de gestación subrogada BioTexCom ofrece programas con intentos ilimitados y los resultados garantizados”*³⁶

La comitente había celebrado un contrato que consistía en la entrega de un bebé a cambio de un pago, y para conseguir un resultado se exigía someterse a todas las transferencias embrionarias que fueran necesarias. Por tanto, es obvio que la

³⁴ <https://maternidad-subrogada-centro.es/garantizado-de-maternidad-subrogada.html>.

³⁵ <https://www.gestlifesurrogacy.com/>

³⁶ https://biotexcom.es/?gclid=Cj0KCQjw8amWBhCYARIsADqZJoXgZj5Mfd6ddqDpzclt-lsiZSkvsSl8Y7Vb1nI8ADiAIRBC2OQDeEaAqbrEALw_wcB

mercantilización del menor atenta contra su dignidad al suponer su cosificación y convertirlo en un objeto susceptible de compra.

También se hace hincapié en el atentado a la dignidad de la madre gestante que supone la gestación subrogada comercial, en especial, a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la madre para aceptar las cláusulas abusivas contenidas en el contrato.

Es patente el desequilibrio de posiciones entre la madre gestante y la comitente pues la madre gestante renuncia a todos los derechos de filiación materna ya que, si no, no existiría un contrato. Además, debe someterse a tratamientos médicos, aunque supongan riesgos para su salud e incluso otros riesgos adicionales. La madre renuncia también a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica, pues se permite a los especialistas encargados de su evaluación compartir los resultados con la madre de intención. La gestante renunciará a la toma de decisiones respecto al embarazo y permitirá interferir en sus hábitos de vida (dieta, relaciones sexuales, libertad de movimiento, residencia...) incluso, *“se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal”*.

Muchas agencias intermediarias explican el proceso de selección de las gestantes en sus paginas web, pero no sucede lo mismo con los padres intencionales que son los encargados de cuidar al menor durante toda su vida.

Se desprende del clausulado de este contrato, el cual comparte los mismos rasgos de cualquier contrato de este tipo de práctica, que efectivamente existe una mala praxis. En el caso hipotético de que fuese un contrato respetuoso con los derechos de la madre gestante, podemos afirmar que es un tipo de violencia de género pues encaja con la definición del art. 3 a) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul)³⁷, donde explica que es violencia de género cualquier acto de violencia basado en el género que pueden implicar para las mujeres algún daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico. Y como se ha expuesto, la gestación por sustitución conlleva un sufrimiento para la mujer gestante, independientemente de si es comercial, como si es altruista.

³⁷ BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

Por tanto, el Tribunal Supremo, junto con la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015, sobre el informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014), “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima”. Según el TS “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”.

3.2.4.2 Determinación de la filiación resultante e interés superior del menor según el Tribunal Supremo

Tras varias páginas donde el Tribunal Supremo analiza los riesgos de la gestación subrogada comercial dice “En el litigio que ha dado lugar al presente recurso, la cuestión se plantea desde otro punto de vista, pues lo que se pretende no es el reconocimiento de un acto de autoridad extranjera, sino la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española”. Es evidente que el menor se encuentra en España integrado en un núcleo familiar y habría que proteger estos vínculos (como así establece en su propia jurisprudencia y en la del TEDH).

En el art. 10.3 LTRHA se permite utilizar los mecanismos establecidos en la legislación general para determinar la filiación respecto al padre biológico. En relación con la madre de intención, se remite a la adopción apoyándose en una opinión consultiva de la Gran Sala del TEDH de 10 de abril de 2019, a raíz de la sentencia del TEDH en el asunto *Mennesson c. Francia*, de 26 de junio de 2014.³⁸ En este asunto se planteaba que el no reconocer por el Estado francés la filiación entre las menores y sus progenitores de intención (padre biológico y esposa), es contrario al derecho de las menores al respeto por su vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH.

