

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA*

ICIAR, CORDERO¹

UNIVERSIDAD JAUME I DE CASTELLÓN

1. Introducción

Nunca se ha permitido en España la gestación por sustitución, ni en la primera Ley 35/1988, de 22 de noviembre de reproducción asistida ni en la actual, cuyo art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante Ley 14/2006), considera el contrato nulo. Además, es tradicional considerar madre a la mujer que da a luz, de ahí que el nº 2 del art. 10 de la citada disposición establezca que la filiación de los hijos nacidos bajo estas técnicas será determinada por el parto, mientras que, con respecto al padre biológico, el ordinal 3 del art. 10 deja a salvo la acción de reclamación de la paternidad, conforme a las reglas generales.

Sin embargo, ha sido una realidad el deseo de acceder a la paternidad o maternidad, -a través de esta técnica reproductiva- de la persona o pareja que, por diversas circunstancias no pueden tener hijos por métodos naturales. La usuaria de las técnicas de reproducción asistida es la mujer (art. 6 Ley 14/2006), por lo que el hombre -solo o en pareja del mismo sexo- tiene vetado la aspiración y deseo de paternidad biológica,

* Recepción: 25/7/2023; evaluación: 18/10/2023; aceptación: 20/4/2024.

¹ Profesora titular de Derecho civil y Directora del Departamento de Derecho Privado de la Universitat Jaume I de Castellón.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

así como la mujer -sola o en pareja- que no pueda gestar y desea un hijo que tenga vinculación genética con ella o con su pareja.

No es habitual que se recurra a esta técnica de reproducción para tener un hijo sin ninguna vinculación genética, puesto que, el deseo de formar una familia puede verse culminado mediante la adopción. Sin embargo, pese a ello y frente a las dificultades y obstáculos para realizar la adopción de un niño, también se acude a esta técnica reproductiva.

La maternidad por sustitución ha ocasionado que, los diferentes estados que no lo permiten, como España, adopten soluciones protectoras del menor porque su interés superior obliga -aunque no siempre- al establecimiento de lazos o vínculos legales con los padres intencionales que, mediante la celebración de un contrato con la madre gestante, y en la que intervienen, con frecuencia, intermediarios, -rara vez no es así-, consiguen un niño con vulneración -aunque no siempre- de sus derechos y de los de las madres gestantes.

No es el objeto de este trabajo adentrarnos en la conveniencia o no de la regularización de la maternidad por sustitución puesto que es un tema con imbricaciones morales o éticas, pero, parece que el Tribunal de Estrasburgo nos aboca a ello. Cualquier regulación permisiva debe estar encauzada sobre la base de dos premisas fundamentales: el interés del menor a conocer, siempre, sus orígenes biológicos y el interés de la madre gestante, que no debe ser privada nunca de su maternidad salvo que exista una convicción clara y unívoca en su voluntad de renuncia al hijo que gesta, aunque no sea biológico, voluntad que no debe ser previa sino con posterioridad al nacimiento y ratificada trascurrido un período de tiempo, de tal manera que no haya duda alguna de su voluntad, siendo una decisión altruista. De ahí que, cualquier contrato de gestación por sustitución debe concluir en el momento del nacimiento del menor, dejando libertad a la gestante para el ejercicio de la patria potestad o su renuncia². Sin embargo, esta solución no satisface a las personas que recurren a esta técnica porque se encontrarían a expensas de la voluntad de la madre gestante que, con posterioridad al nacimiento del niño, puede revocar su consentimiento, como ocurre en Portugal (Vela Sánchez, 2022) o Reino Unido (Igareda González, 2020).

De ahí que, bien porque esté prohibido o porque la regulación legal no satisface los intereses de los padres comitentes, se recurre a otros países, lo que ha derivado en establecer los efectos derivados del contrato realizado en aquellos países que lo permiten, siempre abogando por el interés del menor y hasta cierto punto debido a la

² Véase Las conclusiones (72 a 76) del Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre “la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/G1800774.pdf>

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

presión que ejerce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que el menor pueda tener vínculos jurídicos con los padres intencionales o comitentes.

Los intereses en juego para determinar la filiación de los hijos nacidos bajo esta técnica -no permitida en nuestro Derecho- son dos: el interés del menor y el de la madre gestante. Se debe preservar el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos (art. 7 de la Convención de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y art. 5.5 Ley 14/2006 y art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (en adelante, Ley 54/2007) y, evitar que sea objeto de tráfico jurídico. Pero también el derecho de las madres gestantes a preservar su propia dignidad y a que su renuncia a la maternidad sea producto de una voluntad seria y adecuada conforme al ordenamiento jurídico español, esto es, con posterioridad al nacimiento y más concretamente, seis semanas tras el parto (art. 177.2 Código Civil).

El Tribunal Supremo, ya en la sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247), más recientemente en la sentencia núm. 277/2022, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS: 2022:1153), ha indicado la vulneración que se produce con esta técnica en la dignidad de la madre gestante y también en el propio menor, objeto de tráfico jurídico. No obstante, a pesar de ello, tras el nacimiento del niño se debe procurar, en la medida que se pueda, vínculos jurídicos que impliquen estabilidad del menor, aunque no sea, en todos los casos, mediante la determinación de la filiación.

