

LA GESTACIÓN SUBROGADA. SITUACIÓN JURÍDICO-
SOCIAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. A PROPÓSITO
DE LA STS 277/2022, 31 MARZO 2022

*SURROGATE PREGNANCY. LEGAL AND SOCIAL SITUATION IN THE
SPANISH SYSTEM. REGARDING STS 277/2022, 31 MARCH 2022*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 740-765

Ángela NADAL
PASTOR

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: El presente trabajo aspira a llevar a cabo un recorrido por la actual situación jurídica en la práctica de la gestación subrogada, comúnmente conocida como “vientre de alquiler” en España. En primer lugar, se analizará la posición del ordenamiento jurídico español respecto a esta realidad y los derechos que se ven envueltos en esta práctica. Posteriormente, se estudiará la evolución de la doctrina respecto al reconocimiento e inscripción de la gestación subrogada en España, comenzando por las primeras resoluciones de carácter administrativo, más laxas en su permisión, avanzando hasta la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, que adopta una postura firme en contra de su reconocimiento. Todo ello, se realizará analizando los derechos que se ven afectados en esta práctica y como confronta la legislación y orden público actual. Finalmente, se establecerán conclusiones respecto a la práctica y reconocimiento de esta técnica en España.

PALABRAS CLAVE: Gestación subrogada; técnicas de reproducción asistida; derechos humanos; doctrina jurisprudencial; Tribunal Supremo; interés superior del menor; derechos de la gestante.

ABSTRACT: *This paper aims to carry out a tour of the current legal situation in the practice of surrogate pregnancy, commonly known as “surrogate womb” in Spain. First, the position of the Spanish legal system regarding this reality and the rights involved in this practice will be analysed. Subsequently, the evolution of the doctrine regarding the recognition and registration of surrogate pregnancy in Spain will be studied, starting with the first administrative resolutions, laxer in their permission, advancing to the most recent doctrine of the Supreme Court, which takes a firm stand against its recognition. All this will be done by analysing the rights that are affected in this practice and how it confronts current legislation and public order. Finally, conclusions will be drawn regarding the practice and recognition of this technique in Spain.*

KEY WORDS: *surrogate pregnancy; assisted reproduction techniques; human rights; jurisprudence; Supreme Court; best interests of the child; rights of the pregnant woman.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA GESTACIÓN SUBROGADA. CONCEPTO Y SITUACIÓN EN ESPAÑA.- I. ¿Qué interpretación se le da al conjunto normativo español? - 2. Derechos y principios reconocidos en nuestro ordenamiento.- 3. Doctrina administrativa.- III. DOCTRINA JUDICIAL.- I. Antecedentes de hecho.- 2. El interés superior del menor.- 3. Respeto a la vida privada y familiar.- 4. Respeto de la dignidad de la mujer gestante.- 5. Reconocimiento de resoluciones extranjeras.- 6. Fallo.- IV. COMPARACIÓN ENTRE LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL.- V. SITUACIÓN FUERA DE NUESTRAS FRONTERAS. NUEVOS PROYECTOS INTERNACIONALES.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Hoy en día la posibilidad de tener hijos no queda únicamente reservada a la concepción del modo tradicional y natural. La ciencia ha conseguido numerosos avances en el ámbito de las llamadas “técnicas de reproducción asistida” que permiten esquivar la infertilidad.

No obstante, el desarrollo de la ciencia permite llegar hasta límites que antes eran insospechados para el ser humano. Aquí es donde surge el problema. Es nuestra sociedad la que debe poner el límite entre lo científicamente posible y lo éticamente válido.

Dentro de esta encrucijada se halla la gestación subrogada. Se trata de una técnica permitida en algunos países en el mundo, pero mayoritariamente vetada, especialmente en Europa. No obstante, las legislaciones son permisivas con el reconocimiento de la filiación surgida de esta manera, y se salvaguarda esta práctica dejando vacíos legales en su regulación.

El asunto es de especial interés puesto que la administración española, permitía de manera rápida y sencilla que se inscribiera la filiación de niños nacidos por esta técnica. No obstante, la situación ha sufrido un cambio radical, desde la sentencia del Tribunal Supremo 31 marzo 2022.¹ En ella se veta la oportunidad de recurrir a este sencillo proceso y se obliga a los padres a adoptar a sus hijos.

En consecuencia, nuestro sistema de justicia se ha opuesto a una práctica que se encontraba asumida por la sociedad española en general, y realiza un recorrido exhaustivo por todo nuestro ordenamiento relacionándolo con todos los derechos y principios que inspiran el mismo, de manera que justifica su decisión con una base sólida.

¹ STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

• **Ángela Nadal Pastor**

Graduada en Derecho por la Universidad Cardenal Herrera CEU. Correo electrónico: angelanadapastor@gmail.com.

A través de este trabajo, pretendo hacer un examen jurídico de la ya citada sentencia así de la contraposición de la gestación subrogada con nuestro sistema jurídico y los derechos en él reconocidos. En él, se pretende analizar desde los principios generales más básicos, hasta las leyes más concretas que son base para la nulidad de esta serie de contratos en España, y demostrar como forma parte de un sistema coherente, y que no es una decisión tomada a la ligera por el Tribunal Supremo, sino una exigencia de derecho que era necesaria ya en nuestra sociedad.

II. LA GESTACIÓN SUBROGADA. CONCEPTO Y SITUACIÓN EN ESPAÑA.

En el momento que se habla de técnicas de reproducción asistida, es imprescindible acudir a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En ella, no nos encontramos ninguna definición genérica sobre las técnicas de reproducción humana asistidas (en adelante, TRHA). El art. 1 remite al anexo primero de la misma en el que dispone cuales son las TRHA permitidas:

“1. Inseminación artificial.

2. Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.

3. Transferencia intratubárica de gametos.”²

De esta disposición se aprecia que la gestación subrogada no es considerada en nuestro país como una TRHA, al contrario, el art. 10 de la misma ley la prohíbe de manera contundente:

“Art. 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”³

2 Anexo I Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.

3 Art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.

Por lo tanto, de este mismo artículo se podría extraer una definición del concepto de gestación subrogada. Se trata de un contrato, una convención entre una mujer que se denominará gestante y uno o unos padres comitentes por el cual la gestante se compromete a gestar al hijo de otras personas, que puede llevar o no los gametos de los comitentes, y renuncia a cualquier derecho de maternidad sobre el futuro niño.

