



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022

La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales

La filiació derivada de gestació per substitució: possessió d'estat i interès del menor, ordre públic i drets fonamentals

Filiation derived from gestational surrogacy: Possession of status and interest of the minor, public order and fundamental rights

MÓNICA NAVARRO-MICHEL*

* Mónica Navarro-Michel. Profesora Agregada de Derecho Civil. Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona (España). Email: m.navarro@ub.edu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1561-3729>.

El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Nuevos desarrollos en la autodeterminación personal y familiar: del estatus a la autorregulación”, dirigido por el Dr. Josep Ferrer Riba, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID2021-123985NB-I00).



Copyright (c) 2022 Mónica Navarro-Michel

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Resumen

El Tribunal Supremo español aborda un caso de gestación por sustitución en el que, una vez nacido el niño en un país extranjero, se reclama judicialmente la filiación materna en España para la mujer comitente o madre de intención, con la que no tiene vínculo jurídico, con base en la posesión de estado. En el asunto que resuelve la STS de 31 de marzo de 2022, la vía elegida por la parte demandante no es el reconocimiento de la filiación ya establecida por las autoridades extranjeras donde ha tenido lugar el nacimiento, sino la reclamación judicial de la maternidad, manifestada por la posesión de estado, en interés del menor. Ello obliga a analizar si la posesión de estado es un mecanismo de determinación de la filiación, y si el interés del menor debe llevar ineludiblemente a atribuir la maternidad legal a la mujer que desempeña el rol de madre, aun careciendo de vínculo genético. La STS incluye otras afirmaciones acerca del orden público y la vulneración de derechos fundamentales que, aun siendo importantes porque revelan la posición del más alto tribunal, no son relevantes para resolver el caso planteado.

Palabras clave: gestación por sustitución; filiación; posesión de estado; orden público; interés del menor; adopción.

Resum

El Tribunal Suprem espanyol aborda un cas de gestació per substitució en el qual, una vegada nascut el nen en un país estranger, es reclama judicialment la filiació materna a Espanya per a la dona comitent o mare d'intenció, amb la qual no té vincle jurídic, amb base en la possessió d'estat. En l'assumpte que resol la STS de 31 de març de 2022, la via triada per la part demandant no és el reconeixement de la filiació ja establerta per les autoritats estrangeres on ha tingut lloc el naixement, sinó la reclamació judicial de la maternitat, manifestada per la possessió d'estat, en interès del menor. Això obliga a analitzar si la possessió d'estat és un mecanisme de determinació de la filiació, i si l'interès del menor ha de portar ineludiblement a atribuir la maternitat legal a la dona que exerceix el rol de mare, fins i tot mancament de vincle genètic. La STS inclou altres afirmacions sobre l'ordre públic i la vulneració de drets fonamentals que, fins i tot sent importants perquè revelen la posició del més alt tribunal, no són rellevants per a resoldre el cas plantejat.

Paraules clau: gestació per substitució; filiació; possessió d'estat; ordre públic; interès del menor; adopció.

Abstract

The Spanish Supreme Court deals with a case of surrogacy in which, once the child is born in a foreign country, the maternal filiation in Spain is judicially claimed for the intended mother absent any genetic link based on the possession of status. In the case resolved by the Spanish Supreme Court of March 31, 2022, the legal path chosen by the claimant is not the recognition of filiation as established by the foreign authorities where the birth has taken place, but the judicial claim of maternity, manifested by the possession of status, in the child's best interest. This makes it necessary to analyse whether the appearance of filiation is a mechanism for determining filiation, and whether the child's best interest must inevitably lead to attributing legal maternity to the woman who plays the role of mother, even without a genetic link. The Spanish Supreme Court also refers to public order and how surrogacy violates fundamental rights, arguments which, although important because they reveal the position of the highest court, are not relevant in this particular case.

Keywords: surrogacy; filiation; public order; child's best interest; adoption.

1. Introducción

Antes de describir los hechos y centrar la controversia jurídica del caso resuelto por la STS de 31 de marzo de 2022, conviene hacer alusión a algunas normas sobre la gestación por sustitución en España.

1.1 La filiación derivada de la gestación subrogada

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) considera nulos de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución, sean remunerados o gratuitos. Como es sabido, lo que es nulo no puede producir efectos jurídicos. Sin embargo, si la práctica llega a tener lugar, y ha nacido un niño o niña, la Ley establece normas sobre filiación. La maternidad legal queda determinada por el parto (art. 10.2 LTRHA), siguiendo la idea clásica *mater semper certa est*. Lo relevante a efectos legales es el hecho biológico del parto, con independencia del dato genético, es decir, de si el óvulo es de la mujer gestante, de la mujer comitente o de donante. El padre biológico que quiera ver reconocida su paternidad legal deberá ejercitar una acción judicial de reclamación de paternidad (art. 10.3 LTRHA).

Dada la prohibición legal en España de la gestación por sustitución, que puede llegar a tener incluso consecuencias penales, algunas personas viajan a otros países en los que la práctica es legal, para celebrar allí un contrato de gestación subrogada. Esto ha dado lugar al fenómeno de turismo reproductivo, aplicado no solo a la gestación subrogada, sino a cualquiera de las técnicas de reproducción asistida que el ordenamiento jurídico del lugar de residencia no permite. El nacimiento se inscribe en el Registro civil del país donde ha nacido, según las normas aplicables en ese Estado y, con posterioridad, los comitentes solicitan el reconocimiento de esa filiación en España.

La inscripción de nacimiento en el Registro civil español debe seguir las indicaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN, que hoy recibe el nombre de Dirección General de Seguridad jurídica y Fe pública). La Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución permite esa inscripción cuando al menos uno de los solicitantes sea español y presente una resolución judicial extranjera. No basta la presentación en el Registro civil español de una certificación registral extranjera (típicamente el acta de nacimiento), sino que es necesario aportar, como requisito *sine qua non*, una resolución judicial extranjera. Las personas que viajan a países cuya legislación sobre gestación subrogada no incluye un trámite ante la autoridad judicial (sea para autorizar

previamente, sea para aprobar posteriormente) no podrán beneficiarse del régimen de la Instrucción de 2010, que establece como único título válido la resolución judicial¹.

La Instrucción de la DGRN impone un control incidental previo de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se formalizó el contrato, para verificar que no se trata de un supuesto de tráfico de menores y que se protegen los intereses tanto de la mujer gestante (que su consentimiento ha sido válido, voluntario y revocable), como del menor (en lo relativo al derecho a conocer el origen biológico, lo cual exige quede constancia de la identidad de la mujer gestante)².

1.2 La STS de 31 de marzo de 2022: hechos y controversia jurídica

En el caso objeto de comentario, la vía elegida para atribuir la filiación legal a la mujer comitente o madre de intención no es el reconocimiento de esa inscripción de nacimiento en México, sino la reclamación judicial de la maternidad manifestada por posesión de estado, acción que interpone no la madre de intención, sino su padre, es decir, el abuelo de intención. Veamos³.