Se abordaba entonces ante el TEDH a través de qué mecanismo se tendría que reconocer en el derecho interno la relación de filiación entre un menor y la madre de intención cuando no hay vínculo genético, pero en cambio es madre legal según la legislación extranjera. Lo relevante según el tribunal europeo es que en el derecho interno

³⁸ Cita de Múrtula Lafuente (Farnós Amorós, E. (julio-septiembre de 2022). La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. ADC, fasc. III (tomo LXXV), 1281-1314.)

exista alguna forma que reconozca la filiación independientemente de qué forma específica sea. Los Estados gozan de cierto margen para determinar la filiación siempre que la relación entre menor y madre de intención, sea posible en un período de tiempo razonable para evitar la incertidumbre jurídica del menor. Nada impide que esto se extrapole a otros casos como por ejemplo el caso de un único progenitor sin vínculo genético puesto que prevalece el interés del menor.

El Tribunal Supremo elige la adopción en base a la Opinión del TEDH de 2019 “*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.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el artículo 176.2.3.º del Código Civil*”. Si bien, se hace una interpretación controvertida de la regulación de la adopción. El Tribunal considera la diferencia máxima de edad para adoptar como un obstáculo salvable. Lo hace así en virtud del artículo 237 CC considerando a la madre como una guardadora de hecho y así entiende que se desprende de la previsión contenida en el artículo 176.2.3º CC, según la cual el adoptado lleva más de un año en guarda con fines de adopción, o que ha estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo.

Sin embargo, al equiparar la guarda de hecho, guarda con fines de adopción y la tutela se plantean muchas dudas. La madre contratante es una guardadora de hecho respecto al menor nacido por gestación subrogada por lo que no se encuentra conforme al art. 176.2.3º CC en relación con el art. 175.1 CC entre los supuestos en los que se puede excepcionar la diferencia de edad máxima entre el adoptante y el adoptado.

La guarda con fines de adopción y la tutela de la normativa vigente son instituciones que no se corresponden con la situación de guarda de hecho como la que existía en el caso.³⁹ Algunas Audiencias ante casos similares han descartado el establecimiento de la filiación por vía de adopción, donde se determinaba la filiación en virtud a la posesión de estado cuando no existe ningún tipo de vínculo genético entre el nacido y los padres de intención. Se impedía la adopción porque en muchos casos no se tiene conocimiento de quién es el padre biológico y, por tanto, no se puede seguir la vía de

³⁹ López Maza (Amorós, E. F. (julio-septiembre de 2022). La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. ACD, III(LXXV), 1281-1281.)

determinación de la filiación en base al art. 10.3 LTRHA y posterior, adopción por la madre de intención.

Existen casos en los que no se corre la misma suerte y la filiación a través de la adopción fracasa.⁴⁰ Bien sea por la falta de asentimiento por la madre biológica hacia la adopción o por falta de consentimiento del padre biológico que se ha separado de hecho de la madre de intención.⁴¹

El Tribunal Supremo da a entender que, en este supuesto concreto, si la madre optara por la adopción, sería llevada a cabo con facilidad, al ser el medio más favorable en cuanto a que ya se ha demostrado la idoneidad para satisfacer el interés del menor habiéndole cuidado la madre hasta ese momento. Igualmente, se entiende que la diferencia de edad no puede ser un obstáculo de carácter absoluto, como ya se había expuesto. Se produce una flexibilización de los requisitos para buscar el mayor interés del menor. Esto denota una gran sensibilidad por parte del tribunal para atender a la justicia del caso concreto, pues se usan las herramientas de la perspectiva del *gender mainstreaming*. Es decir, el Tribunal Supremo toma en consideración las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de las mujeres y de los hombres en sus sentencias.

Para que se produzca una adopción conjunta por ambos cónyuges según el art. 175.4 CC es preciso que ambos adoptantes presten de manera unida su consentimiento al proceso (art. 177.1CC) cosa que es difícil que ocurra cuando se produce una ruptura de la pareja. El éxito de la adopción sigue estando marcado por el consentimiento conjunto, aunque la ruptura de la relación previa a la propuesta de adopción no impide que esta prospere cuando concurren las circunstancias del art. 175.5 CC.

En otros supuestos, la aplicación del art. 175.3.1 CC es el obstáculo que impide la adopción porque se prohíbe adoptar a un descendiente. Esta aplicación del artículo se basa en una interpretación incorrecta pues la filiación a favor del padre de intención, que consta

⁴⁰ Por ejemplo, el AAP Barcelona, Sec. 18.^a, de 16 de octubre de 2018 donde no se cumplían los requisitos para que el hombre que convivía en pareja con el padre biológico pudiera adoptar a los hijos gestados en Tailandia ya que la madre biológica no compareció en el procedimiento para asentar la adopción transcurridas las seis semanas desde el parto como exige el artículo 235-41.2 CCCat.