Generalmente esta serie de contratos suelen conllevar una prestación compensatoria, pero la ley evita hacer mención de la misma de manera intencional, para evitar la permisividad de la “gestación subrogada altruista”.

Según estudios realizados, a este tipo de gestación accede un numeroso y variado número de sujetos. De un estudio realizado, se concluye que es mayor el número de parejas heterosexuales que acuden esta técnica, si bien es cierto que las parejas homosexuales están más visibilizadas debido al hecho de que suelen tener más problemas para la inscripción.⁴ Además se suele recurrir a esta técnica por las dificultades que presenta el procedimiento de adopción tradicional.⁵

I. ¿Qué interpretación se le da al conjunto normativo español?

El art. 10 de la LTRHA presenta en su redacción, *a priori*, una prohibición total de la maternidad subrogada. De hecho, de forma oficial, esta es la postura de nuestro país tal y como se respondió en la pregunta número 24 del cuestionario mandado por la Conferencia de la Haya a diferentes países en el marco de trabajo de la cuestión.⁶

Analizando más exhaustivamente el artículo, se extraen las siguientes conclusiones:

El apartado primero, prohíbe la celebración de estos contratos.

Por otro lado, el apartado segundo reconoce el principio jurídico de *mater semper certa est*. De esta manera se cierra completamente a cualquier posibilidad de que la madre sea otra que no sea la gestante del bebé.

Pero el apartado tercero deja una puerta abierta al reconocimiento de esta en el momento que admite que se sí que se podrá reconocer la paternidad del padre.

4 MORERO BELTRÁN, A.M.: “Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español”, *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2018/2, papel 199, p. 10.

5 MORERO BELTRÁN, A.M.: “Características familias”, cit., p. 11.

6 HERMIDA BELLOT, B.: “Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la UE, la CDIPriv y el CDI”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, n° 767, p. 1216.

Asimismo, debe complementarse con otro artículo, el art. 45 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante LRC) que dispone, en relación con el deber de inscripción de los hijos:

“3. Los progenitores. No obstante, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la Entidad Pública correspondiente.”⁷

Parece que el artículo dispone la existencia de un derecho a la renuncia al bebé por parte de la madre. No obstante debe analizarse más en profundidad la literalidad del apartado.

Dispone la renuncia en el momento del parto, no de manera anterior a este, como ocurre en los contratos de gestación subrogada, donde la renuncia es de manera anterior e irrevocable. Esta renuncia no está pensada para amparar los supuestos de maternidad subrogada, sino que ampara la posible decisión posterior de dar al hijo en adopción, siempre con el límite de 6 meses posteriores a la fecha de parto.⁸

2. Derechos y principios reconocidos en nuestro ordenamiento.

En adición se deben analizar los derechos y principios reconocidos que entran en juego dentro de la utilización de este tipo de técnicas. Estos derechos existen para proteger un elemento de la dignidad del ser humano. Esta última tiene una triple función en la configuración de los derechos.

La dignidad es la base de todos los derechos, es el fin por el cual se reconocen, y al mismo tiempo sirve de límite para el ejercicio de los mismos.⁹ Esta triple función es necesario tenerla muy presente a lo largo del siguiente capítulo. Recapitulamos a continuación una serie de derechos:

En primer lugar, se menciona dentro de esta controversia, el derecho a la paternidad. Pero, ¿debemos considerar esto como un derecho? Más bien se podría tratar de un “derecho” creado de manera intencional, sin verdadera base jurídica ni digna, apoyado en la tendencia actual garantista y creadora de nuevos derechos.

La paternidad, sí que tiene una serie de derechos asociada, tal y como se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico, pero no hay un derecho a ser padre, hay un deseo de lo mismo.

7 Art. 45 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22/07/2011.

8 MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.: “Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto”, *El notario del siglo XXI*, 2016, n° 65, p. 49.

9 MARRADES PUIG, A.: “La Gestación Subrogada En El Marco De La Constitución Española: Una Cuestión De Derechos”, *Revista Estudios Deusto*, Vol. Enero-Junio 2017, p. 221.

Por lo tanto, el querer ser padre no entraría dentro del concepto de dignidad. No hay un ámbito de la dignidad que proteja y reconozca como indispensable para salvaguardar el valor de la persona el tener hijos. Al contrario, en una sociedad como la actual, en la que cada vez se ensalza más el individualismo, parece totalmente contradictorio que se pretenda recalcar esta faceta. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su art. 12 sí que reconoce el derecho de los padres y madres a formar una familia¹⁰. Sin embargo, se debe recordar que este texto legal contiene derechos no fundamentales, y de tipo civil y políticos, orientados a los poderes públicos. Este es el caso de este derecho, que pretende el respeto de las familias y de la vida familiar, una vez que se tiene y el derecho a formarlas, pero no a toda costa.

En conclusión, el derecho a ser padre no puede considerarse como relevante en el estudio de la cuestión en tanto en cuanto es un deseo personal.

En segundo lugar, como se ha mencionado en los párrafos anteriores, sí que existen los derechos de la maternidad/paternidad. ¿Qué se entiende por este concepto? Son aquellos derechos y garantías asociados a la tenencia de los hijos. Tienen por objetivo proteger la relación paterno-filial. Es aquí donde la gestación subrogada sí que no encuentra encaje. Si los derechos humanos se tienen por el mero hecho de serlo, por nuestra dignidad, ¿cómo es posible que esta tipología de contratos obliga a renunciar a ellos? ¿Se puede renunciar a un derecho? Si hacemos una sencilla comparativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la respuesta debería ser negativa, tal y como vemos en varios ejemplos, entre los que se quiere destacar el derecho al suicidio. El Código Penal, castiga con penas de prisión a aquellas personas que colaboren con una persona para que se quite la vida (se dejará ahora de lado la cuestión de la nueva Ley sobre Eutanasia).

En tercer lugar, el derecho a la salud y a la integridad física y moral, especialmente vulnerado en el supuesto de las mujeres gestantes, y reconocido en el art. 15 de la Constitución Española. Bien sabido es, que tanto el embarazo como el parto, entrañan una serie de riesgos a la madre. El hecho de “alquilar” un embarazo es aceptar una serie de riesgos, que aunque se firmen y se acepten, van en contra de este derecho y de la integridad de la propia gestante. Se sigue la justificación del apartado anterior, una persona no puede renunciar a sus propios derechos, y el ordenamiento se encarga de preservar la dignidad de las personas, incluso cuando aún estas no quieran.

En cuarto lugar, el derecho de los niños y el interés superior del menor. Quizá se trate del concepto más conflictivo de este asunto, y el que más polémica genera.