Aurelia, de 46 años y nacionalidad española, deseando tener un hijo sola, contacta con la empresa “México Subrogacy”, sociedad de responsabilidad limitada, para celebrar un contrato de gestación por sustitución en el Estado de Tabasco en México. Ni Aurelia (por problemas de infertilidad) ni la mujer gestante aportan material genético propio⁴, y la técnica empleada es la

¹ La DGRN dictó una nueva Instrucción, en fecha 14 de febrero de 2019, para admitir la posibilidad de inscribir una mera certificación registral extranjera, o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en el extranjero en el que conste la identidad de la madre gestante extranjera, siempre que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español. Ello podía tener lugar o bien mediante sentencia recaída en procedimiento de filiación, o bien mediante reconocimiento de filiación paterna acompañado de la correspondiente prueba de ADN. Esta Instrucción se dictó para dar solución a los casos de gestación subrogada en Ucrania, país que no exige resolución judicial para la validez del acuerdo de gestación por sustitución ni para el establecimiento de vínculos jurídicos de filiación con los comitentes. Esta solución permitía inscribir la paternidad tras la acreditación del vínculo genético mediante la prueba de ADN y, en un momento posterior, la pareja podía adoptar al menor. Sin embargo, la Instrucción no llegó a ser publicada en el BOE y cuatro días después la DGRN publicó una nueva Instrucción, de 18 de febrero de 2019, dejando sin efectos a la de 14 de febrero, volviendo al régimen establecido en la Instrucción de 2010.

² Para la práctica registral, me remito a Díaz Fraile, Juan María (2019) La gestación por sustitución ante el Registro civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, nº 1, pp. 53-131.

³ Los hechos están detalladamente descritos en la sentencia de la Audiencia Provincial, más que en la sentencia del Tribunal Supremo, como es habitual. Los nombres de las personas cambian: Aurelia es Rosaura, Pedro Enrique es Imanol, Luis Miguel es Claudio. La mujer gestante recibe el nombre de Antonia en la SAP, aunque permanece innominada en la STS.

⁴ De ahí que la gestante sea “sustituta”, no “subrogada”. Según el Código civil para el Estado de Tabasco, “se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso”

fertilización *in vitro* con material genético procedente de donantes, con posterior transferencia de embriones.

En 2015 nace Pedro Enrique, fruto de esa gestación por sustitución, y el nacimiento se inscribe en el Registro civil de México. En la inscripción de nacimiento consta Aurelia como madre legal, sin mención de otro progenitor. El Registro civil central español deniega la inscripción del nacimiento de Pedro Enrique, indicando que puede solicitar la inscripción de nacimiento fuera de plazo previa obtención de determinación judicial de la filiación, o por adopción del menor. Tras el nacimiento, regresan a España, y Aurelia ejerce de modo real y efectivo las funciones de madre de Pedro Enrique, atendiendo y cuidando al menor. El menor tiene la nacionalidad mexicana, al no haberle sido reconocida la española, y los apellidos de Aurelia.

En 2018, Luis Miguel, padre de Aurelia, interpone una demanda judicial de determinación de la filiación materna de Aurelia por posesión de estado. La sentencia de Juzgado de Primera Instancia, de 19 de febrero de 2019, desestimó la demanda presentada, sentencia que fue revocada por la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 1 de diciembre de 2020⁵. La SAP declara que Aurelia es la madre del menor Pedro Enrique, y ordena la inscripción en el Registro Civil respetando los apellidos que le impusieron al menor al nacer y constan en la documentación registral extranjera. El argumento principal es que, existiendo posesión de estado (actos continuados y reiterados que revelan la existencia de una relación de hecho asimilable a la filiación), es conforme con el interés superior del menor declarar la filiación reclamada.

El Ministerio Fiscal interpuso un recurso de casación por infracción de normas aplicables, en concreto, el art. 131 *in fine* del Código civil (CC) y el art. 10 LTRHA. El recurso presenta interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la determinación de la filiación de los nacidos tras un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres comitentes en la STS 6 de febrero de 2014⁶.

La STS, Sala 1^a (Pleno), 277/2022, de 31 de marzo, rechaza los argumentos de la SAP. Centrada así la controversia en la posesión de estado y el interés del menor, conviene analizar si la posesión de estado es un mecanismo de determinación de la filiación, y si el interés superior del menor debe llevar ineludiblemente al establecimiento de vínculos legales entre la mujer que desempeña el papel de madre y el menor, aunque no existan vínculos genéticos. Además, y como

(art. 92.4^º). La aportación de material genético de la mujer gestante es relevante porque, si está casada, opera la presunción de paternidad del marido, siempre que haya convivencia, “excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare” (art. 92.5^º).

⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 947/2020, de 1 de diciembre.

⁶ STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Los comitentes solicitaron después la nulidad de actuaciones, que el TS denegó en el Auto 2 febrero 2015.

hace la sentencia, veremos la relación entre la gestación subrogada, el orden público y la vulneración de derechos fundamentales, para terminar con unas observaciones en torno al cauce legal que queda abierto para Aurelia, que es la adopción.

2. La posesión de estado en las acciones de reclamación de filiación

En la sentencia objeto de comentario lo que se pretende no es el reconocimiento de la inscripción registral mexicana, sino una cuestión distinta: la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española, concretamente el art. 131 CC. Por tanto, es necesario analizar si es posible determinar la filiación (en este caso materna) manifestada por la posesión de estado, cuando la mujer comitente puede demostrar que lleva ocupándose del cuidado del menor nacido tras la práctica de la gestación subrogada, aunque no tiene vínculo genético con el menor.

Centrada en estos términos la petición judicial y, como cuestión previa, puede surgir la duda acerca de cuál es el Derecho aplicable, si el mexicano o el español, dado que el menor ha nacido en México y reside en España. El art. 9.4 CC establece que “la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de establecimiento de la filiación.” El precepto añade otros criterios, de aplicación supletoria a falta de ley de residencia habitual, pero como en el momento de la interposición de la acción judicial el menor reside habitualmente en España, no hace falta indagar en ellos.

Resulta aplicable, por tanto, el Derecho español en su conjunto. La parte demandante alega que es aplicable el art. 131 CC, pero no el art. 10.1 LTRHA. El Tribunal Supremo confirma la aplicación del Derecho español, de conformidad con el art. 9.4 CC, y recuerda que “no puede aceptarse la aplicación del Derecho español en lo que interesa a la demandante y que no se aplique en lo que no conviene a su pretensión” (FJ 2).

El Código civil regula las acciones de reclamación de la filiación, sea materna y paterna, y el primer párrafo del art. 131 CC señala que “cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado”. La posesión de estado⁷ es una situación de hecho que, según la doctrina y la jurisprudencia, se caracteriza por tres elementos: *nomen*, *tractatus* y *fama*. *Nomen* hace referencia al uso habitual de apellidos del

⁷ Señala Quesada González, M^a Corona (2012) La determinación judicial de la filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina, se acredita y se prueba la filiación, Bosch, Barcelona, p. 309, que “la posesión de estado debe su denominación a dos de las instituciones que más quebraderos de cabeza han causado a los juristas: la posesión y el estado civil. Por eso no debe extrañar que resulte difícil perfilar esta figura y explicar sus elementos.”

progenitor por parte del menor; *tractatus* es el trato que da una persona a otra como hijo, y que se manifiesta no solo en la asunción de obligaciones económicas, sino sobre todo en la relación afectiva, en las actividades ordinarias y habituales que comparten, en los actos y actitudes propios de un padre o una madre; la *fama* implica que esos actos tienen trascendencia en el ámbito público o social. El *tractatus* y la *fama* vienen a ser la manifestación interna y la externa de la relación de filiación: el tratar a una persona como hijo no queda reducido al ámbito interno doméstico, sino que ese trato se exterioriza, tanto porque terceras personas ven, perciben ese trato materno-filial, como por la forma de relacionarse con terceros, de modo que todos llegan a creer que son, efectivamente, madre e hijo. Los amigos, los vecinos, la escuela, el centro de atención primaria identifican la conducta como reveladora de una relación filial. La jurisprudencia exige que esos actos sean continuados y reiterados. La posesión de estado es, en definitiva, la apariencia de una relación familiar, “constante” y pública.