⁴¹ AAP La Rioja, Sec. 1.^a, de 2 de mayo de 2017, y Asturias, Sec. 4.^a, de 24 de julio de 2018.

en un certificado extranjero de nacimiento, no tiene efectos en España, así que, no se puede interpretar como la adopción de un descendiente.⁴²

Se considera por parte del Tribunal que es necesario salvaguardar el interés del menor a través del análisis de las circunstancias sociofamiliares y de la idoneidad de los comitentes para poder atender a esas necesidades, ya que prevalece el interés del menor al deseo de formar una familia o un proyecto de vida. Con ello se pretende minimizar el riesgo de tráfico de menores y de explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres, pues se dificultan las labores que ejercen las agencias intermediarias de la gestación por sustitución.

El Tribunal Supremo en la STS de 31 de marzo de 2022 establece la posibilidad de que la adopción pueda fracasar al dificultar el proceso de la madre de intención. La resolución judicial tras todos los requisitos previos será la que ponderará el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante (art. 176.1 CC). El TS elige la adopción debido a que esta genera incertidumbre porque no se produce una filiación de forma automática, sino que es necesario que se cumplan unos requisitos. Aunque si bien, puede cuestionarse que la adopción suponga un desincentivo real en tanto en la sentencia estudiada, se da a entender que la adopción terminará prosperando.

3.2.4.2 El rechazo de la posesión de estado.

La Sala 1ª en sentencia de 31 de marzo de 2022 rechaza la posesión de estado para determinar la maternidad en la gestación subrogada cuando no hay vínculo genético con el bebé. Pero sorprende, que en al menos dos ocasiones anteriores se determinaba así la maternidad reclamada por la mujer que durante el período de concepción se encontraba unida afectivamente con la madre biológica.

En sentencia de 5 de diciembre de 2013, dos mujeres contraen vínculo matrimonial antes del nacimiento de dos gemelas que tuvo lugar estando vigente el art. 7.3 LTRHA y, por tanto, fueron inscritas en el Registro Civil únicamente bajo filiación de la madre biológica pues estaba soltera. Tras nacer los bebés, se inició un expediente de rectificación del estado civil con la finalidad de que se determinará también la filiación en favor de su

⁴² AAPP Badajoz, Sec. 3.ª, de 29 de octubre de 2019 y Granada, Sec. 5.ª, de 16 de noviembre de 2018.

cónyuge. Por auto, confirmado por la DGRN, se rectificó su estado civil pero no se determinó la filiación.

Más tarde, tiene lugar la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 donde el nacimiento se produjo antes de la entrada en vigor del art. 7.3 LTRHA. En ella se entiende que el recurso a la posesión de estado se basa en un proyecto parental común que en este caso no queda suficientemente acreditado. En el voto particular se dice, además, que no había ni siquiera constancia de que existiera consentimiento de ambas para recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida.

En ambos casos, se desnaturaliza la posesión de estado porque no acredita por sí misma la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que permite presumir quiénes son sus progenitores.⁴³ La posesión de estado puede determinar la filiación cuando se prueben la concurrencia de requisitos necesarios (nombre, trato y fama que demuestren el vínculo filial). Pero como no tiene eficacia acreditativa de la filiación, únicamente es un título de legitimación, no de atribución, y constituye un medio de prueba subsidiario de carácter presuntivo o indirecto. No es suficiente para declarar la filiación la prueba de la constante posesión de estado, pues según la concepción que tiene el Código Civil, la filiación debe coincidir con la relación biológica donde son admisibles todo tipo de pruebas.

La STS, 1.^a, de 27 de enero de 2022 desestima la acción de reclamación de maternidad que se había ejercitado en base a la posesión de estado interpuesta por la pareja y posterior esposa de la madre legal y biológica. El Alto Tribunal entiende que debido al corto periodo de tiempo que han convivido los causantes de la sentencia, y el poco contacto después de la separación entre la menor y la demandante, no se puede acreditar la posesión de estado. Asimismo, tienen en cuenta también que durante el procedimiento de divorcio la demandante no solicitó medidas personales y patrimoniales respecto de la menor.