10 Art. 12 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los DDHH y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4/11/1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5. BOE núm. 243, de 10/10/1979, pp. 23564 a 23570 (7 pp.).

Se considera en que punto puede favorecer al niño que se impongan trabas a su inscripción y el reconocimiento de su filiación con los padres comitentes. También se plantea la forma en la que se vulnera su dignidad en el momento en el que su nacimiento se "mercantiliza" y se convierte en una transacción con generalmente una compensación económica asociada. Esta cuestión se analizará con más profundidad en los siguientes capítulos.

3. Doctrina administrativa.

La mayoría de los problemas que surgen dentro del campo de la gestación subrogada, y donde se encuentra la mayor controversia son en el momento de la inscripción de los menores nacidos por estas técnicas. En este punto es donde debe analizarse con profundidad la cuestión y la posición del Estado español ante la misma. Pese a que algunos organismos internacionales, como luego se comprobará pretenden armonizar la legislación en la cuestión, o al menos crear una serie de directrices comunes, la realidad es que a día de hoy no hay ningún tipo de consenso sobre cómo proceder ante la inscripción de un bebé nacido por gestación subrogada.

La doctrina administrativa dentro de este campo refiere a las diversas resoluciones de DGRN respecto a la inscripción de niños, de la que se quiere destacar Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

Esta resolución pivota sobre dos ejes principales para tomar su resolución, la protección del interés superior del niño y la protección de los derechos de las mujeres gestantes en los contratos de gestación subrogada.

Respecto a la protección del interés superior del menor, la resolución afirma que se debe tener en cuenta que a través de la inscripción de menores nacidos por esta técnica cuando alguno de los progenitores tenga nacionalidad española, que no sirva para encubrir un caso de tráfico infantil y que no se niegue al niño el derecho a conocer su origen biológico.¹¹

Respecto a los derechos de la mujer, se requiere que se documente que el consentimiento fue real e informado y que tuviera suficiente capacidad para otorgarlo.¹²

De esta manera, la solución a la que se llega es que para poder inscribir a los menores nacidos por gestación subrogada, solo será necesario que se presente

11 Instrucción 5 octubre 2010 Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

12 Instrucción 5 octubre 2010 Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

junto a la inscripción, una sentencia judicial del país en el que se llevó a término el embarazo y el parto en el que se reconozca la filiación.¹³

III. DOCTRINA JUDICIAL.

Hasta hace unos pocos meses, solo existía una única sentencia del Tribunal Supremo en la que se estableciera algo de doctrina sobre la gestación subrogada. La situación cambió desde la STS 31 marzo 2022¹⁴.

En ella se continúa la línea de la primera sentencia de 2014¹⁵. ¿En qué se parecen y en qué ha evolucionado el nuevo pronunciamiento judicial?

I. Antecedentes de hecho.

Las sentencias contienen unos supuestos de hecho similares. En ambas dos la problemática fue la de unos padres que pretendieron acceder al Registro Civil con la filiación de su hijo nacido por gestación subrogada, y les fue denegada la inscripción.

En la STS 6 febrero 2014¹⁶ nos hallamos ante una pareja homosexual de hombres, cuyo hijo ha nacido en Los Ángeles y le fue denegada la inscripción en el Registro Consular de esta misma ciudad.

En la STS 31 marzo 2022¹⁷ el nacimiento del menor ocurre en Tabasco, México, y la situación vuelve a ser la misma, se deniega la inscripción del bebé a nombre de sus padres cuando acuden al Registro Civil en España.

Respecto a ambos casos, la posible discriminación por el hecho de ser homosexuales, en la STS 6 febrero 2014, se desestima totalmente en la sentencia, afirmando que cuando ellos comparan su caso con el caso de dos mujeres que deciden acudir al registro para inscribir a su hijo, estas sí que han utilizado una TRHA reconocida en nuestro ordenamiento como es la inseminación artificial, o la fecundación in vitro, por lo que se desestima de manera radical el posible motivo discriminatorio.¹⁸ Por lo tanto, en este análisis jurídico se va a dejar de lado dicha cuestión, puesto que solo se plantea en una de las sentencias y como se aprecia, queda desestimado el motivo totalmente.

13 Instrucción 5 octubre 2010 Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

14 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

15 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

16 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

17 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

18 FJ 4 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

En ambos casos se decide acudir a la vía judicial para ello, y a continuación se analizarán las principales argumentaciones de las mismas y sus puntos en común.

2. El interés superior del menor.

El interés superior del menor se podría definir como “un principio jurídico garantista, que potencia el reconocimiento de los derechos a favor de todos los niños, niñas y adolescentes y su efectiva vigencia. Rige sobre toda medida o norma porque cualquier decisión relacionada con la niñez debe tener en cuenta principalmente aquello que aporte al reconocimiento del niño o niña como sujeto de derechos, lo que incluye que se tendrá que garantizar su participación en el proceso de toma de decisiones, su opinión y el ejercicio efectivo de sus derechos en general”.¹⁹ El interés superior del niño tiene una triple vertiente como derecho, como principio de interpretación y como norma de procedimiento.²⁰

En ambas sentencias se toma muy en consideración este principio, que no se encuentra expresamente recogido en nuestra Carta Magna, aunque tiene anclaje en el art. 39 de la misma²¹, y son varios los textos legales que la reconocen.²² Pese a ello cabe remarcar que “el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, establece: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»”.²³

Los recurrentes de los dos casos consideran que ellos son los mejores padres que pueden tener los recién nacidos, puesto que los son quienes manifestaron el consentimiento inicial para ser padres²⁴. También que se debería proteger la familia “de facto”, es decir aquella que viene funcionando como tal²⁵. Alegan así los padres que si ellos son los que se han estado ocupando del niño desde su nacimiento, a favor de ellos debe estar la filiación.

Las dos sentencias sostienen una postura similar en lo que viene siendo el interés superior del menor. Este no puede prevalecer sobre cualquier decisión ni puede amparar la vulneración de otros derechos como son la dignidad de la

19 Interés Superior del Niño. *UNICEF*. 2015.

20 Cfr. Interés Superior del Niño. *UNICEF*. 2015.

21 Cfr. FJ 5.2. STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

22 Cfr. FJ 5.2. STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

23 FJ 5.2 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

24 Cfr. FJ 5.4. STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

25 Cfr. FJ 1.6 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

mujer gestante y la nulidad reconocida en nuestro ordenamiento del contrato de gestación subrogada.

