

¿VULNERACIÓN DE DERECHOS, LEGALIDAD O INTERÉS
SUPERIOR DEL MENOR? COMENTARIO A LA STS DE
ESPAÑA NÚM. 27/2022, DE 31 DE MARZO

*VIOLATION OF THE RIGHTS, LEGALITY OR BEST INTERESTS
OF THE CHILD? COMMENT TO SPANISH STS NO. 27/2022, OF
MARCH 31*

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 946-961



Carla PLA DÍAZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de mayo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: El presente comentario tiene por objeto analizar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo número 27/2022, de 31 de marzo y abordar la repercusión que a día de hoy sigue teniendo en nuestro ordenamiento jurídico la celebración de los contratos de gestación subrogada y sus consecuencias, pese a estar ellos prohibidos por nuestra legislación. Sin embargo, al ser dicha regulación escasa, son los tribunales quienes, por tanto, tienen que adoptar soluciones al respecto; generándose con ello resoluciones dispares. En este caso, se pretende el reconocimiento de la filiación del menor por la vía de la posesión de estado (ex art. 131 del CC), puesto que no existe vinculación biológica alguna al respecto.

PALABRAS CLAVE: Contrato de gestación subrogada; filiación; interés superior del menor; menores; posesión de estado; adopción.

ABSTRACT: *The purpose of this commentary is to analyse the recent Supreme Court Judgment number 27/2022, of March 31, and to address the impact that the conclusion of surrogacy contracts and their consequences continues to have on our legal system today, despite them being prohibited by our legislation. However, since such regulation is scarce, courts have to adopt solutions in this regard; thus generating disparate resolutions. In this case, it is intended to recognize the filiation of the minor by way of possession of status (ex art. 131 CC), since there is no biological link in this regard.*

KEY WORDS: Contract of surrogacy; filiation; best interests of the child; minors; possession of status; adoption.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ART. 10 DE LA LTRHA.- III. EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.- IV. POSIBLES SOLUCIONES.

SUPUESTO DE HECHO

El objeto de la controversia estriba en determinar el reconocimiento de la filiación de un menor -Mateo-, nacido en Tabasco (Méjico), como fruto de la gestación subrogada, por vía de la posesión de estado del art. 131 del CC. Interesa el reconocimiento a la hija del demandante, Doña Adela.

En fecha de 30 de enero de 2018 se presentó demanda que fue repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, en la que se alegaba que Doña Adela ejercía de modo real y efectivo como madre de Mateo desde su nacimiento, cuidándolo y atendiéndolo en todas las facetas de su vida, de acuerdo con sus necesidades presentes y que, además, se encontraba en situación de atender las futuras, dadas las circunstancias personales y económicas que esta presentaba. Asimismo, esgrimía que tenía la consideración de madre legal a ojos de la legislación mexicana, país de la nacionalidad de Mateo, al no habersele concedido la española.

La demanda fue desestimada por el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, que dictó la sentencia 21/2019, de 19 de febrero. En el fallo se señalaba que Doña Adela podría 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 Mateo y, una vez hubiese sido declarada la filiación por adopción, ésta podría inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que fueron impuestos al menor al nacer. Entre los motivos por los que el Juzgado de Primera Instancia de Madrid desestimó la demanda se encontraba que no se puede utilizar “el principio de la consideración primordial del interés superior del menor para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas, y que el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en lo sucesivo, LTRHA) impide el reconocimiento de la filiación que se pretendía por el demandante, ya que determina que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será la determinada por el parto (en este caso la mujer gestante), y será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación.”

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandante, recurso al que el Ministerio Fiscal se opuso. La parte recurrente señalaba que cabe realizar una “interpretación amplia de los apartados 2 y 3 del artículo 10 LTRHA. Invocaba la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin necesidad

• **Carla Pla Díaz**

Graduada en Derecho, Universitat de València.

de que exista una relación biológica, así como que, dado que en el presente caso no puede acudir a la adopción como remedio alternativo, ha de estimarse la demanda en virtud del interés superior del menor, pues lo contrario causa un grave perjuicio al niño, que carece de DNI y de NIE, y se le priva de los efectos derivados de la filiación.”