2. Vinculación biológica del menor con alguno de los comitentes

2.1 Postura del Tribunal Supremo (TS).

2.1.1 Sentencia del Tribunal Supremo -Sala de lo Civil, Sección pleno- de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

Los hechos que dieron lugar a esta resolución fueron los siguientes: Dos varones casados en 2005 acuden a Los Ángeles –California- (EEUU) para realizar el contrato de maternidad subrogada. Como consecuencia tienen dos hijos (24-10-2008), se inscriben en el Registro Civil de Los Ángeles, y aparecen los varones como padres de los menores. Solicitan la inscripción en el Registro Civil Consular de España en California. Se deniega la inscripción.

La pareja recurre a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN), que revoca y ordena la inscripción, pues considera que no hay vulneración al orden público. Además, evita la discriminación por razón de sexo y satisface el interés superior del menor.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

El Ministerio Fiscal recurre a la jurisdicción ordinaria. La pareja presenta la siguiente documentación: Certificado de inscripción de nacimiento de los menores en el Registro Civil de Los Ángeles: aparecen como padres conforme a la legislación de California. Juzgado de Primera Instancia revoca la decisión de la DGRN y se confirma por la Audiencia Provincial de Valencia.

Se plantean varias cuestiones, entre ellas, dos nos resultan de mayor trascendencia como son las siguientes: si la certificación extranjera permite la inscripción de la filiación en el Registro civil español y el interés del menor.

- a. En cuanto a la primera cuestión: El reconocimiento de decisiones extranjeras.

La citada resolución concluye que la certificación de nacimiento extranjera no es título apto para solicitar la inscripción de la filiación. También la Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010, (BOE-A-2010-15317), ni mucho menos la simple declaración, acompañada de la certificación médico relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante por vulneración del orden público internacional español, sin perjuicio de los efectos que se puedan derivar de una resolución judicial extranjera³.

La maternidad, en nuestro ordenamiento jurídico, viene determinada por el parto mientras que la paternidad extramatrimonial por los medios establecidos en el art. 120 Código Civil.

La citada sentencia aborda el orden público internacional⁴ integrado por el conjunto de derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el título I de la

³ La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE nº 243, de 07/10/2019) ordena a los Registros Civiles consulares que sean desestimadas cualquier solicitud de inscripción de filiación de menores salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Conforme a esta última (BOE núm. 243, de 07 de octubre de 2010), sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, se atiende a garantizar los derechos del menor y de la madre gestante mediante el establecimiento de una serie de criterios que garanticen, entre otros, los derechos en juego, si la resolución judicial extranjera es similar a la española, realizando un control incidental de la misma para que pueda acceder la filiación del menor al registro civil. En el control incidental, el Encargado del Registro deberá verificar y hacer constatar entre otros presupuestos: -que se han garantizado todos los derechos de las partes, en especial de la madre gestante; - que no se produce la vulneración del interés del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de manera libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; -que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiere transcurrido, sin quien tenga reconocido la facultad de renovación, la hubiera ejercitado.

⁴ Cuatro de los nueve magistrados que integran el Pleno emitieron voto particular. Alegando que se puede inscribir el certificado extranjero en el Registro civil español conforme al art. 81 del Reglamento del

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

Constitución. Ello implica todas las normas que regulan la familia y más concretamente las relaciones paternofiliales con anclaje en el título I “derechos y deberes fundamentales”. “Derechos al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1) protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley como el conjuntos de normas que regulan en derecho de familia y, más concretamente la filiación.

Es evidente que en la regulación del derecho de familia no solo está presente el nexo biológico, pues “existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinante de la filiación”.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico y en la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios no se acepta que, con la adopción -incluida la internacional- y los avances en las técnicas de reproducción asistida se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestión y la filiación, “osificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo que determinados intermediarios realicen negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran muchas mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población. Y a esta preocupación también responde la regulación de las técnicas de reproducción asistida y, en concreto la gestación por sustitución. Por lo que el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida integra el orden público internacional español. Sin embargo, como hemos indicado anteriormente, no todos los magistrados de la Sala comparten el criterio de la mayoría y el voto particular formulado por cuatro de los magistrados sostiene que el orden público viene integrado por el interés del menor.

b. En cuanto a la segunda cuestión: el interés superior del menor

Registro Civil; No se vulnera el orden público internacional, pues se ha de distinguir entre la admisión de estas técnicas en España, -son ilegales- de sus efectos cuando proviene de un Estado en el que se admite. Lo que se somete en España no es la legalidad del contrato sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. La denegación solo se podría producir cuando se vulnera el orden público entendido desde el interés del menor.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

Los recurrentes consideraron la vulneración del interés de menor, puesto que perjudica su situación jurídica y los deja desprotegidos. Los recurrentes como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que ha dado a luz, que asumió su papel de mera parte de un contrato.

La Sala del Tribunal Supremo menciona 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, así como el art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Del mismo modo, el art. 39 de la Constitución Española, el Código Civil, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, así como determinadas resoluciones del TC y TEDH.

Los argumentos que manifiestan los recurrentes, así como la propia resolución de la DGRN, que afirma “... el interés superior de los menores (...) exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño la protección y el cuidado que (son) necesaria para su bienestar” (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6/2/2014 (ECLI:ES:TS:2014:247)).

Como dice la Sala, la aceptación de estos argumentos llevaría a concluir que el legislador español ha vulnerado el interés superior del menor, al considerar nulo de pleno derecho el contrato de sustitución y atribuir la condición de madre a la mujer que ha dado a luz al niño, no reconociendo la filiación respecto de los comitentes. Además, conllevaría la admisión de la determinación de la filiación de personas de países desarrollados, en buenas condiciones económicas, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6/2/2014 (ECLI:ES:TS:2014:247)).