⁴³ Voto particular de la STS de 15 de enero de 2014

Aunque en la sentencia acepta la posesión de estado para determinar la filiación, existe una afirmación que es muy relevante a los efectos de este trabajo *“El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación”*.⁴⁴

Recientemente, ha tenido lugar una polémica en los medios de comunicación en torno a una expareja homosexual de dos famosos españoles. Esa polémica, se vio directamente trasladada de los juzgados en la Sentencia del Tribunal Supremo 1958/2023, de 16 de mayo a las televisiones de todo el país.

Existen dos célebres progenitores, A y B, que habían constituido pareja estable así que decidieron en su momento acudir a la gestación subrogada para poder ser padres. Cada uno fue padre de dos menores; dos fueron inscritos como hijos de A y otros dos fueron inscritos como hijos de B, en base al material genético aportado.

Uno de los padres (A) ejercita una doble acción de paternidad para determinar que él es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos de quién había sido su pareja masculina y cuya paternidad está inscrita en el Registro Civil. También, solicita que se determine que la expareja es el padre no matrimonial de sus dos hijos biológicos. En las dos instancias anteriores a la llegada del caso al Supremo, se desestimó su demanda y también se desestiman posteriormente los recursos por infracción procesal y casación.

En el recurso de casación se invoca que resulta erróneo no considerar la filiación de los dos hijos de su pareja en base a la (según la parte actora) válida posesión de estado. Utiliza para defender este último argumento, el artículo 131 CC y la vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre y 836/2013, de 15 de enero de 2014. Se alega, por último, la vulneración del interés de los menores.

El juzgado de primera instancia había declarado que el art. 131 CC permite la legitimación únicamente para reclamar la filiación de la expareja, pero no para determinar la filiación. La Audiencia acude a la STS del Pleno núm. 27/2022 que considera que la vía adecuada para establecer la filiación es la adopción, no la posesión de estado. La razón que se alega es que ninguno de los padres biológicos fue parte en el contrato de gestación subrogada del otro, además, en sus propias palabras, *“lo que pretende el demandante*

⁴⁴ Fundamento de derecho número 5.5

apelante es reconocer una situación fáctica que no tiene encaje legal ni jurisprudencial y sin que en ningún momento durante la relación de pareja hayan pretendido regularlo legalmente.”

El Supremo desestima el recurso de casación, fundamentándose en distintos motivos que se expondrán a continuación.

El recurso de casación se fundamenta por la actora principalmente en el art. 477.2.3.º de la LEC, pues se considera vulnerado el art. 131 CC. Se aduce en la sentencia recurrida que la posesión de estado no es cauce legal para declarar la filiación, contraviniendo la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y la número 836/2013, de 15 de enero de 2014.

Según el TS, debe acreditarse el conflicto entre la norma y la jurisprudencia y que las dos sentencias que han sido citadas se refieran a situaciones de análoga naturaleza. Si no, el recurso no tendría fundamento y se basaría en la valoración subjetiva de la parte que recurre la sentencia.

El recurso se cimienta en la reinterpretación de la filiación porque se sugiere que hay que aceptar una filiación “intencional” que sea más acorde con la LTRHA. Cree la parte que no se contradice con otra filiación, ya que solo consta la filiación paterna, pues la madre no debe ser tomada en cuenta. Como no cabe la adopción en este caso, se recurre al interés del menor como forma de resolver el supuesto.

El Tribunal simplifica toda la cuestión en dos; la posesión de estado y el interés del menor. En nuestro ordenamiento jurídico no cabe la posesión de estado como causa para determinar la filiación extramatrimonial basándose en un criterio voluntarista. Incluso, la sentencia, no entra ni siquiera a valorar que exista posesión de estado.

Según el Alto Tribunal *“El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo). (SSTS núm. 45/2022, de 27 de enero y núm. 558/2022, de 11 de julio).”* El interés de los menores no está relacionado con la acción que se

pretende, sino con el conjunto de intereses mencionados. Ni siquiera la estabilidad o mejor situación económica son criterios legales de concesión de filiaciones de esta naturaleza. Es importante para el TS tener en cuenta a los hijos y sus circunstancias, por lo que no existe la necesidad de determinar la filiación pretendida.