Doña Adela se adhirió al recurso de apelación, alegando que había reconocido de forma expresa su maternidad antes las autoridades de Méjico y que, además, siendo el menor ciudadano mejicano, deberían de aplicársele los artículos 9.1 y 9.4 del CC; quedando su filiación determinada por la que la ley personal menor determine: la maternidad de la demandada.

Por el contrario, el Ministerio Fiscal alegaba que lo que Doña Adela había efectuado era una “huida” del ordenamiento jurídico español, puesto que tan solo se desplazó a Méjico para concertar el contrato de gestación subrogada y la consiguiente gestación, parto y entrega del menor por estar todo ello prohibido en España; y para posteriormente, pretender el reconocimiento de la filiación conforme a la legislación mejicana. Por consiguiente, alega el Ministerio Fiscal, que no se puede acudir al principio del interés superior del menor para estimar la demanda, ya que este principio debe utilizarse para interpretar y aplicar la ley y colmar las lagunas, pero no por tanto para contrariarla, lo que, en todo caso, también supondría un perjuicio para el menor.

Así, la resolución del recurso correspondió a la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1274/2019, dictando sentencia en fecha de 1 de diciembre de 2020. En la resolución se estimaba el recurso de apelación, reconociendo la filiación del menor mateo a favor de Doña Adela. Asimismo, se ordenaba la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que al menor le impusieron al nacer y que constan en la documentación registral extranjera, condicionando a Doña Adela a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre.

El tribunal de apelación señaló que, “no siendo viables en este supuesto las soluciones consistentes en acudir a la figura jurídica de la adopción (por la diferencia de edad existente entre la demandada y el menor, art. 175.1 del CC), ni existiendo padre biológico identificado (al ser el material genético proveniente de donante desconocido) que permita instar la correspondiente acción de filiación respecto del mismo, no siendo tampoco posible acudir a la vía del acogimiento familiar ni a la del art. 176.2 del CC y porque sería abocar al menor a lo que el TEDH considera «una incertidumbre inquietante», ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada.”. Asimismo, la Audiencia determinó que había quedado acreditado que Doña Adela ostentaba

un comportamiento congruente con los deberes de madre, manifestado mediante actos continuados y reiterados, criterios exigidos por la jurisprudencia para llegar a valorar la posesión de estado en una relación de filiación, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Frente a esa resolución se interpone por el Ministerio Fiscal recurso de casación. El motivo que esgrimía el Ministerio Fiscal estribaba en la infracción del CC, norma sustantiva; concretamente el art. 131, en relación con el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Así, el Ministerio Fiscal señalaba que: “la sentencia recurrida determina una filiación materna respecto de una persona que no es madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio y en contravención directa del art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

El recurso se interpone al amparo del art. 477.2.3º y 3 LEC por presentar interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la determinación de la filiación de los menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales establecida en la STS (Pleno) nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014”.

Con ello, el Ministerio Fiscal rechaza la aplicación del principio del interés superior del menor en los términos en los que lo hace la Audiencia Provincial. Invoca como bienes jurídicos el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor en los términos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

El recurso fue impugnado por Doña Adela. Alegaba que el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tan solo es aplicable a la gestación por sustitución que se efectúa en España, pero no, por tanto, en el extranjero. La parte demandante solicitó la desestimación del recurso.

La Sala, finalmente, estimó el recurso de casación expresando dicho fallo en base a los criterios que a continuación se exponen:

1. La gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos.

2. La madre gestante y el menor fruto de la gestación subrogada son tratados como meros objetos y no por tanto como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad.

3. La configuración del contrato impone a la gestante unas limitaciones a su autonomía personal y a su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano.

Sin embargo, frente a los puntos expuestos ut supra, la resolución señala que no solo entran en juego la vulneración de los derechos fundamentales de la gestante y del niño, sino que existe una realidad mucho más compleja. Esto es, las previsiones que las leyes y los convenios internacionales efectúan respecto de la gestación subrogada contrastan de forma radical con lo que en la práctica sucede.