Así se expresa rotundamente en la STS 6 febrero 2014: “La invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas.”²⁶

El Tribunal tiene en consideración en ambas resoluciones que la decisión de no inscribir la filiación de manera automática puede suponer una serie de perjuicios en los menores. Esto es debido a que se cosifica al bebé que nacerá por gestación subrogada y se le priva de la posibilidad de conocer sus orígenes.²⁷

Se debe remarcar que “el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que España es parte, se establece: «Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma»”.^{28 29}

La venta de niños también se prohíbe en el art. I 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, firmada y ratificada por España. Su definición se encuentra en el art. 2.a) del Protocolo Facultativo 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”.^{30 31}

Podría pensarse que no se incluye la gestación subrogada dentro de la venta de niños, si bien el “Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, Asamblea General de la ONU, 15 de enero de 2018, la expresión «para cualquier fin o en cualquier forma» que emplea el citado art. 35 de la Convención supone que la

26 FJ 5.5 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

27 Cfr. FJ 3.9 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

28 FJ 3.3 STS 31 marzo 20122 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

29 Art. 35 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904 (8 pp.).

30 Cfr. FJ 3.4 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

31 Art. I Instrumento De Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. «BOE» núm. 92, de 17 de abril de 2002, pp. 14494 a 14497 (4 pp.).

gestación por sustitución no supone una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en dicha norma. Y que la gestación por sustitución comercial entra de lleno en la definición de «venta de niños» del art. 2 a) del Protocolo Facultativo cuando concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: a) «remuneración o cualquier otra retribución»; b) el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por la entrega del niño). La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución”.³²

Para demostrar hasta qué punto se cosifica a los menores, se va a exponer un caso ocurrido en Tailandia. Este país, permite la gestación subrogada. En el año 2014, una pareja australiana encargó a una gestante de 21 años que llevara a cabo el embarazo de su bebé. Se quedó embarazada de mellizos, y a los 4 meses en una prueba médica se descubrió que uno de ellos tenía Síndrome de Down. En ese momento, la pareja intentó forzar a la mujer gestante a que abortara, a lo que ella se negó. Lo que ocurrió fue que tras el parto, la pareja decidió abandonar al bebé con la madre tailandesa, quien carecía de recursos para poder criarlo y volvió a Australia solo con el bebé que ellos consideraban que “cumplía los requisitos”. Finalmente tras varias movilizaciones sociales y campañas, se consiguió dinero para poder mantener al bebé, llamado “Gammy”, pero estos van a acabarse en poco tiempo, según declaraciones de la madre.³³

Se trata de uno de muchos ejemplos, que muestran cómo se cosifica al bebé que va a nacer a la madre y como si fuera un “producto defectuoso” se renuncia a él, olvidándose de que es una persona humana con valor y dignidad intrínsecos.

3. Respeto a la vida privada y familiar.

En ambas sentencias se alegó que la decisión de no querer inscribir a los pequeños vulneraba el art. 8 del Convenio Europeo de Derecho que dice así:

“Derecho al respeto a la vida privada y familiar

I. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.”³⁴

32 FJ 3.5 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

33 REDACCIÓN: “Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada”. *BBC Mundo*. 2 de agosto de 2014. https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm [Consulta: 7 de octubre de 2022].

34 Art. 8 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los DDHH y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4/11/1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5. «BOE» núm. 243, de 10/10/1979, pp. 23564 a 23570 (7 pp.).

Se explica que este artículo no puede ser tenido en consideración desde el momento que la denegación de la inscripción vulnera el orden público internacional y además, se actúa en contra de los derechos de la mujer gestante. Así se reconoció en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo.³⁵ Además, se completa con las declaraciones del Comité de Bioética Español que en 2017 concluyó que el deseo de unas personas a ser padres no puede ser a toda costa y no se puede vulnerar los derechos de otros.³⁶

Asimismo, se quiere ahondar más en esta cuestión y demostrar como es el propio artículo el que permite esta decisión. Su apartado segundo dice así.

“2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”³⁷

El apartado segundo permite las injerencias de las autoridades públicas en caso de que entren en conflicto con otra serie de derechos y principios que son base de nuestro sistema. Aquí es donde se encuentra la justificación de carácter legal, ya que la gestación subrogada y la prohibición de inscripción de la filiación van contra nuestro orden público en tanto en cuanto el art. 10 de la LTRHA declara nulo este tipo de contrato y también cuando numerosos son los derechos constitucionalmente reconocidos que se ven vulnerados con estas prácticas.

No se está prohibiendo a los padres comitentes formar una familia, solo se pide que esto se haga de manera que no se vulneren los derechos de otras personas. Numerosas son las maneras ofrecidas por el ordenamiento jurídico en los que no se entra en conflicto con otra serie de derechos, por lo tanto, el hecho de que se prohiba la gestación subrogada no vulnera el derecho de las familias, sino que protege el derecho de las madres gestantes y de los niños nacidos así.

4. Respeto de la dignidad de la mujer gestante.

Nos encontramos ante uno de los argumentos más puestos en alza en ambas sentencias. En los dos textos se considera la gestación subrogada como un ataque a la gestante y a sus derechos.

35 Cfr. FJ 5.10 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

36 Cfr. FJ 3.12 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

37 Art. 8 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los DDHH y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4/11/1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5. «BOE» núm. 243, de 10/10/1979, pp. 23564 a 23570 (7 pp.).

Recordamos que el art. 15 CE dispone: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.³⁸

Cualquier persona, independientemente de su origen sexo, raza o religión, tiene derecho a vivir, y no de cualquier manera, sino salvaguardados su integridad de una manera global. El contrato de gestación subrogada atenta contra esta integridad, y aunque exista consentimiento, es necesario recordar que las personas no pueden disponer de sus derechos más esenciales, por lo que no sería válido.

Para comprender de qué manera el contrato de gestación subrogada vulnera esta serie de derechos fundamentales, no hace falta más que leer sus disposiciones³⁹, y la renuncia a derechos que debe realizar la gestante.

“B.- La gestante sustituta renuncia a todos sus derechos como la madre legal del niño y ayudará en todos los actos legales necesarios para declarar a la futura madre como madre legal del niño.

C.- La gestante sustituta declara y acepta que no es la madre legal, natural, jurídica o biológica del niño. [...]”⁴⁰

En primer lugar, acudimos a las primeras disposiciones del contrato, que disponen las líneas esenciales del contrato. Como se aprecia, la madre, pese a ser la portadora del bebé durante todo el embarazo y la persona que lo dará a luz no tiene ningún derecho sobre el niño. Cabe analizar más en profundidad esta cuestión.