Visto el concepto, procede analizar qué funciones cumple esa posesión de estado. La doctrina civil distingue entre medios de determinación y medios de acreditación de la filiación. Los medios de determinación permiten establecer legalmente el vínculo jurídico de filiación, lo cual es indispensable para que genere efectos en el ámbito jurídico; los medios de acreditación otorgan legitimación para actuar en el tráfico jurídico, permiten demostrar esa filiación existente (como la certificación del Registro civil). La posesión de estado no es un medio de determinación de la filiación pues no está incluida en los preceptos que se ocupan de ellos⁸; la posesión de estado no permite, por sí misma, la constatación formal de la filiación. La posesión de estado es un medio de acreditación subsidiario, que sirve para demostrar la filiación ya determinada (art. 113 CC⁹), y es un medio de prueba que se aporta al proceso judicial para demostrar la filiación (art. 767.3 LEC¹⁰).

La posesión de estado, que es apariencia de filiación, no es, por sí misma, un medio que permita determinar la filiación, sino que es un medio de prueba indirecto de la filiación que se

⁸ Según el art. 115 CC “La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1.º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2.º Por sentencia firme.” Dispone el art. 120 CC que “La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil. 2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. 3.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. 4.º Por sentencia firme. 5.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.”

⁹ Art. 113 CC: “La filiación se acredita por la inscripción en el registro civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado.”

¹⁰ Art. 767.3 LEC: “Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.”

reclama o impugna y que facilita su determinación. Por eso las referencias a la posesión de estado se concentran en el capítulo del Código civil dedicado a las acciones judiciales de filiación, porque es en esa sede donde la posesión de estado despliega sus efectos¹¹. La posesión de estado es un elemento relevante en el Derecho español en la medida en que amplía el círculo de personas legitimadas para el ejercicio de las acciones judiciales, así como el plazo de ejercicio de esas de esas acciones. Ello es así para aumentar las posibilidades de reclamación, para que la situación de hecho coincida con la filiación formal. Habitualmente la filiación vivida coincide con la real, y cuando los tribunales establecen la filiación acreditada por posesión de estado, consideran probada la existencia de un vínculo biológico. La posesión de estado no es una homologación de la apariencia de filiación, a modo de confirmación de que, efectivamente, una persona ejerce el rol parental y lo quiere seguir ejerciendo, sino que es acreditación de que se comporta como padre o madre porque lo es, existiendo vínculo genético entre ellos. En el proceso judicial no puede quedar determinada una filiación por naturaleza manifestada por la posesión de estado si queda demostrado que la realidad biológica es otra. La STS de 31 de marzo de 2022 hace una aplicación correcta del concepto de posesión de estado¹², y no determina la filiación por naturaleza.

Conviene, finalmente, hacer algunas observaciones de carácter procesal. En primer lugar, puede surgir alguna duda acerca de si el abuelo de intención está legitimado para interponer la acción de reclamación de filiación. En principio parece que sí, dado que la legitimación para reclamar la filiación manifestada por la posesión de estado corresponde a “cualquier persona con

¹¹ La posesión de estado también puede tener relevancia en sede extrajudicial, para determinar la filiación mediante un acto de reconocimiento en el Registro civil. Según la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC), el reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento es posible mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las circunstancias mencionadas en el art. 44.7. Entre ellas, “2.ª Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.” Ahora bien, si existe oposición, será necesario el ejercicio de la acción judicial de reclamación de filiación paterna o materna de que se trate. Luego la posesión de estado, por sí sola, no lleva a la determinación de la filiación, sino que es una circunstancia de hecho (esa apariencia de hecho) que permite atribuir validez a la declaración de reconocimiento de la filiación. El elemento que determina la filiación en este caso no es la posesión de estado, sino el reconocimiento o, en su caso, la resolución del Registro civil.

¹² En este sentido, Muñoz Rodrigo, Gonzalo (2022) Maternidad subrogada: ni posesión de estado, ni negación de efectos. *Adopción, Actualidad civil*, nº 5, p. 11 (versión online impresa); Farnós Amorós, Esther, La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. *Anuario de Derecho Civil* (en prensa. Agradezco a la autora el envío del artículo). Algunos autores, en trabajos publicados antes de conocerse el fallo de la STS, han sido críticos con la SAP, como Quicios Molina, M. Susana (2021) Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado... e interés superior del menor, en *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, de Yolanda Bustos Moreno y Virginia Múrtula Lafuente (coords.) Dykinson, Madrid, pp. 277-317, en p. 279, quien la califica de “desconcertante”. En cambio, otros se han mostrado conformes con el criterio de la SAP, como Múrtula Lafuente, Virginia (2022) La determinación de la filiación “contra legem” del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16, pp. 3424-3465, en pp. 3459-3460.

interés legítimo” (art. 131.1 CC)¹³. Este interés legítimo lo tiene, con carácter general, cualquier persona que pueda resultar directamente afectada por la decisión, sea en sus bienes o derechos. Otra cosa es que, analizada la petición, resulte desestimada, pero esto no se sabe hasta que se examine el fondo del asunto. El problema reside en el límite del segundo párrafo del art. 131 CC: “se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”, que responde a la idea fijada en el art. 113.2 CC (“no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria”). La incompatibilidad entre filiaciones contradictorias impide reclamar una filiación que contradiga otra legalmente determinada, lo que obliga a impugnar simultáneamente la filiación contradictoria (art. 134 CC), lo que no se ha hecho en este caso.

En segundo lugar, no parece que la legitimación pasiva esté bien constituida. En los procesos de reclamación de filiación, son parte demandada las personas a las que se atribuya la condición de progenitores y de hijo (art. 766 LEC). Luego si la acción la interpone el abuelo de intención, los demandados deben ser la madre de intención y el menor. De los datos que constan, no parece que se haya demandado al menor, por lo que no está correctamente representado en el juicio¹⁴.

En tercer lugar, cabe hacer alguna precisión en cuanto a la acción ejercitada. El abuelo de intención interpone una “acción de determinación legal de la filiación materna por posesión de estado” aunque, en puridad, no se prevé legalmente una acción judicial de determinación específica y distinta de la acción de reclamación de filiación¹⁵. La acción de reclamación tiene como finalidad determinar una filiación que no consta (sea paterna o materna) o, cuando se ejercita junto con la acción de impugnación, porque la que consta formalmente no coincide con la realidad biológica. La acción judicial de reclamación de filiación no es una acción declarativa de la posesión de estado, sino una acción declarativa de la filiación en la que la prueba se aporta por medios indirectos, aquí la posesión de estado. Si la sentencia llega a establecer la maternidad, esa filiación queda determinada por la sentencia judicial, no por la posesión de estado (art. 120 CC). El tribunal habrá llegado al convencimiento de que la apariencia de hecho revela la relación biológica, pues el fundamento de la posesión de estado es la relación biológica.