Con ello, existe una gran incoherencia -así lo señala el Informe del Comité de Bioética-, entre la regulación legal y la práctica, puesto que no existen obstáculos algunos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño. Por ende, de todo ello se generan consecuencias como que el menor entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado.

Ante todos estos planteamientos, la Sala determina que:

“En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA.

Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos 'la adopción por parte de la madre comitente [...] en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”.

Continúa diciendo que “en el presente caso, 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 art. 176.2.3.º del CC.

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 CC), 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”.

Finalmente determina que “esta solución satisface el interés superior del menor, valorado in concreto, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (sentencias de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, 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, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías 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”.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo se reafirma en su posición de que la gestación subrogada que se realiza de forma comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Está claro, y así lo señala el Alto Tribunal, que el perfeccionamiento de un contrato de gestación por sustitución conlleva una vulneración de las citadas normas. Es más, la contrariedad deriva no solo de lo que el art. 10 LTRHA preceptúa -la nulidad de pleno derecho de estos contratos y que la filiación materna será determinada por el parto-, sino también de la prohibición que el art. 35 de la Convención sobre Derechos del Niño señala: la gestación subrogada forma parte de la definición de “venta de niños”.

Como bien indicó el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, los contratos de gestación subrogada vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer como de niño gestado y, por ende, son contrarios a nuestro orden público. Aquí entran en juego los derechos fundamentales tanto de la gestante como del niño gestado, pues estos son tratados como meros objetos y no como personas dotadas de dignidad propia, condición que ostenta cualquier ser humano junto con los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. Así, para el Tribunal Supremo, por medio de los mencionados contratos, la madre gestante está renunciado a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica. Lo que es más, se están regulando por medio de un contrato cuestiones como son la

interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (que como regla general será por cesárea salvo que el médico determine que es más seguro el parto vaginal), qué es lo que puede comer o no la gestante, los hábitos de vida de ésta, se le niega la posibilidad de mantener relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y residencia. Lo que es peor, se atribuye a la comitente la decisión de determinar si la gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufra alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal. Ergo, las personas que decidan formar parte de dicho contrato, no es difícil pensar, que se encuentren en una situación económica de tal calibre que no tengan otra opción que someterse a las condiciones tan execrables que se estipulan por medio del contrato de gestación. Se trata de un trato completamente inhumano y degradante que vulnera los más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral: ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad que se le atribuye a cada ser humano por el mero hecho de serlo. Por otro lado, se cosifica al menor, pues éste es concebido como el objeto del contrato. Por ende, se trata de una serie de limitaciones a la autonomía personal de la gestante, que hacen que dicho contrato sea incompatible con la dignidad de cualquier ser humano.

Sin embargo, la cuestión que se resuelve por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2022, de 31 de marzo, es distinta. Lo que se pretende en esta cuestión no es el reconocimiento de un acto de autoridad extranjero, sino, como dice el Alto Tribunal en su resolución: “la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española, concretamente el art. 131 del CC”. No obstante, al haber nacido el menor en un Estado en el que se reconoce la posibilidad de determinar la filiación de la madre comitente en caso de gestación por sustitución, conforme al art. 9.4 del CC, la normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el hijo tenga la residencia habitual, no siendo aplicable, en este sentido la ley del Estado donde el menor haya nacido.

Con todo ello, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción, así lo señala el Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019, al aceptar como uno de los mecanismos para satisfacer el principio del interés superior del menor en estos casos “la adopción por parte de la madre comitente en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”. Esto es, el estudio de las circunstancias socio-familiares no deben ser consideradas como un óbice para la satisfacción de dicho principio, sino como actuaciones encaminadas a dicha satisfacción.

En suma, en base a lo expuesto ut supra y tras analizar el caso en concreto, el Tribunal Supremo señala que en atención a las pruebas aportadas y valoradas se cumplen los requisitos que la adopción lleva aparejada junto con la acreditación de la idoneidad, entre otras, material y afectiva para proceder a conceder la adopción. En consecuencia, se satisface el interés superior del menor y se intentan salvaguardar los derechos fundamentales de la madre gestante y de los niños, los cuales resultarían gravemente vulnerados “si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, 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, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías 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”.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

La RAE señala que el término “maternidad”, proviene de materno y que significa “estado de cualidad de madre”, y que, “subrogar” supone sustituir o poner a alguien o algo en lugar de una persona o cosa. Con ello, la maternidad subrogada se trata de aquella situación en la que una mujer gesta en su vientre a un niño para otra mujer con la intención de entregárselo posteriormente a que éste nazca. Esto es, se trata, en términos jurídicos, de un contrato por medio del cual la mujer cede su capacidad gestante y se compromete a entregar al menor nacido al término de su embarazo.