Anteriormente, en este mismo trabajo, se ha afirmado que no existe un derecho a ser padre o madre. No obstante, cabe recordar que en el momento que una mujer se queda embarazada, o que una pareja concibe un bebé, sí que surgen una serie de derechos que no son separables del propio embarazo, los derechos a la maternidad y a la paternidad. No es posible renunciar a estos derechos y ya se ha explicado anteriormente la significación del art. 45 de la Ley del Registro Civil, pensado solamente para aquellos supuestos en los que la madre quiera dar en adopción al hijo, siempre a posteriori del parto, cuando hayan transcurrido como mínimo 6 meses desde la fecha de parto.

38 Art. 15 Constitución Española BOE núm. 311, de 29/12/1978.

39 El contrato se encuentra recogido en el FJ 1.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

40 FJ 1.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

“E.- La gestante sustituta está de acuerdo a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre o por recomendación del médico tratante.”⁴¹

Se ataca en este párrafo al derecho a la integridad física, recogido en el art. 15 CE. Este derecho salvaguarda el propio cuerpo humano. Es ilógico que, para realizar cualquier intervención, por mínima que sea, siempre se requiera el consentimiento de las personas. Solo cabe pensar en todas las intervenciones quirúrgicas o pruebas en las que se pide que la persona firme un consentimiento informado; como para que se pueda permitir que sea otra persona la que decida hacerlo. Parece una situación similar a la que ocurre en los controles de detección de drogas y alcohol en carreteras. Aquí los policías cuentan con la autoridad y la aquiescencia del Estado para poder realizarlo, en aras de un bien común mayor, como es la protección del bien jurídico de la seguridad vial. ¿Qué bien jurídico podría estar protegiendo esta cláusula? Nada, más allá del mero deseo de una persona de querer ser padre a toda costa.

“H.- A partir de la semana 30 (treinta) de gestación la gestante sustituta no podrá alejarse a más de 50 (cincuenta) millas del hospital elegido para el nacimiento del niño [...].”⁴²

Aquí se confronta el derecho del art. 17 de la Constitución Española que determina el derecho a la libertad y el art. 19 que reconoce el derecho a la libertad de movimiento y elección de residencia. En el momento en el que se prohíbe a una persona, el poder desplazarse de manera libre, se trata de un contrato que va en contra de la propia dignidad humana.

“B.- En caso que la gestante sustituta sufriera cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto.”⁴³

Se vuelve a atentar de nuevo contra la dignidad de la persona en su integridad física. Ni siquiera el propio ser humano puede disponer de su propia vida, y aquí en este contrato es otra persona la que decidirá si mantener con vida o no a un tercero. En España, existe la figura del testamento vital en el que la persona puede disponer sus últimas voluntades respecto a los aspectos médicos. De esta manera, en el contrato se deja en manos de un tercero totalmente ajeno a la persona (ni siquiera se trata de un familiar cercano) la decisión sobre si continuar o no la vida

41 FJ I.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

42 FJ I.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

43 FJ I.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

de otra persona. ¿Acaso tienen los comitentes mayor dignidad que la gestante que pueden decidir sobre su vida? No, así lo reconoce el art. 14 CE cuando afirma que todos son iguales, sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación; o el art. 9.3 también de la Carta Magna.

“E.- La entrega del niño a la futura madre será inmediatamente después del parto.”⁴⁴

Se trata de uno de los mayores ejemplos de renuncia a la maternidad. La madre renuncia a su hijo, que ha gestado y llevado dentro de ella durante nueve meses. La gestación no es una técnica, sino todo un proceso que involucra todo el cuerpo de la mujer.⁴⁵ Está demostrado que son numerosos los peligros⁴⁶, tanto físicos, como emocionales, que conlleva un embarazo, por lo que no nos hallamos ante un simple proceso mecánico. Además, recientes estudios han probado como durante el embarazo se transmite una parte de carga genética de la madre gestante al bebé, por lo que se atentaría contra el vínculo creado entre ambos, siendo también perjudicial para el bebé.

En numerosos países las madres reciben cursos para aprender a disociarse del bebé. Esto supone reconocer el vínculo emocional que se crea entre ambos, por lo tanto ¿no hacen un reconocimiento expreso estas empresas de que están yendo contra la naturaleza humana? No hay necesidad de entrenar a futuras madres a no querer a su futuro hijo, si no se las obligara a tener que separarse de él.

“B.- La gestante sustituta reconoce haberse informado médicamente y psicológicamente de todos los riesgos derivados al proceso de antes, durante y después de la entrega del niño, incluido, pero no limitando, la muerte, la pérdida de un órgano reproductor, depresión, problemas de fertilidad en el futuro, etc. La gestante sustituta libera a la futura madre de cualquier responsabilidad civil o penal que deriven de estos riesgos asociados al proceso de gestación sustituta y acepta que la futura madre sólo se hará cargo de los pagos determinados en el presente acuerdo. [...]”⁴⁷

Finalmente, la renuncia que se realiza a no poder reclamar nada, ningún daño o responsabilidad a los padres comitentes culmina el “marco jurídico” que envuelve esta serie de contratos.

44 FJ I.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

45 MARRADES PUIG, A.: “La Gestación”, cit., p. 231.

46 La OMS recoge los riesgos graves frecuentes en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>, y en <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.STA.MMRT>, se muestra la tasa de mortalidad materna por cada 100.000 nacidos vivos.

47 FJ I.2. STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

Se podría afirmar que la madre lo firma libremente, ¿pero nos hallamos de verdad ante una libertad genuina?

La mayoría de los países en los que está legalizada esta práctica, son considerados países pobres o en los que la población vive en su mayor parte en la pobreza. ¿Se habla entonces de libertad y voluntad o de necesidad?⁴⁸ Al igual que ocurre con el debate de la prostitución, no se puede defender que es la mujer la que elige libremente llevar a cabo esta práctica, cuando es la única que le puede ofrecer una solución rápida a su falta de recursos.⁴⁹

Para combatir este argumento, en numerosas ocasiones se habla de la posibilidad de gestación subrogada altruista, por ejemplo como ocurre en Australia. En este supuesto, se debe tener en cuenta, por un lado que nunca se suele hablar de un servicio totalmente gratuito, sino que siempre hay una especie de contraprestación económica, en principio para cubrir gastos del embarazo y similares, pero cuya cantidad suele ser más elevada que la necesaria, siendo así una especie de donación a la gestante y convirtiéndolo de este modo en remunerada, pero bajo otro nombre.