La Sala del TS reconoce que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio en la posición jurídica de los menores. Pero establecerla en contra de los criterios establecidos para su determinación supone un perjuicio para el menor. Por lo que, entiende se debe realizar una ponderación de la que resulte una solución que menos perjudique a los menores, empleando los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6/2/2014 (ECLI:ES:TS:2014:247)).

Los menores no quedan desprotegidos puesto que de acuerdo con el art. 10.3 LTRHA se permite la reclamación de la paternidad con respecto al padre biológico si uno de ellos lo fuera, así como otras figuras jurídicas como la adopción acogimiento que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

Además, se da cumplimiento al derecho de los menores a ser inscriptos inmediatamente tras el nacimiento, al nombre y a adquirir una nacionalidad, conforme al art. 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, puesto que la denegación del reconocimiento de la certificación registral del California afecta exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

La protección del menor no se puede fundamentar en el contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres comitentes que prevé la legislación de California, sino que ha de partirse, de ser cierto tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual del núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores. Y finaliza conminando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correspondiente filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración en su caso, la efectiva integración de estos en el núcleo familiar.

2.1.2 Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:335A)

Los mismos recurrentes del caso anterior plantearon un incidente de nulidad con ocasión de la publicación de las resoluciones de los casos franceses, *Mennesson c France* (nº 65192) y *Labassee c Francia* (nº 65941/11) de 26 de junio de 2014.

En estos dos casos, los matrimonios franceses contrataron en EEUU sendas gestaciones por sustitución por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De dichas gestaciones nacieron, en un caso dos niñas gemelas y, en el otro, una niña.

Las autoridades judiciales francesas se negaron a inscribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento de las niñas por considerar que tal medida era contraria al orden público francés. Pero también se negaron a inscribir un acta de notoriedad de la relación de filiación -porque los comitentes habían cuidado a la niña desde su nacimiento-, pues consideraron que la posesión de estado de las personas que alegaban los demandantes y el acta de notoriedad estaban viciadas por defecto en su origen, defecto que consistía en la nulidad de orden público del contrato de gestación por subrogación, que tenía carácter fraudulento.

El tratamiento jurisprudencial del caso español y los casos franceses no eran iguales. Así como en España se tuvo en cuenta el interés del menor conforme al art. 10 LTRHA, y se conminó al Ministerio Fiscal para que se pudiera determinar la filiación, eso no ocurrió en Francia. Es más, se consideró que hubo fraude a la ley y no se consideró el respeto a la vida privada. Además, el planteamiento de la acción fue muy diferente. En Francia, se solicitó la inscripción y alternativa o subsidiariamente la determinación de la

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

filiación del padre biológico. Y, en *Mennesson*, por la posesión de estado. En España, se impugnó la inscripción de la filiación por el Ministerio Fiscal y los varones sostuvieron el reconocimiento de la inscripción. Nada más. Ni siquiera plantearon las circunstancias concretas para proteger judicialmente el interés del menor. Por lo que, el TS desestimó el incidente de nulidad.

2.2. Postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El Tribunal de Estrasburgo ha abogado por el establecimiento de la relación de filiación en las resoluciones que ha resuelto sobre esta cuestión en aplicación del art. 8 del Convenio⁵. Ha sido constante en sus pronunciamientos respecto a las situaciones que se han planteado en Francia por la reticencia a reconocer vínculo de filiación pese a que uno de los comitentes, el padre, tenía vínculo biológico con el menor⁶: así las SSTEDH *Mennesson* (nº 65192/11) y *Labasee* (nº 65941/11) contra Francia 26 de junio de 2014. En ambos casos los matrimonios acudieron a los EEUU para realizar la contratación de la gestación subrogada (California y Minnesota) y el Estado francés no reconoció el certificado en el que constaba los padres comitentes como padres legítimos de los menores, ni tampoco por posesión de estado ni la relación del vínculo biológico con el padre. El Tribunal de Estrasburgo, pese a reconocer que no se había infringido el derecho a la vida familiar (*Mennesson* párr. 45, *Labassee* párrafo 37), pues los comitentes se habían ocupado como padres de los menores desde su nacimiento, viviendo juntos como si fueran una familia en su acepción habitual, sí se había infringido el derecho a la vida privada, puesto que existe una relación directa entre la vida privada y la determinación legal de filiación al formar parte de la noción de vida privada el derecho a la propia identidad del menor (*Mennesson* , párr. 46, *Labassee* párrafo 38).

La negativa a reconocer legalmente el vínculo familiar entre los demandantes constituyó una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar⁷. Los Estados tienen

⁵ El art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y libertades Fundamentales (en adelante CEDH) establece: 1 *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 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.*

⁶ Aunque, como dice Martínez de Aguirre (2017) no se ha pronunciado sobre el contrato.

⁷ Por lo que, el Tribunal tuvo que examinar si Francia había cumplido con sus obligaciones negativas en virtud del artículo 8 del CEDH (*Mennesson*, párr. 48-49, *Labassee* párr. 49). La denegación estuvo motivada por un fin legítimo, a saber, la protección de la salud y de los derechos y libertades de los demás. La negativa se debió a un deseo de disuadir a los ciudadanos franceses de recurrir fuera de Francia

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

poco margen de apreciación en sus opciones legislativas cuando se trata de la filiación, ya que afecta a un aspecto esencial de la identidad de la persona⁸, y sobre la menor pesa una gran inseguridad jurídica, en torno a su nacionalidad, herencia, la posible expulsión, la situación de incertidumbre si los comitentes se separan, o si la comitente no biológica lo abandona. A partir de ahí, fueron numerosas las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo⁹.