La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011, también determina que la gestación por sustitución “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.

En España, tan solo encontramos regulación respecto de la gestación subrogada en el art. 10 LTRHA. Así, también se puede extraer de este artículo un concepto de contrato de gestación subrogada, por lo que este contrato consiste en “un acuerdo de voluntades por el cual una mujer se compromete a gestar un bebé para otra persona o pareja, renunciando la gestante a sus derechos como madre respecto del ser humano así nacido”. Asimismo, este precepto declara la nulidad

del contrato por medio del cual se conviene la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de la otra parte, el contratante, o bien de un tercero.

Por otro lado, tanto en el caso del aborto, como las técnicas de reproducción humana asistida, los problemas relacionados con ello se han ido incrementando de forma sustancial debido a la prohibición que determinados países han ido estableciendo al respecto. Con ello, la gestación subrogada se encuentra permitida en diferentes países en dos tipos de modalidades: (i) la modalidad altruista, donde se encuentran Canadá, Reino Unido, Portugal, Grecia y Tailandia; y (ii) la modalidad comercial, donde se encuentran Rusia, Ucrania, Estados Unidos e India. Por el contrario, no está permitida la gestación por sustitución en países como Alemania, España, Francia e Italia. Por ende, debido a dichas prohibiciones, se han generado una serie de consecuencias, entre las que se encuentran el aumento del denominado turismo reproductivo. Esto es, como señalan GARCÍA AMEZ, J. y MARTÍN AYALA, M.: "Turismo reproductivo y maternidad subrogada", *Extraordinario XXVI Congreso*, núm. 27, 2017, p. 202, el turismo reproductivo supone "viajar a otro país para obtener servicios sanitarios que son ilegales en el país de origen, pero legales o permitidos con ciertas restricciones, en el país de destino. Los tres casos principales en los que suele concurrir este fenómeno son el aborto, el suicidio asistido y las tecnologías o servicios reproductivos, donde se incluye la maternidad subrogada".

En suma, se está generando un gran negocio basado en este tipo de turismo lo que está conllevando, de forma inexorable, a la comercialización y consiguiente explotación de las mujeres gestantes. Como no es de extrañar, este tipo de negocios tiene una mayor proliferación en aquellos países en los que la pobreza es un elemento esencial, esto es, aquellos países que presentan un alto índice de pobreza, y, además, donde la mujer es considerada como inferior, generándose así desigualdad con respecto a los hombres. Ergo, en la mayoría de las ocasiones, las mujeres que acuden a este tipo de práctica la efectúan para obtener ingresos para cubrir así tanto las necesidades familiares como propias. Con ello, esta materia ha suscitado una serie de debates no solo jurídicos, sino también éticos, ya que supone un cambio en el modo de ver la maternidad y la filiación.

II. EL ART. 10 LTRHA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

En términos del art. 10 LTRHA, el contrato de gestación subrogada es nulo de pleno derecho. Ello se extrae del primer apartado del citado artículo, el cual preceptúa lo siguiente: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero".

Por consiguiente, el apartado segundo del mismo artículo continúa diciendo que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Con ello se permite que el varón, para el caso en el que el material genético perteneciese solo a éste, solicite el reconocimiento de su filiación con respecto al menor, siempre que opere dentro del plazo de inscripción del nacimiento. Por ende, en términos generales, la madre gestante sería quien ostentaría la relación de filiación materna con respecto al menor nacido.

El último apartado del citado artículo configura las acciones de reclamación de paternidad al establecer que: “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. En este apartado, se viene a establecer que cualquier estipulación contraria a la realidad de la paternidad biológica podrá ser impugnada por medio de la acción de reclamación.