¹³ En una futura reforma del Código civil, esta legitimación tan amplia podría verse reducida. Así, Barber Cárcamo, Roncesvalles (2018) Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación, en Retos actuales de la filiación, Asociación de profesores de Derecho civil, Tecnos, Madrid, pp. 69-117, en p. 74, considera que debería quedar limitada a los progenitores y al hijo.

¹⁴ Quicios Molina, M. Susana (2021) Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado... e interés superior del menor, en *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, de Yolanda Bustos Moreno y Virginia Múrtula Lafuente (coords.) Dykinson, Madrid, pp. 277-317, en p. 315.

¹⁵ Quesada González, 2012, pp. 214-217.

En los últimos años, la posesión de estado ha cobrado un papel relevante en casos de doble maternidad derivada de técnicas de reproducción asistida (STS de 5 de diciembre de 2013 y de 15 de enero de 2014). Sin embargo, no parece que de estos casos concretos pueda extraerse la conclusión de que la realidad fáctica lleva ineludiblemente a la determinación de la filiación a pesar de la ausencia de una vinculación biológica, en la medida en que la posesión de estado viene a reforzar el consentimiento prestado ante el centro autorizado para la práctica de las técnicas de reproducción asistida¹⁶. La filiación derivada de doble maternidad y la filiación derivada de la gestación por sustitución son situaciones distintas que no es seguro deban tener la misma solución, máxime cuando una situación está admitida (art. 7.3 y 8 LTRHA), y la otra no (art. 10.1 LTRHA). En otro caso más reciente, de 27 de enero de 2022, no se consideró probada la posesión de estado.

3. El art. 10 LTRHA integra el orden público español

La STS objeto de comentario reitera, como ya hizo con anterioridad, que el contrato de gestación por sustitución es una práctica contraria, “manifiestamente contraria”, precisa ahora (FJ 3º.1), al orden público español. Esto deriva no solo del art. 10 LTRHA, que establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, sino de la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales. Sin embargo, aunque estemos de acuerdo con esa afirmación, resulta innecesaria esta referencia al orden público en la medida en que lo que tiene que resolver el tribunal no es un reconocimiento de documento extranjero (donde sí entra en juego el orden público) sino una cosa distinta: la reclamación de filiación materna.

En la medida en que la STS de 31 de marzo de 2022 hace afirmaciones en torno al orden público, será obligado introducir ahora alguna reflexión, aunque su aplicación es para otro tipo de casos, de reconocimiento en España de la filiación establecida al amparo de una legislación extranjera que permite la gestación subrogada. Con anterioridad, el Tribunal Supremo se ha ocupado de la filiación derivada de la gestación subrogada (STS 6 de febrero de 2014 y Auto TS 2

¹⁶ Son muchos los comentarios publicados de estas sentencias. Por citar solo algunos: Barber Cárcamo (2014), Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, nº 28, pp. 93-136; Farnós Amorós, Esther (2015) La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, pp. 5-61.; De la Fuente Núñez de Castro, Mª Soledad (2015) Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014, *Indret*, pp. 1-35; Cadenas Osuna, Davinia (2022), La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, pp. 69-114.

de febrero de 2015), en un caso de en que la solicitud giraba en torno al posible reconocimiento de un certificado de nacimiento extranjero (inscripción en el Registro civil de California). La demanda fue desestimada por resultar incompatible con el orden público español, constituido por los derechos fundamentales y el art. 10 LTRHA. La posición del Tribunal Supremo no ha variado en este punto.

El orden público puede ser un obstáculo al reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución plenamente válida en el extranjero. De todos modos, también hay que tener en cuenta que el Estado español aplica un orden público atenuado porque puede reconocer algunos efectos a situaciones jurídicas creadas en el extranjero, sin que ello conduzca ineludiblemente a la admisión de la institución que se opone al ordenamiento jurídico. La Instrucción DGRN de 2010 así lo avala. Basta pensar en la poligamia, que está prohibida en España, incluso sancionada penalmente, aunque puede generar algunos efectos.

La STS de 31 de marzo de 2022 menciona la relación entre gestación por sustitución y venta de niños. El Comité de los derechos del niño ha mostrado en varias ocasiones su preocupación en este sentido¹⁷. La Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, obliga a los estados a tomar todas las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños (art. 35)¹⁸. El Protocolo opcional 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, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo de 2000, 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” (art.2.a)¹⁹.

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, presentó un Informe en la Asamblea General de la ONU, el 15 de enero de 2018, en el que afirmó de manera contundente que “la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños” (§41). La definición de venta de niños consta de tres elementos: a) “remuneración o cualquier otra retribución” (pago); b) el traslado del niño (traslado²⁰); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por el traslado) (§42). Aunque la gestación

¹⁷ Comité de los derechos del niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, 7 de julio de 2014, párr. 57 y 58; y Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de los Estados Unidos de América, 12 de julio de 2017, párr. 24 y 25.

¹⁸ El instrumento de ratificación fue publicado en el BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897-38904.

¹⁹ El instrumento de ratificación del protocolo fue publicado en el BOE, núm. 27, de 31 de enero de 2002, pp. 3917-3921.

²⁰ El traslado hace referencia no solo al aspecto físico de entrega del bebé, sino al traslado jurídico, que incluye la renuncia de la mujer gestante de la relación jurídica con dicho bebé, sino la atribución de la relación jurídica de filiación a los comitentes, con independencia

por sustitución de carácter altruista quedaría, por la ausencia misma de pago, excluida de la consideración de venta, lo cierto es que el informe advierte de que no debe quedar al margen del Protocolo facultativo, en la medida en que, si existe pago de ciertos reembolsos (que no son razonables, o no están detallados) o si participan intermediarios, podemos estar ante una venta encubierta (§69).

Sin embargo, no menciona la STS objeto de comentario que la propia Relatora especial matizó esa postura en un Informe posterior, presentado ante la Asamblea General de la ONU, el 15 de julio de 2019. Dada la diversidad de marcos regulatorios, este informe se centra en la necesidad de asegurar la protección de los derechos de los menores. La Relatora especial reconoce la dificultad de evaluar el interés superior del niño cuando ya ha nacido y vive con los comitentes, aunque admite que “rara vez redundaría en el interés superior del niño negarse a reconocer o conceder la paternidad que refleje la realidad vivida por el niño” (§ 44).

Esta es la idea que subyace los esfuerzos de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado que desde 2015 está trabajando en un instrumento internacional para regular el reconocimiento de la filiación derivada de gestación subrogada. En el Informe de 2019, la Relatora especial anima a los Estados a participar en la elaboración de ese convenio internacional porque, aunque reconoce que no quedarán resueltas todas las cuestiones de la gestación por sustitución, como mínimo se garantizará la seguridad jurídica de los niños.

Conviene examinar la regulación mexicana, pues a ese país acudió Aurelia para tener un hijo mediante la gestación por sustitución. En México no existe una regulación federal sobre la gestación subrogada, pero sí en algunos estados, permitiéndola (Tabasco y Sinaloa) o no (Querétaro), aunque la mayoría mantiene un silencio sobre esta práctica. Dado que Aurelia acudió a Tabasco, traigo aquí la legislación de ese estado. El estado mexicano de Tabasco introdujo en 1997 la posibilidad de inscribir en el Registro civil a los menores nacidos a partir de acuerdos de gestación subrogada. Esta mención tan breve abrió las puertas a esta práctica, pero la falta de regulación detallada unido al cierre de otros países a los extranjeros (India desde 2012, Tailandia desde 2014) convirtió a Tabasco en destino de turismo reproductivo.