No se cuestionan los nuevos modelos de familia, pero la razón legal no puede ser esquivada basándose en criterios voluntaristas o de intención.

En conclusión, la posesión de estado no es un medio que permita la determinación de la filiación, sino que sirve para acreditar de forma subsidiaria, la filiación ya determinada (art. 113 CC), y en el proceso judicial que demuestre la filiación, podrá ser aportada (art. 767.3. LEC). En los procesos de gestación subrogada, no puede determinarse la filiación por posesión de estado porque la filiación natural es otra distinta.

3.2. UN POSIBLE TRATAMIENTO JURÍDICO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN NUESTRO PAÍS

Si observamos desde una perspectiva general la gestación subrogada, es necesario regular aquello que está sucediendo últimamente con mucha asiduidad. Las normas de la gestación por sustitución en España claro que resultan fallidas en la práctica, pues se sigue produciendo esta praxis a pesar de ser claras y contundentes. Es evidente que estamos ante una nueva realidad social que debe ser regulada en profundidad, con independencia de la moral que cada uno tenga frente este asunto.

La cuestión que se plantea tiene tanto defensores como detractores en todo el espectro político (tanto hombre como mujeres e independientemente de su orientación sexual, incluso, independientemente de su ideología política).

Únicamente aquella ciudadanía que tiene los recursos económicos suficientes puede acudir a realizar esa práctica en el extranjero. La regulación actual, no impide que se lleve a cabo la gestación subrogada, sino que solo personas con cierto nivel adquisitivo (o que se

puedan endeudar) podrán acudir a esta práctica (de la que no se regula ninguna garantía ni protección de las partes). ⁴⁵

En primer lugar, es necesario analizar si se debe regular una gestación subrogada o altruista en nuestro país. La gestación por sustitución de manera altruista acabaría con muchas objeciones, aunque otra parte de la ciudadanía niega que sea posible la existencia de esta modalidad, dado que para la mujer gestante supone un sacrificio físico y psíquico muy grande. Además, nunca sería del todo altruista ya que los padres intencionales son los encargados de asumir los gastos del cuidado de la madre gestante y del feto, e incluso, indemnizar los perjuicios ocasionados a la gestante (por ejemplo, laborales). Para hacer frente a esto, el legislador podría establecer una cuantificación que impida el lucro de la madre gestante y que garantice en su caso una indemnización razonable para ella.

A su vez, esta regulación implicaría una limitación a la libertad de las partes para lograr un acuerdo y por otra parte, supondría una regulación que encubre la retribución por el uso del cuerpo de una mujer, por lo tanto, habría que encontrar un equilibrio que hiciera que la norma fuera eficiente.

En segundo lugar, habría que decidir si la gestación subrogada debería condicionarse a que concurren determinadas circunstancias. No resulta razonable, ni moralmente correcto para la mayoría, que se vincule la gestación subrogada a razones estéticas o a no asumir las consecuencias del embarazo cuando este sea posible. Así que debería reservarse estas técnicas a supuestos donde no pueden concebir por si mismos los padres de intención al bebé.

En tercer lugar, debe existir una regulación garantista de la libertad de actuación de las partes para evitar el abuso de posiciones de una parte sobre la otra. La Ley tendría que establecer una serie de cautelas materiales y procedimentales. Entre las cautelas materiales se podría pedir como sucede en la adopción, una edad mínima, además de por supuesto, una decisión clara e incondicional. También podría pedirse que la gestante haya sido previamente madre para asegurarnos de que conoce el proceso del embarazo, conociendo sus riesgos y que el consentimiento sea claro. Hay que recalcar lo del consentimiento, pues

⁴⁵ «Una reflexión sobre la oportunidad de regular la gestación subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente». Derecho y salud 2017, Extra 1, pp. 26 ss., esp. 46-47, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6334682.pdf>

debe ser libre y no estar viciado porque de modo contrario el contrato sería nulo de pleno derecho.