En este contexto de parejas con una vinculación genética entre uno de ellos y el menor, se ha pronunciado la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo, el 10 de abril de 2019¹⁰, en respuesta a la consulta del Estado francés sobre la manera de proceder para establecer el vínculo jurídico con los padres comitentes.

Con respecto al progenitor biológico -generalmente el padre-, el art. 8 del Convenio exige que se prevea su reconocimiento¹¹ por la razón del interés superior del menor a su propia identidad. Del mismo modo, que si la gestación se hubiera producido con los óvulos de la madre comitente.

Con respecto al comitente no biológico, generalmente la mujer, el Tribunal de Estrasburgo considera que la falta de reconocimiento también puede tener un impacto negativo en el menor y le puede colocar en una situación de inseguridad con respecto a su identidad en la sociedad. Expone varios argumentos. Así, el que se le deniegue la nacionalidad de la madre si el padre biológico tuviera otra diferente -no era el caso-; que no pueda heredar de ella; que su relación sea insegura si los comitentes se separan o el padre biológico fallezca; la falta de protección con la madre comitente si ésta rehace su vida o deja de ocuparse del menor (párr. 38-40), la ausencia de identificación de los responsables de la educación, así como a otros aspectos de la vida privada que van más allá de la propia identidad como la garantía de la satisfacción de las necesidades y bienestar del menor en un entorno estable (párr. 42 y 45).

Aunque, no deja de tener presente que el interés del menor también incluye otras facetas importantes que no llevan necesariamente al establecimiento de la relación jurídica de

a una técnica reproductiva que estaba prohibida en el país con el objetivo, según la opinión de las autoridades, de proteger a los niños y a la madre sustituta (Mennesson, párrafo 62, Labassee, párrafo 54).

⁸ El Tribunal examinó si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática. En este sentido, pese a reconocer que, por cuestiones éticas y falta de consenso en Europa, los Estados deben disponer de amplio margen de libertad en sus opciones legislativas, ese margen se reduce en el ámbito de la filiación.

⁹ Entre otros, el Caso Bouvet y Foulon contra Francia 21 julio de 2016

¹⁰ https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429190384-Dictamen_de_10_de_abril_de_2019_en_relacion_con_el_reconocimiento_en_el_Derecho_interno_de_un_a_rela.PDF

¹¹ Cita casos anteriores y además, Foulón y Bouvet c. Francia, nº 9063/14 y nº 10410/14, de 21 de julio de 2016>, y Laborie c. Francia, nº 44024/13, de 19 de enero de 2017.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

filiación con la madre comitente, como la protección contra los riesgos de abusos que conllevan estos contratos, así como la posibilidad de conocer el origen de la persona (párr. 41). Sin embargo, en el contexto que se plantea, la legislación debe prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica paterno-filial con la madre que se designa en el certificado de nacimiento legalmente establecida en el extranjero como madre legítima (párr.36), lo antes posible (párr. 49).

No obstante, el reconocimiento de esta relación jurídica no tiene que realizarse *ab initio* sino cuando se haya convertido en una realidad práctica, evaluando el interés del menor *in concreto* y no *in abstracto* (párr. 52 y 54) y dependiendo de las circunstancias del caso; como medios, puede ser también la adopción a través de un procedimiento rápido para evitar la incertidumbre jurídica e incluyendo una valoración del interés superior del menor por parte de los tribunales¹².

En consecuencia, el Estado dispone de amplio margen de apreciación para elegir los medios, diferentes de la certificación registral, haciendo hincapié en la adopción, sin que pueda pronunciarse sobre la legislación interna del país.

Posteriormente, la STEDH de 16 de julio de 2000 (caso D. contra Francia) señala que los hijos nacidos por maternidad por sustitución deben ser inscritos como hijos de sus padres comitentes por el procedimiento que se estime, bien naturales o adopción, pero debe ser realizado en un tiempo razonable sin que conste la condición de hijo por subrogación. Dicha solución, en el caso de España ya fue apuntada por el TS en la sentencia nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014 y su posterior Auto de 2 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:335A) desestimando el incidente de nulidad, para hacer posible la integración del menor en el núcleo familiar de facto con los padres comitentes, conforme a la previsión de nuestras leyes y convenios aplicables en España. Entre ellas, la reclamación de la paternidad biológica, el acogimiento y la adopción (considerando 11 -S 835/2013) y en determinados casos la posesión de estado (considerando 12 del Auto). Y, pese a que consideró que no era posible la transcripción al Registro civil del acta de nacimiento extranjera se ordenó al Ministerio Fiscal para que, de acuerdo con las funciones que se le atribuyen, propicie o impulse que se determine, en la medida de lo posible, la correcta filiación de los menores, y para su protección se tome en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto.

¹² Un problema que se plantea es que la pareja que acuda a la maternidad por sustitución, una vez establecido el vínculo de filiación con el padre biológico no se pueda constituir la adopción con el otro comitente porque no se obtenga el consentimiento del comitente biológico. Situación planteada en la STEDH CASO AM v. NORUEGA de 24 de marzo de 2022 (ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD003025418), no hay violación del art. 8 del Convenio.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

2.3 Determinación de la filiación en el Derecho Civil común español

2.3.1 Filiación biológica

A) Acciones de reclamación

De acuerdo con lo previsto en el art. 10.2 Ley 14/2006, la única vía¹³ que se arbitra para la determinación de la filiación del menor con respecto a su padre biológico es la correspondiente a las acciones de filiación¹⁴, que será la extramatrimonial, puesto que el progenitor biológico no se encuentra casado con la madre gestante¹⁵.