Por otro lado, en el supuesto de que sí existiera una verdadera gestación subrogada de carácter totalmente gratuito, no se puede dejar a la persona disponer de sus propios derechos y menos de los más fundamentales. Como ya se ha comentado este tipo de contratos atenta necesariamente contra numerosos derechos de la persona, tanto de la gestante como de los niños nacidos por este método y la sociedad, en aras ya del propio bien común no puede permitirlo, si de verdad se tiene en cuenta de manera efectiva la dignidad de la persona del art. 10 de la Constitución Española.⁵⁰

No es prohibir la gestación, ya que atentaría contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en estos supuestos se está prohibiendo un contrato que mercantiliza el cuerpo de la mujer y el bebé resultante. En ellos, afirman las sentencias, se instrumentaliza a la persona, en el momento en el que la mujer es considerada como medio para lograr un fin, y no como un fin en sí misma⁵¹.

¿Se puede considerar que se trata a la mujer de incubadora humana? La respuesta debe ser afirmativa, en tanto en cuanto, solo importa el resultado que se obtiene de ella, y no el proceso o la propia mujer en el contrato, a quien se le obliga a renunciar a numerosos derechos y es tratada cual objeto. Algunas

48 Cfr. MARRADES PUIG, A.: "El debate sobre la gestación subrogada en España: Dignidad, deseo y derechos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2017, 30, p. 169.

49 Cfr. FJ 3.8 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

50 MARRADES PUIG, A.: "La Gestación", cit., p. 170.

51 Cfr. FJ 3.7 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

personas alegan que no se la utiliza en su totalidad como un instrumento, ya que sigue siendo fin, pero es incompatible pensar una dignidad que solo es respetable "a medias".

Ningún derecho es absoluto, y tampoco lo es el derecho a la maternidad, ni el derecho a la reproducción.⁵²

El derecho a la maternidad no es el derecho a tener un hijo o hija, se trata más bien del derecho al respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, sin más limitaciones que las que se deriven de la dignidad y de los derechos de las demás personas.⁵³

5. Reconocimiento de resoluciones extranjeras.

Ambas sentencias son dictadas por supuestos en los que no se ha permitido la inscripción de menores nacidos por gestación subrogada. En ambas se analiza el reconocimiento de sentencias extranjeras, pero es especialmente en la de 2014 en la que el estudio es más exhaustivo .

Según la STS 6 febrero 2014⁵⁴, el objeto de litigio no se ha planteado sobre cuál es la norma aplicable al reconocimiento⁵⁵, sino si sería posible la inscripción y reconocimiento de la misma.

El objeto del litigio es determinar si la inscripción de la filiación no vulnera el principio de orden público. Primero, cabe recalcar que el Reglamento (UE) No 1215/2012 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil no es aplicable al asunto porque como afirma el art. 1.2 "Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable;"⁵⁶

En consecuencia, el principio de respeto del orden público se reconoce en el art. 14 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional⁵⁷ .

52 MARRADES PUIG, A.: "La Gestación", cit., p. 232.

53 MARRADES PUIG, A.: "La Gestación", cit., p. 232.

54 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

55 Cfr. FJ 3.2. STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

56 Art. 1 Reglamento (UE) No 1215/2012 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

57 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. «BOE» núm. 182, de 31 de julio de 2015, pp. 65906 a 65942 (37 pp.).

¿Pero qué es el orden público? Se trata del conjunto de valores y principios reconocidos por una sociedad y considerados como necesarios para mantener la paz social.

¿Podemos considerar que aceptar tal resolución vulneraría el orden público español? Para ello se debe partir de cuáles son los valores reconocidos como esenciales en nuestro ordenamiento, y no hay mejor ejemplo para poder hablar de ello que el texto de nuestra Carta Magna. En él, se reconocen los derechos fundamentales que amparan a todas las personas.

Desde el art. 15 que reconoce al derecho a la vida y a la integridad física y moral, y otros que reconocen el derecho a la libre circulación, a la libertad. También debe acudir al art. 10 que reconoce la dignidad de todas las personas y el libre desarrollo de la personalidad, incluida la del menor y la de la madre gestante.

Dentro de los derechos relativos a la familia “también forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).”⁵⁸ Todos estos derechos se reconocieron como configurantes del orden público español en la STC 23 febrero 1989.⁵⁹

Finalmente si se completan estas disposiciones con los textos legales de menor rango, que como se debe recordar, siempre están inspirados en la Constitución, el hecho de que la LTRHA declare como nulo tal contrato no puede llevar más que a la conclusión de que el hecho de reconocer tal decisión extranjera sería introducir en nuestro sistema, validar una forma de contrato que no se considera legítimo.

Porque si es la propia ley la que lo prohíbe, no puede reconocerse un contrato del que la filiación es “la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes”.⁶⁰

La filiación por gestación por sustitución es contraria, a mi parecer, al orden público español, entendiéndose este como el conjunto de valores y principios que sostiene nuestro sistema. Si se reconociera este tipo de filiación, se abriría la puerta al reconocimiento de cualquier resolución emitida en país extranjero, con el mismo resultado que el acto aquí prohibido. Así, evadir la ley española sería muy sencillo y no tendría ningún sentido que se cree una serie de derechos y garantías, si con la simple huida al extranjero, cualquier persona es capaz de evadirlos.

58 FJ 3.5 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

59 STC 54/1989, de 23 de febrero (ECLI:ES:TC:1989:54).

60 FJ 3.11 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

6. Fallo.

Pese a la similitud del discurso de ambas sentencias, el fallo de ambas no es coincidente.

En la STS 6 febrero 2014⁶¹, la primera que empieza a sentar doctrina, el Tribunal Supremo opta por una posición más laxa. Determina que se inste a la correcta inscripción de los menores⁶², es decir, pese a condenar la gestación subrogada, le pesan más los argumentos de la necesidad de establecer la filiación del menor y le da preeminencia a la familia “de facto” que al orden público español.