En cuarto lugar, y donde más énfasis hay que dar, es en garantizar los derechos de la madre gestante; a interrumpir el embarazo o a quedarse con el menor, excluyendo las responsabilidades futuras de los padres de intención⁴⁶ y devolviendo lo entregado por la contraparte en caso de que la regulación acepte que sea comercial. Sería necesario que la Ley contemplara la pérdida fortuita del bebé, donde los padres de intención asumirían todos los riesgos, no recuperarían lo gastado y, además, tendrían que hacerse cargo de los gastos médicos y sanitarios correspondientes.

Habría que asegurar también los derechos de los comitentes, debería poder recurrir a la gestación toda persona física independientemente de su orientación sexual, si es hombre o mujer y de su estado civil. Deberían seguirse los mismos requisitos que para la adopción, y los padres de intención no podrían echarse atrás en ningún momento.

En quinto lugar, es muy importante asegurar el interés superior del menor. Esto implica que del mismo modo que en la adopción, se puedan pautar limitaciones suplementarias a los padres de intención (un examen de condiciones psico-pedagógicas y socioeconómicas que aseguren el futuro desarrollo del menor, una edad máxima para acudir a esta técnica de reproducción humana asistida...). Destacar, que los padres no pueden negarse a aceptar el menor cuando este padezca alguna enfermedad o síndrome, aunque hayan sido detectados durante del embarazo o posteriormente en el parto.

Todo el proceso debería ser autorizado y seguido por las instancias públicas. Esto evitaría la existencia de agencias intermediarias que se dediquen a estas cuestiones (pues actúan bajo criterios empresariales) y así, se garantizaría todos los derechos tanto de la mujer como del menor y el interés superior del mismo.

Aunque se regule la gestación por sustitución de forma garantista, habría que incluir que primero se tuviese que acudir a la adopción y del mismo modo, fomentar la misma, ya que existen muchísimos menores tutelados por las administraciones públicas con el deseo de tener padres. Bien es cierto, que como ha sucedido con otras leyes como la

⁴⁶ Cita de Salazar Benítez, Octavio (Matia Portilla, F. (mayo-agosto de 2019). ¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país? Revista de Derecho Político, 81-125.)

ley del aborto o la ley de la eutanasia, lejos de hacer un efecto llamada, serviría para tutelar de forma efectiva el interés del menor que no pudiendo evitar que esta práctica se lleve a puerto, regula la situación cuando ya ha sucedido.

4. CONCLUSIONES

Queda claro a lo largo del trabajo que la gestación subrogada es un tema de gran complejidad y controversia que requiere de una regulación clara y precisa. La ausencia de una legislación específica (independientemente de la regulación que se establece en la LTRHA que como se ha demostrado es insuficiente) puede suponer situaciones de incertidumbre jurídica y vulnerabilidad para las partes involucradas, en especial, para la madre gestante y el menor nacido de esta práctica.

En España, estos contratos son nulos de pleno derecho según la Ley reguladora de técnicas de reproducción humana asistida. En las técnicas de reproducción humana asistida se deja de en segundo plano la verdad biológica al ser padres quienes se someten a estas técnicas. En el caso de la gestación subrogada, la filiación materna se determina por el parto independientemente del material genético aportado. Así fue ratificado por la DGRN en varias resoluciones como la de 5 de junio de 2006 y 11 de enero de 2007. Además, la mujer que da a luz no puede no aceptar la maternidad, solo dar en adopción al nacido. En cuanto a la filiación paterna, cuando un hombre haya aportado material genético, podrá reclamar la paternidad, independientemente de que sea parte en el contrato de gestación subrogada.

En caso de tratarse de una pareja homosexual de varones, solo si uno de ellos aportó material genético podrá reclamar la paternidad a su favor. Para las parejas formadas por mujeres solo se puede determinar la maternidad por el procedimiento de adopción y por vía del art. 7.3 LTRHA bajo consentimiento anterior al parto de la mujer de la madre que alumbró.

La falta de regulación provoca además en muchos casos que personas con el deseo de ser padres, acudan a otros países y vuelvan a España menores sin un estado civil regulado correctamente. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 provocó un fuerte debate sobre la inscripción de menores nacidos por gestación por sustitución en el extranjero. Para la inscripción es necesaria la presentación de una resolución judicial dictada por el tribunal competente del país de origen que establezca la filiación del menor.