Si la pareja regresa a España con el menor, siendo éste, en principio de nacionalidad extranjera la vía adecuada para determinar la filiación del menor con respecto a su progenitor biológico es la correspondiente a la establecida en el art. 133.2 CC, teniendo legitimación activa, además de los progenitores, el Ministerio Fiscal -art. 765.1 LEC-. Proceso que en este caso será rápido en cuanto que, demostrada la paternidad, con la prueba biológica, el juez determinará la filiación siempre que se incoe el procedimiento dentro del plazo de un año desde el conocimiento de los hechos que dan lugar a la reclamación, esto es, del nacimiento del hijo nacido por paternidad por sustitución. Por el contrario, si el plazo hubiera caducado porque haya transcurrido el tiempo sin que se haya procedido a la determinación legal de la filiación, cabe el ejercicio de la acción contemplada en el art. 131 CC para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado con respecto al progenitor biológico.

B) Reconocimiento

Sin embargo, para evitar el ejercicio de la acción judicial algunas audiencias admiten la determinación por medios extrajudiciales, esto es, a través de la declaración de conformidad o reconocimiento de la filiación no matrimonial, realizada ante el

¹³ Aunque De Verda (2016), también incluye el que se constituya un acogimiento en favor de los comitentes, si existe una situación de desamparo por no ocuparse la madre gestante del hijo.

¹⁴ Como dice Barber “el art. 10.3 conduce a una imposibilidad de reconocimiento paterno y al necesario ejercicio de la acción de reclamación de paternidad...” (Barber, 2013:2905).

¹⁵ En el caso planteado en la SAP de Granada de 3 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APGR:2019:1741) se ejercitó la reclamación de filiación del padre biológico y adopción por el comitente no biológico. Se estimó la reclamación del padre biológico y el Ministerio Fiscal recurrió a la Audiencia sobre la base que no constaba inscripción en el Registro civil Consular. No se practicó la prueba biológica sino sobre la base de la certificación del registro civil de Méjico y al gozar de posesión de estado no se pone en duda su filiación al presentarse el contrato de gestación realizado ante notario, aunque no haya sido legalizado. No obstante, en primera instancia se desestimó la adopción y permaneció firme.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

Encargado del Registro consular en el extranjero¹⁶-art. 140 CC-, previa inscripción del menor en el registro civil extranjero. De esta manera, la madre gestante realiza un acta de manifestaciones en la que alega que el comitente es el padre a los efectos que se pueda inscribir el reconocimiento en el Registro civil consular, -arts. 24.1/art. 47.1 LRC-. Así, el menor, nacido en el país extranjero viaja a España, como un ciudadano español -art. 17.1.a CC- y se le expide el correspondiente pasaporte y una vez en España se inician los trámites de la adopción por la pareja. Esta es una práctica que se ha propiciado para facilitar la filiación del menor con el presunto padre biológico. Es el caso que recoge la SAP de León de 21 de diciembre de 2021¹⁷ (ECLI:ES:APLE:2020:1708). Asimismo, el AAP de Barcelona de 16 de octubre de 2018¹⁸ (ECLI:ES:APB:2018:6494A) consideró que al inscribirse la filiación, a favor del comitente como padre biológico de los menores, en el Registro civil consular de España en Bangkok (Tailandia), lo único que se cuestiona en el expediente de adopción es la filiación del otro comitente¹⁹, sin perjuicio que el Ministerio Fiscal inste la impugnación de la inscripción de nacimiento²⁰.

Efectivamente, cualquier español que tenga un hijo en el país de la procedencia de la madre, puede realizar el reconocimiento ante el Encargado del Registro de la Oficina Consular en dicho territorio -art. 24.1 LRC-, previa inscripción del nacimiento y filiación del menor en el Registro civil local²¹ pero, en el caso de la maternidad por

¹⁶ Dicho reconocimiento de la filiación paterna ha venido facilitado por la instrucción de 14 de febrero de 2019 de la DGRN, posteriormente anulada por la de 18 de febrero de 2019.

¹⁷ La gestante realizó un acta de manifestaciones ante la consejera de la Embajada de España en Kiev (Ucrania), en funciones notariales, manifestando ser la madre de las menores y, que el padre era el comitente. De ahí se procedió a la inscripción del reconocimiento paterno en el Registro Civil Consular de Kiev tras el reconocimiento efectuado ante el Encargado del Registro Civil en la Embajada de España en Kiev y en la que la gestante presentó su consentimiento expreso al mismo. Los comitentes iniciaron un procedimiento de adopción por el cónyuge del reconocedor y, el Ministerio Fiscal se opuso y recurrió la resolución de instancia puesto que esa inscripción de nacimiento en el consulado en cuanto a la determinación de la filiación paterna debía considerarse nula, por infracción del art. 23 LRC en relación con el art. 10 LRA y por no ajustarse a lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 DGRN. Sin embargo, la Sala concluyó que la filiación consta en la inscripción y que se debía haber impugnado la filiación paterna. No obstante, se aportó prueba biológica que indicaba que era el padre (99,9690 %).