Esa regulación más detallada se hizo en enero de 2016, a través de una reforma del Código civil para el Estado de Tabasco, con la inclusión de requisitos adicionales²¹. Los contratantes deben ser ciudadanos mexicanos; la mujer contratante debe presentar acreditación médica de imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero, y que tener entre 25 y 40 años (art. 380 bis 5). Sin embargo, algunas de estas disposiciones fueron

de cualquier vínculo genético.

²¹ La reforma modificó el art. 92 sobre la maternidad legal, y añadió el “Capítulo VI bis. De la gestación asistida y subrogada”.

revisadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que consideró que exigir nacionalidad mexicana a los comitentes resulta desproporcionado (hoy se exige, eso sí, residencia legal en México) y que las exigencias de edad e infertilidad de la mujer comitente constituyen una discriminación por razón de género y una injerencia indebida en la vida privada²². La misma suerte tuvo la prohibición de celebrar contratos de gestación en los que intervengan “agencias, despachos o terceras personas”, so pena de nulidad del contrato (art. 380 bis 4 Código civil para el Estado de Tabasco); la Suprema Corte la consideró contraria a la libertad de trabajo y comercio²³. Por tanto, aunque en 2016 el legislador quiso cerrar las puertas al turismo reproductivo e impedir aventuras como la de Aurelia, ciudadana española que contacta con una empresa mexicana para tener un hijo mediante gestación por sustitución en el Estado de Tabasco, la Suprema Corte permite que se repita en idénticos términos.

4. La gestación subrogada comercial vulnera derechos fundamentales

El Tribunal Supremo ha insistido en la idea de que la gestación subrogada vulnera derechos fundamentales, tanto de la gestante como del nacido. Señala que la gestación subrogada vulnera los derechos de la mujer gestante, en particular, la autonomía personal, la integridad física y moral, la intimidad y la confidencialidad médica, lo cual es contrario a su dignidad. Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia. En relación con el futuro niño, se le priva del derecho a conocer su propio origen y se le cosifica pues se le concibe como objeto del contrato. Además, dada la ausencia de control de la idoneidad de los comitentes, puede llevar a resultar gravemente lesivo para su integridad no solo moral, sino física.

Es de agradecer que el Tribunal Supremo haya reproducido literalmente una parte del contrato de gestación por sustitución firmado entre las partes (FJ 1^o.2), lo que permite conocer el contenido del mismo e identificar claramente aquellas cláusulas que vulneran derechos fundamentales. Seguidamente paso a exponer algunas de ellas, de forma resumida, y que hacen referencia a las obligaciones de la gestante durante el procedimiento de fertilización *in vitro*, durante el embarazo, y con posterioridad al nacimiento. La gestante queda obligada a la entrega

²² Para más detalles, Sosa Pastrana, Fernando (2022). La gestación por subrogación en México, en *La gestación por subrogación en América Latina*, N. Espejo Yaksic, C. Fenton-Glynn, F. Lathrop Gómez, J.M. Scherpe, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 262-263.

²³ Sosa Pastrana, p. 268.

física del niño (que vendría a ser el objeto del contrato), y renuncia a sus derechos como madre. Además, llama la atención que las decisiones más fundamentales quedan en manos de la futura madre; la gestante parece que renuncia también a dar su consentimiento médico durante todo el proceso, antes, durante y después del embarazo: las decisiones recaen sobre la futura madre y/o el médico especialista, y la gestante ni siquiera parece tener derecho a opinar. Veamos:

(a) Durante el procedimiento de fertilización *in vitro*

Antes de iniciar la fertilización *in vitro*, la gestante será sometida a evaluaciones físicas y psicológicas no solo según criterio médico, sino según criterio de la llamada futura madre. Así, el contrato dispone que la gestante se someterá a exámenes médicos, análisis de sangre y otras pruebas psicológicas que determine la futura madre, para que el médico determine si la gestante sustituta es apta para este procedimiento. La gestante renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evalúan compartir dichos resultados con la futura madre.

Durante el proceso de fertilización *in vitro*, la gestante no recibe compensación alguna. “En caso de que la gestante sustituta se someta a 2 (dos) ciclos o más de fertilización *in vitro* y ésta no llegase a quedar embarazada, no habrá compensación.” Eso sí, la futura madre pagará todos los honorarios generados por el proceso médico.

El proceso de fertilización *in vitro* obliga a las partes a “A.- Llevar a cabo tantas transferencias embrionarias sean necesarias, a la misma gestante sustituta, hasta terminar con todos los embriones salvo que el médico especialista determine que la gestante sustituta no está apta para continuar con más intentos. B.- Llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida. C.- No existirá la posibilidad de reducción embrionaria. D.- La gestante sustituta se compromete y obliga a seguir todas las instrucciones del médico de fecundación *in vitro* hasta ser derivado con su obstetra, la gestante sustituta comprende que deberá tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo según las instrucciones del médico de fecundación *in vitro*. E.- La gestante sustituta se deberá presentar a todas las pruebas médicas determinadas por el médico de fecundación *in vitro* incluyendo sin limitación: ultrasonidos y pruebas frecuentes de sangre. [...] G. La gestante sustituta deberá permanecer 3 (tres) días en cama después de la transferencia de embriones.”

(b) Durante el embarazo

El contrato establece las conductas a seguir y las conductas a evitar durante el embarazo de la gestante sustituta. La gestante podrá recibir instrucciones y recomendaciones médicas, “que pueden incluir pero no están limitados a: mantener una dieta consistentemente nutricional, procedimientos de ultrasonidos frecuentes, prolongada abstinencia de relaciones sexuales, abstenerse de tatuajes, perforaciones en el cuerpo y efectos o cirugía estética, interrupción del ejercicio vigoroso, la prohibición de la auto administración de medicamentos por vía oral o por inyección.” Entre las conductas a evitar por la gestante, se incluye expresamente las siguientes: se compromete a no fumar tabaco u otras hierbas, ni a exponerse a los humos del tabaco, a no ingerir bebidas alcohólicas, bebidas energéticas, bebidas con cafeína, a no tomar drogas ilegales, ni a tomar hierbas o medicamentos naturales sin el consentimiento del médico tratante; no comerá carne o pescado crudo, ni se expondrá a excrementos de animales ni se someterá a esfuerzos físicos; la gestante se abstendrá de participar en cualquier actividad, ocupación o empleo que pueda afectar negativamente al embarazo, según las instrucciones médicas, incluyendo sin limitación levantar objetos pesados, radiografías no esenciales, exposición a sustancias químicas nocivas, deportes o actividades peligrosas. Estas indicaciones son las propias de cualquier embarazo. La única diferencia aquí es que se configuran no como recomendaciones, sino como obligaciones.