Con respecto al interés superior del menor, se trata de una materia controvertida que ha generado gran disparidad de soluciones jurisprudenciales, al adoptarse estas de forma casuística, esto es, en atención al caso concreto. Concretamente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 señala, en su fundamento de derecho quinto que el interés superior del menor es “una cláusula susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial”. Asimismo, señala que “en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados se han denominado ‘conceptos esencialmente controvertidos’, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de este criterio”. En dicha sentencia se estableció, además, que la resolución por medio de la que se permitía la gestación subrogada en California era contraria al orden público español, y, por ende, completamente incompatible con las normas que regulan la dignidad de la mujer gestante y del niño. Con ello, señala el Alto Tribunal, se está mercantilizando la gestión y el niño y cosificándolos, posibilitando la explotación del estado de necesidad, derivadas del contrato de gestación por sustitución. Continúa diciendo que la protección del interés superior del menor se trata de un concepto indeterminado que no posibilita que el juez pueda llevar a cabo cualquier decisión. Por ende, la protección que el principio citado *ut supra*, prevé no puede fundarse en un contrato de gestación subrogada y en la consiguiente filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación del país donde se ejecutó el contrato, en este caso, California.

De modo que, para proceder a efectuar el reconocimiento de la filiación del menor nacido por medio de la gestación subrogada, se tendrá que llevar a cabo

una valoración en atención a, por un lado, el interés del niño; y, por otro lado, en atención a la ruptura del vínculo con la mujer gestante y la ruptura del núcleo familiar que se haya podido formar entre el menor y los padres biológicos.

III. EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Como se ha señalado anteriormente, el contrato por medio del cual se estipula la gestación subrogada es nulo de pleno derecho. En dicho contrato encontramos dos partes: la parte comitente y la mujer gestante. Por un lado, la parte comitente es el sujeto o sujetos que realizan el encargo de una prestación a la otra parte, la mujer gestante. Dicha prestación consiste en la gestación de un bebé para los comitentes. La parte comitente también recibe el nombre de “padre/s de intención” o de “elección”. Por otro lado, se encuentra la mujer gestante, la cual debe ser de sexo femenino. Mediante dicho contrato, contrae la obligación de gestar y dar a luz a un bebé para otra persona o pareja, siempre renunciando a la maternidad del niño fruto de tal procedimiento.

Como es sabido, el art. 1261 del CC determina cuáles son los elementos esenciales del contrato: consentimiento, objeto y causa. Así, si no concurre alguno de ellos, no se podrá hablar de la existencia de contrato.

Con respecto al contrato de gestación subrogada, existe causa y objeto, pero estos son totalmente contrarios a lo que el CC determina. En cuanto a la causa, GARCÍA ALGÜACIL, M.J.: “¿Injerencia justificada del Estado sobre la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?” en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 5, 2016, pp. 27-75, señala que la causa del contrato es la finalidad social, el propósito de alcanzar un determinado resultado con la realización de un negocio concreto. Así, la finalidad que se pretende con el negocio que se realice ha de ser acorde a la ley, a la moral y al orden público. Por consiguiente, hasta que no se determine lo contrario, y, por ende, se modifique la regulación existente en materia de gestación subrogada, el contrato es nulo por ir en contra de la ley, la moral y el orden público.

En cuanto al objeto del contrato, si configuramos tanto al niño fruto de la gestación como a la mujer gestante como objeto del contrato, nos encontramos ante un objeto ilícito, pues se tratan de “res extra commercium”, esto es, de cosas que se encuentran fuera del comercio de los hombres (ex. art. 1271 CC). Por ello, configurar al menor como objeto del contrato determina la inviabilidad de considerar el objeto como requisito válido para que el contrato despliegue los efectos que le son propios.