En cambio, la STS 31 marzo 2022⁶³ va un paso más allá y decide no permitir la inscripción del niño nacido por gestación subrogada.⁶⁴ En la sentencia se exponen las dos vías por las que se puede obtener la filiación con el bebé. Por un lado, la reclamación de paternidad; y por otro lado, la adopción.⁶⁵ En este segundo procedimiento, es necesario recordar, que el Código Civil dispone una serie de medidas para asegurar la idoneidad de los futuros adoptantes. En este caso, la resolución determina que la familia “de facto” por el breve periodo de tiempo que llevan con el recién nacido no es suficiente para asegurar la idoneidad de los padres comitentes para tener el niño.⁶⁶

En conclusión, se aprecia como la sentencia más reciente, es más osada con la decisión que toma y opta por ir en contra de lo que se encontraba socialmente aceptado en la práctica, como era que la inscripción de la filiación de estos menores era automática. Decide decretar de manera práctica, y no solo en la ley escrita la nulidad de esta tipología de contratos, al no permitir tampoco su inscripción en España. De esta manera, acaba con la aceptación velada de los mismos que se llevaba produciendo hasta entonces y haciendo cumplir así el art. 10 de la LTRHA y asegura el respeto de los derechos humanos fundamentales reconcomidos en nuestra Carta Magna.

61 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

62 Cfr. Fallo STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

63 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

64 Cfr. Fallo STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

65 Cfr. FJ 4.9 y 4.10 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

66 Cfr. F4.12 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

IV. COMPARACIÓN ENTRE LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL.

Tras el análisis exhaustivo de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN y las STS 6 febrero 2014⁶⁷ y 31 marzo 2022⁶⁸ se pretende realizar una pequeña comparación entre ambas doctrinas.

Se aprecia que la doctrina administrativa es mucho más laxa que la doctrina judicial. Esta primera defiende que la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada es la mejor situación para el conflicto que se plantea, doctrina que comparte la STS 6 febrero 2014. Se puede explicar también la similitud de sus disposiciones debido a la proximidad temporal.

No obstante, en el año 2022 la decisión tomada va más allá y se niega a reconocer la inscripción automática de los menores nacidos por gestación subrogada. ¿Qué puede haber llevado a este cambio de decisión?

En el año 2014 cuando el Tribunal Supremo se pronunció, se tuvieron en cuenta los conflictos y vulneraciones de derechos que suponen la aceptación tácita de la gestación subrogada. Porque sí, la inscripción al final es aceptar de manera velada esta forma de reproducción, ya que permite a los padres comitentes que de manera muy rápida y sencilla esquiven la ley española y después puedan volver a inscribir a su hijo sin ningún problema.

Las dos resoluciones que permiten la inscripción priorizan el interés superior del menor de manera principal y dejan de lado las consideraciones del orden público nacional. Es aquí donde la sentencia de 2022 ha dado un paso innovador en el momento que reconoce que el orden público español está constituido, entre otros, por la protección de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños que nacen por esta vía.

Se ha desarrollado también la cuestión en el ámbito internacional, y cada vez más organismos internacionales han intentado erradicar esta serie de prácticas. Según las anteriores resoluciones, con el reconocimiento judicial en el país de origen del bebé que afirmara la filiación era suficiente para poder inscribirlo.

Se olvidan ambos textos que están dejando en manos del mismo país que permite la gestación subrogada, el decidir que se ha hecho con todas las garantías. ¿Acaso es posible tener confianza en la resolución del propio país que puede permitir esto? Es como dejar a un tribunal extranjero decidir sobre nuestro orden público, aquello que se va a considerar como lícito dentro de nuestras fronteras. No, deben ser las instituciones españolas, las que determinen la validez de este

⁶⁷ STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁶⁸ STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

contrato y de esta filiación, y si nuestro orden público no lo permite, no dejar que se inscriban a los menores nacidos por esta técnica.

De esta manera, son nuestras propias instituciones las que con la ley española, van a intentar erradicar de una manera real y efectiva esta práctica. Cabe remarcar que no se trata de dejar a los menores y a los padres comitentes en una situación de total desamparo, sino intentar que cada vez se recurra menos a este tipo de técnicas.

Es por ello, que la STS 31 marzo 2022⁶⁹ da un paso adelante en la resolución y eliminación de este tipo de prácticas y debería ser tomado de ejemplo a nivel internacional.

V. SITUACIÓN FUERA DE NUESTRAS FRONTERAS. NUEVOS PROYECTOS INTERNACIONALES.

Enlazándolo con el capítulo anterior, es cierto que a nivel nacional se ha dado un enorme paso adelante en la erradicación de estas prácticas. A nivel internacional, el proceso parece que está ocurriendo a la inversa.

La Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado lleva desde hace 8 años trabajando en un proyecto de Protocolo sobre la filiación en el contexto de la gestión subrogada.⁷⁰

Esta se apoya en los Principios de Verona publicados por la ONG SSI (Servicio Social Internacional) en febrero de 2021.⁷¹

Ambos textos se basan en facilitar el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por esta serie de técnicas, si bien no plantean soluciones para poder erradicar esta serie de prácticas. Parece que en los dos se da un paso atrás en la protección de los menores y de las madres gestantes. Se deja de lado la idea de que es necesaria la protección de las madres gestantes y de estos niños y que no se va a conseguir favoreciendo la filiación, puesto que solo encumbrará la realización de estas prácticas, sino que se debe luchar de manera global para evitar que se lleven a cabo.

69 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

70 Cfr. "Llamamiento para condenar el proyecto de protocolo de la Conferencia de La Haya y los Principios de Verona, que pretenden fomentar la gestión subrogada transfronteriza". *Comisión para la investigación de los malos tratos a mujeres*. 24 de junio de 2002, <https://malostratos.org/llamamiento-para-condenar-el-proyecto-de-protocolo-de-la-conferencia-de-la-haya-y-los-principios-de-verona-que-pretenden-fomentar-la-gestacion-subrogada-transfronteriza/> [Consulta: 7 de octubre de 2022].

71 Cfr. "Llamamiento para condenar el proyecto de protocolo de la Conferencia de La Haya y los Principios de Verona, que pretenden fomentar la gestión subrogada transfronteriza". *Comisión para la investigación de los malos tratos a mujeres*. 24 de junio de 2002, <https://malostratos.org/llamamiento-para-condenar-el-proyecto-de-protocolo-de-la-conferencia-de-la-haya-y-los-principios-de-verona-que-pretenden-fomentar-la-gestacion-subrogada-transfronteriza/> [Consulta: 7 de octubre de 2022].

El texto legal que se prevé que sea sometido a votación en 2023, trata de “enfriar” el procedimiento negándose a utilizar términos como “madre de alquiler”, que sustituye por expresiones como “sustituta” o “mujer de alquiler”.⁷²

Parece que el panorama internacional está más en favor de no enfrentarse de manera directa a este problema. Si bien, hay que reconocer que es difícil llegar a un acuerdo o consenso en la materia, y más aún regular sobre la misma cuando hay diferentes puntos de vista en cada país, los organismos internacionales deberían tener en cuenta los derechos que se ponen en juego en esta serie de contratos, y al igual que ya se ha hecho en otras materias, tratar de penalizar estas al máximo.