Lo que identifica este embarazo “por encargo” respecto a otros embarazos son los aspectos que señalo a continuación, algunos de los cuales afectan a derechos fundamentales. Primero: el médico ginecólogo es seleccionado por la futura madre, no por la gestante. Segundo: la gestante queda obligada a “informar semanalmente a la futura madre, a través de la persona coadyuvante, sobre toda la información, pruebas, resultados médicos, ecografías y citas médicas relativas al embarazo”. Tercero: la gestante asume la obligación de “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”. Cuarto: la futura madre queda autorizada no solo a hablar directamente con el médico tratante de cuestiones relacionadas con la salud del feto, sino que podrá estar presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo, de forma presencial o mediante representante designado por la sociedad mercantil “México Subrogacy”. Quinto: “La gestante sustituta no podrá salir de México durante la vigencia del presente acuerdo, además a partir de la confirmación del embarazo de gestación no podrá salir de la ciudad donde reside, ni realizar un cambio de domicilio, salvo que tenga un permiso por escrito de la futura madre en caso de suma urgencia para un viaje a otra ciudad el cual en ningún caso podrá dilatarse más de 4 (cuatro) días. También deberá informar a la futura madre la dirección de hospedaje e itinerario de su viaje.” Sexto: “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, salvo que sus actividades habituales les obliguen a ello y previa autorización de la futura madre, a través de la persona coadyuvante en tal virtud la gestante sustituta se compromete a cambiar su domicilio a la ciudad de DIRECCION000 Tabasco en el sexto mes de gestación, donde se quedará hasta el parto, siendo la futura madre quien cubrirá los gastos que esto genere, a través de la persona coadyuvante”. Séptimo: a solicitud del médico o de la futura madre, la gestante sustituta deberá someterse a “pruebas de diagnóstico prenatal y pruebas de diagnóstico amniocentesis, muestras la velloidad crónica, ultrasonido de alta resolución para las pruebas de paternidad o para determinar la salud del feto”. Octavo: en caso de que la gestante sustituta sufriera una enfermedad o lesión potencialmente mortal²⁴ (p.ej. muerte cerebral) “la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico tratante determine que está listo para el nacimiento. La firma de este acuerdo es la autorización de la gestante sustituta para permitir esas acciones médicas de soporte de vida por parte de la futura madre, los gastos médicos derivados de dicho soporte serán asumidos por la futura madre.”

El contrato incluye alguna referencia a la interrupción del embarazo, en los siguientes términos: “A.- La futura madre no podrá cancelar el embarazo, excepto para preservar la vida de la gestante sustituta. B - La futura madre y la gestante sustituta están de acuerdo en no seleccionar el número de fetos en el caso de un embarazo múltiple. C.- La gestante sustituta está de acuerdo en que sólo se someterá a un aborto cuando un médico tratante o un especialista determine con un certificado por escrito que la vida o salud de la gestante está en peligro. La gestante sustituta se compromete a informar a la futura madre antes de un aborto.”

En esta etapa del proceso, la obligación de la futura madre consiste en el pago de cantidades diversas, relacionadas con los gastos médicos y otros que se deriven del contrato. En relación con la compensación a la gestante, debe pagar una compensación a de 6.000 dólares, a pagar en seis cuotas de 1.000 dólares al mes, empezando a partir del tercer mes confirmado de embarazo. Sin embargo, parece que esta compensación entra en juego solo en el caso de un embarazo múltiple. El TS no recoge la cláusula en la que consta la compensación que recibe la sociedad mercantil, así como los seguros, en su caso.

²⁴ Esta cláusula se encuentra bajo la rúbrica “emergencia médica o soporte de vida”. El Tribunal Supremo solo incluye la parte que regula la situación en que la mujer está en una situación potencialmente mortal, pero no ha incluido la parte de la cláusula dedicada a la emergencia médica. Me inclino a pensar que, dado el papel que juega la futura madre, será esta también la que decida en caso de emergencia médica, y no la mujer gestante.

(c) Parto y después del parto

Cuando llegue el momento del parto, la gestante deberá informar de manera inmediata a la futura madre y a la sociedad mercantil “México Subrogacy”, y el nacimiento tendrá lugar en el hospital seleccionado previamente por la futura madre, salvo emergencia. La futura madre podrá estar presente en el momento del nacimiento del niño. La gestante acepta someterse a una cesárea, salvo indicación contraria del médico.

El niño será entregado a la futura madre “inmediatamente después del parto”²⁵. Es la futura madre la que elige el nombre del menor, y la gestante deberá autorizar al hospital a que ponga los apellidos de la futura madre, y a que el hospital entregue al niño a la futura madre al momento de darle el alta médica. La gestante renuncia también al derecho a tomar decisiones médicas por el niño después del nacimiento.

La futura madre será responsable del niño que nazca en virtud del contrato, sea sano o no. La futura madre no puede revocar su consentimiento (“no puede cancelar el embarazo, excepto para preservar la vida de la gestante sustituta”) y después del nacimiento será la madre legal, aunque el niño tenga “deficiencias físicas, psíquicas, neurológicas o cualquier otra deficiencia”.

Existe una asunción de riesgos por parte de la gestante, que ha recibido información oportuna sobre ellos, con liberación de responsabilidad civil y penal a la futura madre en caso de daños causados por la gestación. Parece que la gestante asume también el deber de estar informada de esos riesgos, pues no existe un correlativo deber de informar²⁶, que entiendo debería ir a cargo de la propia entidad mercantil. Es posible (la parte del contrato transcrito no lo incluye) que se haya concertado un seguro en favor de la gestante en caso de daños, dada la rúbrica de una de las cláusulas (“compensación, reembolso, seguros y otros costos”).

Por todos estos motivos, la STS recuerda la Resolución del Parlamento europeo, de 17 de diciembre de 2015²⁷, en la que condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como

²⁵ Lo repite varias el contrato: cláusula 1ª, 16ªE y 19ªB. La cláusula 16ªE incluye también esta referencia, que puede resultar contradictoria: la gestante sustituta autoriza a que “el hospital entregue al niño a la futura madre al momento de darle el alta médica”. Si la gestante desaparece del plano jurídico inmediatamente después del parto, esta referencia a la alta médica del nacido resulta innecesaria.

²⁶ “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”.

²⁷ Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo 2014 y la política de la Unión Europea al respecto.

materia prima, y estima que debería ser prohibida. Habría que añadir, además, que, en 2016, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa rechazó elaborar recomendaciones sobre la gestación subrogada, al entender que es incompatible con la dignidad de la mujer y del niño, y constituye una violación de sus derechos fundamentales.

La STS afirma que “no es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos” (FJ 3º.8). E incluye también duras palabras contra las agencias intermediadoras cuyo negocio es este tipo de prácticas, constatando cómo actúan en España sin traba alguna, mediante la publicidad (que es ilícita²⁸) y la organización de ferias en las que publicitan y promueven sus servicios. Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que reconocen haber ido al extranjero para tener un hijo mediante gestación por sustitución, “sin que las administraciones competentes para la protección de menores adopten medida alguna para hacer efectiva esa protección” (FJ 4º.6).

5. El interés del menor y la vía de la adopción

La Audiencia Provincial establece una filiación materna a partir de la existencia de una apariencia de filiación, con base en el interés superior del menor, que es un principio rector del ordenamiento jurídico (art. 2.2 LOPJM²⁹). Uno de los argumentos que subyace esta postura es que, en el caso concreto, la adopción no es posible, dado que no concurren los requisitos exigidos (de diferencia de edad entre el adoptado y el adoptante); para la STS la adopción sí es posible, y apunta el camino legal a seguir. Es preciso analizar, por tanto, si el interés del menor es un criterio suficiente para determinar una filiación en este caso en que no hay vínculo genético, y si la vía de la adopción es o no viable.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado³⁰, de difícil concreción, con un triple contenido³¹. Es un derecho del menor, directamente exigible; un principio general

²⁸ Es ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución” (art. 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad).

²⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, con las importantes reformas introducidas por leyes posteriores: Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

³⁰ Desde el Convenio sobre los derechos del niño, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989.

³¹ Como destaca la exposición de motivos (II, 1º) de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

de carácter interpretativo, que sirve para interpretar normas confusas o para colmar sus lagunas, y es también una norma de procedimiento, que exige ser tenido en cuenta en todos los procesos de toma de decisiones que afecten al menor³². La dificultad reside en que, una vez admitida la prioridad del interés del menor frente a otros intereses concurrentes, no hay acuerdo sobre cuál es ese interés y en qué se materializa. En todo caso, el interés del menor no debe ser valorado en abstracto, sino en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso.

¿Cuál es el interés de este niño concreto, que ha nacido de gestación por sustitución en México que ahora vive con la mujer que puso en marcha la gestación por sustitución y que actúa, a todos los efectos, como madre? El menor tiene interés, por un lado, en crear vínculos jurídicos (no solo afectivos) con las personas que se ocupan adecuadamente de él, por los importantes efectos que despliega (relaciones paterno-filiales, obligación de alimentos, derechos sucesorios, entre otros). Además, tiene interés en no ser separado de la única familia que conoce, máxime cuando llevan ya siete años de convivencia real y efectiva como familia *de hecho*. Por otro lado, tiene interés en una identidad (nombre, nacionalidad, filiación) que permanezca inalterada, sin variación en función del lugar en el que se encuentra. De momento, es hijo de la mujer comitente para el Derecho mexicano e hijo de la mujer gestante para el Derecho español.

El interés superior de Pedro Enrique lleva a atribuir la filiación materna a Aurelia. Ahora bien, el criterio del interés superior del menor no es una varita mágica que permita generar vínculos jurídicos que sean beneficiosos o útiles al menor, sin ninguna otra consideración. Este interés debe encontrar su cauce legal, pues no basta quererlo para que se determine la filiación materna. Como afirmó con anterioridad el Tribunal Supremo, la invocación indiscriminada del “interés del menor” no puede servir 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.” (STS 6 de febrero de 2014, FJ 5º.5).

El interés del menor no puede servir para incumplir la ley o ignorar los mecanismos legales previstos. El cauce legal que puede llevar a la creación del vínculo jurídico de filiación, a falta de relación biológica, es la filiación adoptiva. Es la vía a la que remiten los tribunales (de primera instancia, el Tribunal Supremo) que desestiman la demanda. Y, como veremos, la que el TEDH recomienda. La sentencia del Juzgado de primera instancia, tras desestimar la demanda, termina indicando que Aurelia podrá instar ante las autoridades competentes (en su caso, la Dirección General de la Familia y del Menor de la Comunidad de Madrid) la tramitación de expediente de

³² Para más detalles, García Rubio, M^a Paz (2020) ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n^o 13, pp. 14-49.

guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor y, declarada la filiación por adopción, inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que fueron impuestos al menor al nacer. La SAP, sin embargo, afirma que la adopción es inviable por la diferencia de edad existente entre ella y el menor, que supera los 45 años contemplados como máximo por el art. 175.1 CC.

Para el Tribunal Supremo, este límite no resulta aplicable porque el expediente de adopción no se tramita a propuesta de una entidad pública encargada de la protección de menores, sino a iniciativa de la persona adoptante, lo cual es posible si concurre alguna de las circunstancias previstas. Y una de las circunstancias legales es “llevar más de un año en guarda con fines de adopción” (art. 176.2.3º CC). Por ahora, el menor está bajo la guarda de Aurelia (art. 237 CC), pero esta guarda de hecho no coincide exactamente con la guarda con fines de adopción. Aurelia, como guardadora de hecho del menor, puede solicitar a la entidad pública encargada de protección de menores la constitución de un acogimiento temporal hasta que se constituya la adopción, así como facultades tutelares (art. 237.1 CC), aunque no parece necesario. En todo caso, el expediente de adopción exige una serie de pruebas para acreditar que Aurelia es persona idónea, además de la intervención del Ministerio fiscal. En el proceso judicial quedó acreditado que Aurelia tiene un trabajo estable y bien remunerado, que satisface las necesidades educativas y de atención médica del menor; el niño considera a Aurelia como madre y a Luis Miguel y esposa como abuelos, quienes a su vez consideran al niño como hijo y nieto, respectivamente. El Tribunal Supremo parece confiado en que la adopción culminará con éxito.

La adopción es también la opción señalada por el TEDH (Gran Sala), en el Dictamen de 10 de abril de 2019, en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, a partir de la solicitud formulada por la *Cour de Cassation* francesa³³. Si bien la Gran Sala no contesta exactamente las preguntas formuladas³⁴, concluye con las siguientes afirmaciones. En primer lugar, y en cumplimiento del derecho del niño al respeto de su vida privada (art. 8 CEDH), el Derecho interno debe prever el reconocimiento de una relación paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en

³³ El Protocolo nº 16 al CEDH permite a los altos tribunales de los países firmantes solicitar al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones relacionadas con la interpretación o aplicación de los derechos recogidos en el CEDH. Las opiniones consultivas serán solicitadas en el marco de asuntos que estén en trámite ante la jurisdicción nacional, serán emitidas por la Gran Sala, y no serán vinculantes. Francia es uno de los países que han firmado y ratificado el Protocolo nº 16, que entró en vigor el 1 de agosto de 2018. La primera solicitud planteada fue precisamente ésta sobre la gestación por sustitución, en el largo caso *Menesson*.

³⁴ Ver el análisis de Lazcoz Moratinos, Guillermo y Gutiérrez-Solana Journoud, Ander (2019) La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del Protocolo nº 1, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, nº 2, pp. 673-692.

el extranjero como "madre legítima". En segundo lugar, este derecho no exige un reconocimiento automático del certificado de nacimiento extranjero por parte del Registro civil nacional, sino que pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente. Eso sí, advierte que el procedimiento establecido por la legislación nacional debe garantizar prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño³⁵.

Por tanto, este dictamen u opinión consultiva del TEDH contempla la necesidad de que exista un mecanismo que lleve al reconocimiento de la maternidad de la mujer comitente, y señala que la adopción es una vía adecuada, eludiendo mencionar cuáles pueden ser esas otras vías. Lo que aclara ahora la STS objeto de comentario es que en España la reclamación de filiación por posesión de estado no es una de las vías legales para esta finalidad, y sí lo es la adopción. Ya señaló la vía de la adopción en la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, confirmada por Auto de 2 de febrero de 2015, una vez establecida la filiación paterna del que ha aportado material genético, para generar vínculos con su cónyuge o pareja de hecho.