En definitiva, el contrato de gestación subrogada sería absolutamente nulo por ilicitud de la causa (art. 1275 CC) y también, por ser el objeto una materia que

se encuentra fuera del comercio de los hombres (art. 1271 CC), puesto que no se puede comerciar con personas ni se puede conceptuar al niño como objeto de un contrato. Asimismo, dicho contrato incumple los límites de la autonomía privada del art. 1255 CC, por ser contrario a la ley, la moral y el orden público. Y, lo que es más, como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 11-31, el contrato de gestación subrogada es opuesto al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, puesto que recae sobre las facultades de gestación y reproductivas de la mujer; estableciendo, por tanto, como objeto del contrato la función que presenta la mujer: la maternidad; y dicha función, como se ha señalado, no puede ser objeto de tráfico jurídico alguno. Continúa diciendo el autor que dicho contrato "se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo".

IV. POSIBLES SOLUCIONES.

¿Qué sucede cuando un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal regresa a España con un menor nacido mediante gestación subrogada, teniendo éste reconocida la filiación paterna a favor de uno de los miembros de la pareja y la filiación materna a favor de la gestante? Se pretende inscribir al menor en el Registro Civil español, de tal forma que este figure como hijo de los dos miembros de la pareja; más bien, se trata de que la realidad jurídica coincida con la realidad familiar de facto.

El supuesto que se presenta es el siguiente: tras llevar a cabo la gestación subrogada, una pareja, finalmente, consigue la inscripción registral de nacimiento en el Registro Consular español del país donde se ha llevado a cabo dicha práctica, de la cual existe constancia en el Registro Central. En dicha inscripción se identifica como padre del nacido al progenitor varón y como madre, a la gestante. Esto se debe a que, conforme a la legislación española y al estado actual de la jurisprudencia, la filiación materna queda determinada por el parto. A pesar de ello, la relación familiar de facto que se produce posteriormente conlleva la necesidad de configurar la protección del menor mediante figuras como el acogimiento o la adopción.

Así, para constituir una relación jurídica de filiación por adopción respecto del cónyuge o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del progenitor cuya filiación ha quedado inscrita, será necesario acudir a un procedimiento de adopción del menor nacido siguiendo los requisitos que el art. 177 CC exige. Asimismo, el art. 9.4. II CC determina la ley aplicable para la constitución de la adopción: "la ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por

adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños". Con ello, el Convenio de La Haya remite a la *lex fori*, es decir, a la ley del tribunal competente para adoptar la medida. Por tanto, la legislación aplicable para resolver sobre los requisitos para la constitución de la adopción es la ley española correspondiente: bien el CC en el supuesto del derecho civil común, o bien la ley autonómica aplicable, en el caso del derecho foral, todo ello siempre que sea España el lugar de residencia del menor en cuestión. Para el procedimiento habrá que estar a lo dispuesto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Hasta ahora, los casos en los que el Tribunal Supremo se había pronunciado planteaban supuestos totalmente distintos. Sin embargo, este caso versaba sobre la gestación por sustitución de un menor, Mateo, cuyo encargo había sido efectuado por Doña Adela. Así, ésta, volvió a España con el menor y convivió junto con este durante dos años. En la demanda interpuesta por el abuelo de intención se pretendía el reconocimiento de la filiación del menor a favor de Doña Adela por la vía de la posesión de estado, en virtud del art. 131 CC. Finalmente, se determinó el reconocimiento, por el Alto Tribunal de dicha filiación.

Asimismo, la resolución aquí en cuestión sigue la misma línea que el Dictamen Consultivo del TEDH (Grande Chambre) de 10 de abril de 2019 (demanda nº PI6-2018-001) sigue. Dicho Dictamen señala que la maternidad puede quedar determinada por medio de otras vías como la adopción, como el presente caso, sin necesidad de realizarse por medio de la inscripción en el Registro Civil nacional a partir del certificado de nacimiento extranjero. Esto es, una vez haya quedado determinada la filiación paterna del padre de intención -cuando éste sea padre biológico del menor-, el Derecho interno debe ofrecer la posibilidad de que la madre de intención pueda establecer un vínculo de filiación respecto del mismo -a partir de un certificado de nacimiento extranjero expedido de forma legal-, en aras de respetar el derecho a la vida privada. No obstante, para efectuarlo de esta forma, se debe de garantizar la efectividad y diligencia de las mismas, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Por otro lado, la DGRN, en su instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, establece como requisito previo para la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada, la presentación de la resolución judicial que haya sido dictada por el Tribunal extranjero competente. Con ello, se pretende asegurar el interés superior del menor y el de la mujer gestante. Dicho requerimiento trata de corroborar que se haya cumplido con las exigencias que la legislación del país en el