¹⁸ En el mismo sentido la SAP de Madrid de 11 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APM:2021:12237) señaló que al encontrarse inscrita la filiación de cada uno de los comitentes en el Registro civil Consular en EEUU, la paternidad de cada uno de los menores con su progenitor está determinada. Lo que se pretende es que cada uno de los comitentes adopte al hijo del otro.

¹⁹ Como sostiene Vela Sánchez (2020) esta resolución es un claro ejemplo de que se admita como válida una filiación derivada del convenio de gestación por sustitución.

²⁰ Además, la causa primordial de la impugnación es la nulidad del título de determinación de la filiación, ex art. 10.1 LTRA, lo que conduce a una acción imprescriptible, a ejercitar por cualquiera en interés legítimo, y el Ministerio Fiscal. Vid. Barber (2013).

²¹ Precisamente la Resolución de la DGSJFP de 2 de septiembre de 2020 (BMJ, año LXXV, noviembre

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

sustitución, dicha vía no debería ser autorizada por varias razones: 1-La excluye el art. 10 de la Ley 14/2006, puesto que la citada norma no indica, con carácter general, que se pueda proceder a la determinación de la filiación paterna²² sino que especifica que se realice a través de las acciones de filiación, sin que se incluya a las vías extrajudiciales de determinación de la filiación, con la finalidad de que se demuestre la paternidad biológica. 2- Con las acciones de filiación se pretende que coincida la paternidad legal con la biológica a través de la investigación con toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, necesarias para verificar que el embrión se ha generado con el espermatozoide del comitente. A diferencia de lo que sucede con el reconocimiento, que como ha indicado la STS -en Pleno- de 15 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3192), el Código Civil no establece como requisito estructural para la validez del mismo que esta se corresponda con la verdad biológica, aunque, siguiendo la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del Pleno de 4 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5546), considera la ineficacia sobrevenida del reconocimiento²³ si se ejercita la acción de impugnación dentro del plazo de caducidad, que en función de la existencia o no del matrimonio en el momento de ejercitar la acción, el plazo será diferente, esto es, el establecido en el art. 140 CC o 136 CC.

2.3.2 Filiación adoptiva

En este contexto de pareja, (casada o en relación more uxorio análoga a la conyugal, constituida la relación de filiación con uno de los dos comitentes), la alternativa idónea es la adopción del comitente no biológico y no por la posesión de estado²⁴.

2021, núm. 245, pp. 799-802) confirmó la cancelación de la inscripción de nacimiento y filiación del menor nacido en Colombia, inscrito inicialmente en el Registro Civil Consular al indicarse que el menor había nacido de la relación entre español y colombiana (certificado de nacimiento del registro civil local), pero posteriormente, por resolución judicial de Colombia se impugnó la maternidad, pretendiendo que se procediera a la inscripción en el Registro civil consular de la sentencia en la que se declaraba que la madre gestante no era la madre biológica con la finalidad de que permaneciera la filiación paterna de menor.

²² En contra, Álvarez González (2022).

²³ No obstante, a mi parecer, de manera inconsistente, en el fundamento cuarto se aclara que la ineficacia sobrevenida del reconocimiento no se fundamenta en consideraciones impuestas por el principio constitucional de la verdad biológica sino más bien en la ausencia de base legal en la privación de la acción de impugnación. Como decíamos de manera inconsistente porque si se permite la acción de impugnación -tanto al padre matrimonial como al no matrimonial-, aun conociendo que no lo era realmente cuando efectuó el reconocimiento es porque no se corresponde con la verdad biológica.

²⁴ Lledó Yagüe, Francisco/Monje Balmaseda, Oscar (2019) entiende que por la posesión de estado. La misma solución ha considerado la SAP de Barcelona de 6 de abril de 2021 (ECLI:ESAPB:2021:4280) que declaró judicialmente la filiación de los comitentes con respecto al menor. En el caso la maternidad por sustitución se realizó en Canadá con embrión fecundado con el espermatozoide de uno de los dos comitentes -pareja homosexual- y ovulo donado. La madre gestante y la donante del ovulo se encuentran

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

La legislación española permite la adopción del hijo de la pareja o cónyuge (art. 176 CC), sin necesidad de la propuesta previa de la Entidad de protección de menores ni de que ésta emita la previa declaración de idoneidad. Aunque será apreciada y valorada por el Juez, en el procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 35.3 LJV). Además, se suavizan los requisitos de edad (entre 16 y 45 años), aunque será preceptivo el consentimiento del padre biológico (arts. 175.1, 176.2 y 177.2.2 CC).

Sin embargo, entiendo necesaria la obtención del asentimiento en la adopción de la madre gestante, conforme a lo dispuesto en el art. 177.2 del Código civil, esto es, transcurridas las seis semanas²⁵ del parto, sin que sea válida, *per se*, la renuncia²⁶ a la maternidad en el momento del parto a los efectos de la adopción. Como señala Álvarez Olalla (2014), esta reforma está relacionada con el intento de evitar la gestación por sustitución. La ausencia de asentimiento, por causa no imputable a la madre, puede dar lugar, como señala Barber (2011), a la nulidad de la adopción, al ser una norma de carácter imperativo y producir indefensión (24.1 CE)²⁷, salvo que se pueda valorar que se encuentra incurso en causa de privación de patria potestad, que por las peculiaridades de la maternidad por sustitución, no me parece que sea factible puesto que, conforme al país de origen, la gestante no ha tenido otra alternativa que entregar a su hijo a los comitentes.

identificadas y acudieron al proceso judicial del país de origen. El hijo es biológico de uno de los comitentes, de nacionalidad sudafricana casado con el comitente español. No se pudo inscribir el nacimiento en el Registro civil central. Como apunta la Sala, estimar parcialmente la demanda, reconociendo solo la filiación del comitente que tiene el vínculo biológico con el menor y derivando al procedimiento de adopción implica una demora en el tiempo. El menor se encuentra en una incertidumbre jurídica pues ha transcurrido 4 años sin que se haya procedido a la inscripción en el Registro civil central y en interés del menor, atiende a la determinación judicial por posesión de estado.