Podrá alegarse que la adopción es un proceso largo que resulta inconveniente, pero es un inconveniente transitorio³⁶ y que permite un control público en aras a la protección del menor. En ausencia de relación biológica entre comitente y menor, cuando existe una convivencia efectiva y afectiva entre ambos, que tenga una duración relevante, esa familia *de facto* puede ser protegida, creando vínculos de filiación adoptiva. Es cierto que la adopción, como mecanismo para proteger a la familia de hecho, no siempre es viable, y que los padres comitentes no siempre cumplen los estrictos requisitos de la adopción. En ese caso, los jueces no tendrán otra opción y deberán desestimar la solicitud de adopción. Pero las valoraciones sobre la idoneidad del adoptante no son meros obstáculos, sino que deben percibirse como actuaciones necesarias para proteger a los menores. En algunos casos muy excepcionales las autoridades han intervenido para apartar al menor de los comitentes, solución amparada incluso por el TEDH, pero la convivencia en estos casos era breve³⁷. Nada indica que eso vaya a ocurrir en el caso de Aurelia.

³⁵ Destaca Álvarez, González, Santiago (2021) Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa, *Revista de Derecho Civil*, nº 2, pp. 193-219, en p. 217, que "si bien la doctrina del Dictamen es genuinamente "internacional" por el supuesto sobre el que recae y la solución que proporciona, la doctrina *Mennesson* hace abstracción de tal nota de internacionalidad: el derecho de los nacidos a ver establecida su verdadera identidad biológica no sabe de lugares de nacimiento".

³⁶ La tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente, según dispone el art. 34.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria.

³⁷ El TEDH no consideró en *Paradiso y Campanelli contra Italia*, sentencia de 24 de enero de 2017 (Gran Sala) que la interferencia de las autoridades italianas fuera desproporcionada, teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre los demandantes y el menor nacido por gestación por sustitución en Rusia y el breve período de tiempo que convivieron (8 meses), o en el caso *D. y otros contra Bélgica*, sentencia de 8 de julio de 2014, respecto a un menor nacido en Ucrania (3 meses).

6. Observaciones finales

Con independencia de la valoración que merezca la gestación por sustitución³⁸, el Tribunal Supremo en el caso de autos debe resolver la petición de reclamación de maternidad. En este caso concreto, dada la acción ejercitada y los motivos del recurso, la argumentación debe centrarse en la posesión de estado y en el interés del menor; todo lo demás (orden público, vulneración de derechos fundamentales) son afirmaciones *obiter dicta*.

El ordenamiento jurídico español no ha habilitado un cauce jurídico para reclamar la maternidad en casos como el previsto: mujer sola que quiere tener un hijo mediante la gestación subrogada en el extranjero sin aportar material genético. La STS de 31 de marzo de 2022 es correcta desde el punto de vista jurídico, ya que la posesión de estado, como hemos visto, no es un medio de determinación de la filiación a falta de vínculo biológico. Ahora bien, existe una vía que desemboca en la creación de ese vínculo jurídico, y esa es la adopción.

Existe un camino trazado para los que acuden a otros países a tener un hijo por gestación por sustitución: o reconocimiento de la resolución judicial extranjera conforme a la Instrucción de 2010 (con independencia de la procedencia del material genético), o acción de reclamación de paternidad (cuyo éxito dependerá del dato genético), con posterior adopción del menor por parte del cónyuge o pareja de hecho. La sentencia objeto de comentario añade que la adopción es también el cauce legal para la mujer sola, sin vínculo biológico con el menor nacido de gestación por sustitución, siempre claro, que cumpla los requisitos para ello³⁹.

Los defensores de erigir la voluntad procreacional como fundamento de la filiación verán en este caso una oportunidad perdida. Sin embargo, las normas aplicables a la reclamación de filiación son las que son, y el interés del menor no lo puede todo. El deseo de tener hijos no puede llevar a eliminar el control público de la situación creada. Si esta solución no resulta satisfactoria, deberán modificarse las leyes para dar cabida al elemento volitivo en la determinación de la maternidad derivada de reproducción asistida. La reforma normativa exige consenso

³⁸ Me parece que la gestación por sustitución no debería ser un medio alternativo para tener hijos, como argumenté en Navarro-Michel, Mónica (2018). La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?, en R. García Manrique (Coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 237-258. Igualmente, Casado, M., y Navarro-Michel, M. (Coords.) (2019). *Documento sobre gestación por sustitución*. Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona. Accesible en http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf.

³⁹ Así ha ocurrido en dos sentencias recientes del TEDH, en el asunto *Valdís Fjölvisdóttir y otros c. Islandia*, 18 de mayo de 2021, y en *A. M. c. Noruega*, de 24 de marzo de 2022. Véase el comentario de Farnós Amorós, en un artículo publicado en esta misma Revista de Bioética y Derecho.

parlamentario y debate social; no es algo que puedan decidir los jueces al margen de ese consenso. Mientras tanto, los jueces no pueden hacer más que aplicar las normas vigentes.

Bibliografía

- ◆ Álvarez González, S. (2021) Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa, *Revista de Derecho Civil*, nº 2, pp. 193-219.
- ◆ Barber Cárcamo, R. (2014) Doble maternidad legal, filiación y relaciones familiares, *Derecho privado y Constitución*, nº 28, pp. 93-136.
- ◆ _____ (2018) Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación, en *Retos actuales de la filiación*, Asociación de profesores de Derecho civil, Tecnos, Madrid, pp. 69-117.
- ◆ Cadenas Osuna, Davinia (2022), La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, pp. 69-114.
- ◆ Casado, M., y Navarro-Michel, M. (Coords.) (2019). Documento sobre gestación por sustitución. Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret – Universitat de Barcelona. Accesible en http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf.
- ◆ De la Fuente Núñez de Castro, M.S. (2015) Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014, *InDret*, pp. 1-35.
- ◆ Díaz Fraile, J.M. (2019) La gestación por sustitución ante el Registro civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, nº 1, pp. 53-131.
- ◆ Farnós Amorós, E. (2015) La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, pp. 5-61.
- ◆ _____ (2022). La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. *Anuario de Derecho Civil* (en prensa).
- ◆ _____ (2022). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza, *Revista de Bioética y Derecho*.
- ◆ Femenía López, Pedro J. (2019) *La determinación de la filiación “en interés del menor”*. Turismo reproductivo y nuevos modelos de familia, Dykinson, Madrid.
- ◆ García Rubio, Mª Paz (2020) ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 13, pp. 14-49.
- ◆ Lazcoz Moratinos, G.; Gutiérrez-Solana Journoud, A. (2019) La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo nº 1, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, pp. 673-692.

- ◆ Múrtula Lafuente, V. (2022) La determinación de la filiación “contra legem” del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16, pp. 3424-3465.
- ◆ Muñoz Rodrigo, G. (2022) Maternidad subrogada: ni posesión de estado, ni negación de efectos. Adopción, *Actualidad civil*, nº 5, pp. 1-18 (versión impresa).
- ◆ Navarro-Michel, M. (2018). La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?, en R. García Manrique (Coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 237-258.
- ◆ Quesada González, M.C. (2012) *La determinación judicial de la filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina, se acredita y se prueba la filiación*, Bosch, Barcelona.
- ◆ Quicios Molina, M.S. (2021) Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado... e interés superior del menor, en *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, de Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente (coords.) Dykinson, Madrid, pp. 277-317.
- ◆ Sosa Pastrana, F. (2022). La gestación por subrogación en México, en *La gestación por subrogación en América Latina*, N. Espejo Yaksic, C. Fenton-Glynn, F. Lathrop Gómez, J.M. Scherpe, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 246-276. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/la-gestacion-por-subrogacion-en-america-latina>.

Fecha de recepción: 3 de octubre de 2022

Fecha de aceptación: 5 de octubre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022