que se ha llevado a cabo la práctica requiere, siempre en atención a, como se ha señalado *ut supra*, la inquebrantable protección del interés del menor y de la mujer gestante. Esto es, se trata de asegurar que el consentimiento que la gestante ha emitido sea legalmente eficaz, así como que ésta presente plena capacidad jurídica y de obrar, a efectos de que el consentimiento no quede finalmente viciado. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 establece, por tanto, los criterios que deben ser aplicados en los Registros Civiles: exige una resolución judicial y, además, que se aplique el régimen de reconocimiento de decisiones, más concretamente, el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur.

Posteriormente, la DGRN, emitió otra Resolución con fecha de 19 de febrero de 2019. En ella, también se exige que se aporte junto con la solicitud, una sentencia dotada de exequátur o un expediente de jurisdicción voluntaria por el encargado del Registro Civil. En el caso de que este requisito no se cumpla, el encargado deberá de comunicarlo al Ministerio Fiscal, *ex art.* 124 RRC.

Por consiguiente, el art. 10 LTRHA determina la nulidad del contrato por medio del cual se estipula la gestación por sustitución, empero, dichos contratos siguen desplegando eficacia en territorio español, pese a que se hayan ejecutado en otros países. De todo ello se extrae que, pese a que el citado artículo establezca la prohibición de la maternidad subrogada, existen diferentes vías que permiten que los menores fruto de dicha práctica puedan finalmente ser inscritos como hijos de sus padres de intención. Esto es, pese a ser el contrato nulo de pleno derecho, se permite que los menores nacidos por esta técnica puedan quedar reconocidos como hijos de sus padres comitentes en base a la adopción o bien, la posesión de estado. Con todo, podría considerarse que se está ejerciendo un abuso de la última vía, puesto que carece de sentido que se atribuya la filiación cuando quien la pretende no es realmente, el padre o madre. Sin embargo, para el caso en el que el padre comitente comparta material genético con el menor, se podría acudir al ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad.

Con respecto al contrato de gestación subrogada en sí mismo, se puede determinar con seguridad, y así lo señala el Tribunal Supremo, que las cláusulas contractuales que en él se estipulan vulneran de forma clara derechos fundamentales como la intimidad, la integridad física y psíquica, la libertad de movimientos, de residencia, entre otros. ¿Cómo puede llegar a tener validez en nuestro ordenamiento jurídico un contrato con estas características? No debería considerarse como algo irracional o disparatado que se pueda proceder a reconocer una filiación derivada de este tipo de contratos, todo ello siempre que se garantice el respeto a los derechos de la mujer gestante y del menor.

Empero, como se ha podido comprobar, son los tribunales quienes han tenido que proporcionar soluciones frente a los problemas derivados del art. 10 LTRHA.

Han tenido que hacer frente a los problemas suscitados al respecto para ofrecer una protección al menor. Así, se ha podido observar que las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia esclarecen que la regulación contenida en el art. 10 LTRHA no es suficiente, y que, además, es incompleto, produciendo cierta inseguridad jurídica. Con ello, el Registro Civil español ha tenido que dejar a un lado dicho artículo para poder solucionar el problema suscitado con respecto a la filiación y la inscripción de los menores, para así, llevar a cabo la protección del interés del niño nacido por medio de la gestación subrogada.

Todo ello genera la necesidad de que el art. 10 LTRHA deba ser completado, llevando a cabo una regulación de la gestación por sustitución con respecto al niño fruto de dicho procedimiento, ya que el citado artículo no ofrece solución alguna al problema de la filiación y de la protección del interés del menor. Debe de llevarse a cabo una coherencia de las diferentes leyes reguladoras de la gestación subrogada de cada uno de los países, en atención a salvaguardar la dignidad y sentimientos de la madre gestante y, además, garantizar la salud física y psicológica del niño -en virtud del interés superior del menor-, alejándose siempre de la posible mercantilización de la gestante y del hijo.