Bien es sabido, que el derecho puede hacer que se tienda a ver las realidades de manera positiva o negativa en función de cómo se legisle en una materia. El plus de reproche que supone que la legislación vaya en contra de una práctica como es la gestación subrogada, debería ser tomado encuentra también desde el punto de vista sociológico.

La decisión que pretende tomar la Conferencia de la Haya, iría en contra de lo dispuesto en su Convenio sobre adopción internacional que prohíbe que el consentimiento para dar al hijo en adopción se dé antes del parto y que lleve consigo ningún tipo de remuneración.⁷³

De esta manera, se aprecia que en el ámbito internacional se va a dar un paso hacia atrás en la abolición de estas prácticas. Se va a crear un convenio que pretende facilitar la filiación por estos métodos y que además estará plagado de eufemismos para intenten ocultar la realidad que se esconde tras esta práctica.

VI. CONCLUSIONES.

Tras el estudio en profundidad de la situación, se pueden extraer las siguientes conclusiones.

Nuestro ordenamiento establece como nulos los contratos de gestación subrogada en el art. 10 de la LTRHA, y se justifica correctamente en ambas STS 6 febrero 2014⁷⁴ y 31 marzo 2022⁷⁵.

72 Cfr. “Qué Se Sabe Del Proyecto De La Conferencia De La Haya Sobre Gestación Por Sustitución (Explotación Reproductiva)”. *Coalition Internationale pour L’Abolition de la Maternité de Substitution*. 27 de octubre de 2010. <http://abolition-ms.org/es/noticias/que-se-sabe-del-proyecto-de-la-conferencia-de-la-haya-sobre-gestacion-por-sustitucion-explotacion-reproductiva/> [Consulta: 7 de octubre de 2022].

73 CORONADO SOPEÑA, N.: “La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el lobby no tan callado de los vientres de alquiler”. *Público*. 12 de octubre de 2020. <https://www.publico.es/internacional/conferencia-haya-derecho-internacional-privado-lobby-no-callado-vientres-alquiler.html> [Consulta: 7 de octubre de 2022].

74 STS 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

75 STS 31 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).

La doctrina española ha vivido una gran evolución en este ámbito. En un principio, las resoluciones de la DGRN y la STS 6 febrero 2014 permitían la inscripción de los menores nacidos por este tipo de métodos. Desde el año 2022, nuestro Tribunal Supremo cierra la posibilidad a este reconocimiento directo, e invita a los usuarios de estas técnicas a recurrir al reconocimiento de la paternidad y a la adopción de los menores, siendo procedimientos más largos y costosos.

Este avance se ha dado debido a que la gestación subrogada, supone una vulneración de numerosos principios de nuestro ordenamiento, que afectan directamente al orden público español.

En primer lugar, se debe hablar del supuesto derecho de los padres a formar una familia y el respeto a la vida privada y familiar. Respecto a este, se debe concluir que no existe un derecho a ser padres, sino que hablamos de un deseo, que como tal, no puede ser salvaguardado por el ordenamiento jurídico. Distintos son los derechos asociados a la paternidad. Al ser padres, se adquieren una serie de derechos inherentes a la paternidad, sobre los que no se puede renunciar, cosa a lo que obliga la gestación subrogada, no siendo posible que una persona renuncie a un derecho reconocido para salvaguardar su dignidad. La gestación subrogada va en contra de estos principios de dignidad de la persona humana al obligar a una persona a renunciar a derechos básicos a favor de un mero deseo.

En segundo lugar, cabe referirse al interés del menor. Este actúa como un principio articular de nuestro ordenamiento y sobre el cual muchas disposiciones legales están construidas. El interés del menor debe guiar las decisiones de los poderes públicos, pero no puede suponer una puerta abierta a una vulneración constante de derechos. Asimismo, esta práctica supone una modalidad de tráfico de seres humanos, tal y como afirma la Relatora Especial de la ONU. Por lo tanto, no se justifica que el reconocimiento de la gestación subrogada defienda el interés superior del menor; cuando en realidad su misma práctica vulnera de forma radical los derechos del propio niño.

En tercer lugar, se analizan los derechos de la mujer gestante. Nuestra Carta Magna reconoce numerosos derechos fundamentales, basados en la dignidad inviolable de la persona humana (art. 10 Constitución Española). Este tipo de contratos, exigen una serie de renunciaciones que vulneran derechos como son la integridad física y psicológica o la libertad de movimiento, entre otros, por lo tanto, son una práctica totalmente contraria a los valores más esenciales de nuestro sistema, que son base y articulan el mismo.

Esto supone admitir que la gestación subrogada es una práctica que va en contra de nuestro ordenamiento y orden público, que vulnera numerosos derechos y por lo tanto no puede ser aceptada dentro de nuestras fronteras.

Asumido lo anterior, se debe exponer que el reconocimiento de resoluciones extranjeras debe hacerse de acuerdo a la ley española puesto que si no, no se juzga si están vulnerando nuestro orden público, y evidentemente serán válidas si se juzga con la legislación del país que ya permite de por sí la gestación subrogada, por ello se vulnera el orden público español cuando se permite la inscripción directa de bebés nacidos por este método.

En conclusión, la gestación subrogada está en contra y vulnera todo nuestro sistema de derechos y valores y la prohibición por parte del Tribunal Supremo es adecuada a derecho, y supone un gran avance en esta materia teniendo en cuenta el retroceso experimentado en el ámbito internacional.

BIBLIOGRAFÍA

MARRADES PUIG, A.: "El debate sobre la gestación subrogada en España: Dignidad, deseo y derechos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2017, 30, pp. 153-177.

MARRADES PUIG, A.: "La Gestación Subrogada En El Marco De La Constitución Española: Una Cuestión De Derechos", *Revista Estudios Deusto* Vol. 65/1, Enero-Junio 2017, pp. 219-241.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.: "Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto", *El notario del siglo XXI*, núm. 65 (2016), pp. 48-51.

HERMIDA BELLOT, B.: "Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la UE, la CDIPriv y el CDI", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 767 pp. 1193-1229.

MORERO BELTRÁN, A. M.: "Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español". *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2018/2, papel 199, CEIC UPV/EHU Press, pp. 1-18.