No sirve la simple presentación de una certificación registral extranjera. Se puede inscribir en virtud al art. 10.3 LTRHA cuando los padres de intención no presentan ningún tipo de resolución que determine la filiación. Esta Instrucción es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal afronta bajo dos perspectivas esta nueva realidad. La vulneración tanto de derechos fundamentales y derechos humanos, y la protección del interés superior del menor nacido por gestación subrogada. La Sentencia del TS de marzo de 2022 se centra en el carácter abusivo del contrato, así como en la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la mujer que decide gestar. Los acuerdos de gestación subrogada son contrarios al orden público español según ha ido estableciendo en sus sentencias el Tribunal Supremo.

Al abordar la gestación por sustitución, los tribunales españoles y en especial, el Tribunal Supremo, llegan a la misma conclusión, proteger el interés superior del menor como un principio rector. Hay que garantizar su bienestar, asegurando que no se vea afectado negativamente durante el proceso de determinación de la filiación y que se le reconozcan todos sus derechos fundamentales.

Si bien es cierto, que, según el mismo Tribunal, el interés superior del menor no sirve como argumento para atribuir cualquier filiación. El Alto Tribunal considera que se debe seguir la vía de la adopción para determinar la filiación pues es la más idónea. Incluso, entienden que ciertos requisitos no son esenciales en el caso de recurrir a la adopción, como sucede con la edad, pues se equipara a la madre con una guardadora de hecho. Se flexibilizan los requisitos para buscar el mayor interés del menor. Aunque, para que se produzca una adopción conjunta por ambos cónyuges (art. 175.4 CC) es preciso que ambos adoptantes presten de manera unida su consentimiento al proceso (art. 177.1CC).

Queda rechazado erigir la filiación en base a la posesión de estado. Como se ha visto en el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 1958/2023, de 16 de mayo. En caso de que un tribunal declare la maternidad, la filiación habrá sido declarada mediante sentencia judicial pero no por la posesión de estado que será una simple prueba. El tribunal habrá entendido que la apariencia revela una relación biológica.

Es patente en este trabajo que hay que crear una norma garantista de los derechos de todas las partes involucradas en la gestación subrogada, en especial la de las partes más

vulnerables en el contrato. La regulación debe atender a aspectos como el consentimiento informado, la autonomía de las partes y la dignidad. En especial, la compensación económica a la mujer gestante es un tema sensible, donde sería necesario establecer por Ley una serie de baremos que regulen las cantidades.

En definitiva, la gestación subrogada es un tema complejo y controvertido con multitud de opiniones tanto a favor como en contra. Es esencial fomentar un diálogo entre todas las partes interesadas junto con las instituciones públicas para llegar a una regulación que refleje los valores y las necesidades de la sociedad española que está en constante evolución.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez González, S. (2013). Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución. *Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado.*,
- Farnós Amorós, E. (julio-septiembre de 2022). La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. *Anuario de Derecho Civil, fasc. III*(tomo LXXV),
- Fernández Muñiz, P. (2017). Gestación subrogada ¿cuestión de derechos? *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*,
- González Gerpe, D. (2018). Gestación Subrogada: aspectos psico-sociales. *Dilemata*,
- Jääskeläinen, F. d. (2017). Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente. *Extraordinario XXVI Congreso 2017*, 27,
- Jaramillo Esquivias, J. (julio de 2023). Reclamación de paternidad no matrimonial por posesión de estado de los hijos de la expareja del demandante (Comentraio a la STS de 16 de mayo de 2023). *Revista CEFLegal*(270),
- 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), doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.05>

- Lledó Benito, I. (2019). GESTACIÓN SUBROGADA: principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*,
- Lledó Yagüe, F., & Monje Balmaseda, O. (2019). LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: Su evolución desde la primera ley 35/1998, de 22 de noviembre hasta el momento presente diciembre 2019. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*,
- Martínez Ortega, R. (abril-mayo de 2022). Mercantilización del cuerpo de las mujeres como dominación patriarcal: a propósito de la gestación subrogada. *Nure investigación*.
- Matia Portilla, F. (mayo-agosto de 2019). ¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país? *Revista de Derecho Político*,
- Ortega Lozano, R. (2018). Gestación Subrogada: aspectos éticos. *Dilemata*(28), 67.
- Sarasol Barres, C. (enero-diciembre de 2021). La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español. *Jurídicas CUC*, 17(1), doi:<http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.12>