²⁵ Con anterioridad a la reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, Ley 26/2015), se exigía 30 días. Dicha modificación obedece a su adecuación con lo dispuesto en el Instrumento de ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisada), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 (BOE 13-7-2011, pp 77734 a 77743) en vigor desde el 1 de septiembre de 2011. El art. 5.5 dispone “El art. 5.5 dispone “El consentimiento de la madre para la adopción de su hijo sólo será válido cuando se preste después del nacimiento del mismo, al expirar el plazo prescrito por la ley, que no deberá ser inferior a seis semanas, o cuando no se hubiera especificado un plazo, en el momento en que, según la autoridad competente, la madre habría podido restablecerse adecuadamente de las consecuencias del alumbramiento”.

²⁶ El art. 45 LRC permite a la madre la renuncia al hijo en el momento del parto a los solos efectos de no estar obligada a promover la inscripción y, sin perjuicio de que debe figurar en la inscripción de nacimiento, la filiación materna será de acceso restringido siempre que así se solicite por motivos fundados (art. 44.4 LRC).

²⁷ Vid. STS 9 de julio de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:5936) y STS 21 de septiembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:5672)

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

Puede ocurrir que el país de origen de la gestación por sustitución hubiera controlado el procedimiento judicialmente y, a pesar de que en la resolución conste la filiación materna de la comitente, contraria al orden público español, se hubiera garantizado, con posterioridad al parto -e incluso más allá del plazo previsto en el CC- la renuncia de la gestante a la maternidad. Entiendo, que para facilitar la adopción de la comitente sería prueba suficiente, sin que sea necesario que se la vuelva a requerir para que preste su asentimiento, siempre que haya constancia de una verdadera voluntad expresada tiempo después del nacimiento del menor. Sin embargo, algunas audiencias prescinden de dicho presupuesto, como la SAP de Madrid de 11 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APM:2021:12237). La Sala entendió que no era preciso el asentimiento de la gestante, puesto que, en el caso, cada menor ya se encontraba inscripto en el RC Consular con la filiación paterna de cada comitente y sin filiación materna. Como dice la Sala, la madre era desconocida, pero se constató, a través de la sentencia -distrito Judicial del Estado de Idaho- del país de origen, la extinción de la relación maternofilial. Sin embargo, dicha adopción no debió constituirse porque la renuncia o asentimiento no se efectuó judicialmente después de las seis semanas del parto, sino presumiblemente con la firma del contrato de gestación y, no es argumento lo dispuesto en el art. 45.3 LRC. El citado precepto admite que la madre renuncie a los derechos que le corresponda, pero a los solos efectos de no obligar a la gestante a que promueva la inscripción del nacimiento del menor y, traslada dicha obligación a la Entidad pública. Además, la filiación materna deberá figurar en la inscripción de nacimiento, aunque pueda solicitarse con publicidad restringida²⁸ (art. 44.2LRC), pues que el menor tiene derecho a conocer sus orígenes biológicos y, no se puede soslayar una norma imperativa como el asentimiento a la adopción (art. 177. CC), salvo que exista causa de privación, que no es el caso.

Mientras que, en aquellos países que no disponen de control judicial, el asentimiento se debe efectuar en el Consulado español. Este es el caso resuelto por la SAP de León de 21 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:APLE:2020:1708). La gestante manifestó ante la consejera de la Embajada de España en Kiev (Ucrania) asentir de manera libre y voluntariamente a la adopción de sus hijos por la comitente²⁹, cónyuge del padre biológico. Dicho asentimiento se produjo con posterioridad a las seis semanas del parto y se presentó la solicitud de adopción dentro de los seis meses desde el asentimiento en documento fehaciente (art. 37.1 LJV). Del mismo modo, en la SAP de Murcia de 31 enero de 2019 (ECLI:ES:APMU:2019:181), se verificó que la gestante prestó su

²⁸ Como señala Gete (2018:1-54) para preservar la intimidad.

²⁹ Como no se trata de una adopción general no es de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del art. 177.2.2º CC.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

consentimiento a la adopción a favor de la comitente, ante el funcionario de la oficina consular de Kiev, con posterioridad a las seis semanas del parto. En el Registro civil consular aparece la filiación del padre comitente y la madre gestante, pero en el registro civil local aparece la madre comitente como madre y no la gestante, razón por la que el Ministerio fiscal se opuso a la adopción. Sin embargo, pese a lo que indica el certificado de nacimiento, la madre viene determinada por el parto, y la gestante, aunque no conste como madre en la partida de nacimiento es la madre legal del menor.

En caso contrario, si la madre gestante no ha tenido la oportunidad de ser oída en un procedimiento judicial o no ha manifestado su renuncia a su maternidad, no debe continuarse con la adopción. La SAP de Barcelona de 16 de octubre de 2018³⁰ (ECLI:ES:APB:2018:6494A) no dio lugar a la adopción de la pareja estable del padre biológico puesto que en el contrato de gestación subrogada se dice de forma expresa que “tres días después de dar a luz al niño la subrogada otorgará el derecho a tener la custodia al padre y renunciará a la patria potestad y finalizará su maternidad”. Por lo que, acertadamente señala que la renuncia previa de la gestante no es posible ni siquiera antes de las seis semanas desde el parto por ser contrario a nuestro ordenamiento jurídico.

3. Ausencia de vinculación genética del menor con alguno de los comitentes.

3.1 Planteamiento

En ausencia de vínculo biológico entre el menor y el comitente o con cualquiera de ellos, la única vía para establecer la relación jurídica de filiación es la adopción, pero no de forma directa, sino a través de otras figuras protectoras, como la tutela.

3.2 Criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El TEDH se ha pronunciado sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución en ausencia de vínculo biológico con los comitentes. Así la STEDH (sección 2ª) caso Paradiso y Campanelli v Italia, de 27 de enero de 2015 (TEDH\2015\17) y la revisión de dicha decisión por la Sentencia de la Gran Sala de 27 de enero de 2017³¹ y STEDH caso Valdís Fjölnisdóttir y Otros contra Islandia de 18 de mayo de 2021 (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217).

³⁰ Los menores nacieron por maternidad por sustitución en Tailandia y el en Registro civil consular aparecen como hijos de la gestante y del otro comitente, padre biológico.

³¹ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-170359%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-170359%22]})

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

En el caso Paradiso, el Consulado de Italia en Moscú notificó de irregularidades y el menor fue separado de los comitentes cuando tenía unos meses de vida (ocho) en ausencia de vinculación genética. Aunque, en un primer momento, el Tribunal de Estrasburgo señaló que se había violado el art. 8 del Convenio, más tarde la Gran Sala revocó esta decisión puesto que la situación de inseguridad jurídica había sido creada por el propio matrimonio, no había existido vida familiar dada la ausencia de vínculos biológicos y la corta duración de la convivencia (pp. 157) y las medidas adoptadas por las autoridades italianas, aunque había supuesto una injerencia en la vida privada, estaban justificadas (pp. 173, 174 y 178). Y, en definitiva, no es tarea del TEDH sustituir los criterios de las autoridades por las suyas propias (p.178), puesto que la finalidad es proteger a los menores en general y no en particular (p.197) y, todos los problemas se han derivado de la ilegalidad de la conducta desarrollada por el matrimonio comitente (pp. 133, 147, 157, 209 entre otros).

En el caso Valdís, el matrimonio -dos mujeres- acudió a California (EEUU) y después del nacimiento del menor -febrero 2013- (inscripto en el Registro civil local con la filiación de las comitentes), trataron de inscribir en el Registro civil de su domicilio conforme al certificado de nacimiento extranjero, denegada el 18 junio de 2013, por los que las comitentes recurren, primero en el ámbito registral y luego judicial hasta que el TS resuelve el 30-3-2017 denegando la inscripción de la filiación por vulneración de los principios fundamentales del derecho de familia islandés.

Desde el principio, intervino protección de menores, al tratarse de un menor extranjero no acompañado, y se acordó el acogimiento temporal con el propósito de establecer un acogimiento permanente, y se nombró un tutor legal al menor. Aunque, las autoridades competentes no tenían el propósito de constituir la adopción, las comitentes la solicitaron, pero fue retirada porque en el año 2015 se divorciaron. No obstante, protección de menores, en un primer momento, no accedió a la petición de adopción porque estaba en curso el procedimiento de la filiación derivada del certificado de nacimiento y, posteriormente adujeron que se debía comprobar el asentimiento de la gestante y su marido -constaba casada- así como averiguar que no haya mediado precio. Finalmente, tras el divorcio, se paralizó el acogimiento permanente y se acordó acogimiento alternativo con cada una de ellas y sus respectivos cónyuges con igualdad de derechos de las comitentes, hasta que el 18 diciembre de 2019 se acordó el acogimiento permanente con una de las comitentes y su cónyuge, pero con igualdad de acceso de la otra comitente al disfrute del menor.

Es importante señalar que el Tribunal de Estrasburgo comparó este caso con el anterior -no con los casos franceses- y concluyó que no hubo vulneración del art. 8 del Convenio, por las siguientes razones: 1-Se ha cumplido con el criterio de vida familiar: la convivencia no se ha truncado por la intervención del Estado y se ha mantenido a través

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

del acogimiento, aunque no se haya reconocido vínculo parental y pese al divorcio de las comitentes. Además, el disfrute de la vida privada se garantizó con el acogimiento permanente y ello suavizó la incertidumbre y la angustia de las comitentes (pp 47 y 71) y, la concesión de la nacionalidad al menor y de sus derechos en el País, eliminó los obstáculos reales y prácticos del disfrute a la vida familiar creados por el no reconocimiento de vínculo parental (pp 72). 2-En cuando a la ausencia de reconocimiento de vínculo parental, el TEDH valora la resolución del TS 30-3-2017³² que denegó el vínculo parental derivada del certificado, teniendo en cuenta que, la solicitud de adopción fue retirada por el divorcio, y por tanto por la propia voluntad de las comitentes. Y, es consciente que una sola de las comitentes podrá adoptar (pp. 73 y 74). Considera que, el vínculo jurídico era incierto -como en Paradiso- pero reforzado con el acogimiento, por lo que, no hubo indicio de obstáculos reales y prácticos en el disfrute de la vida familiar. Y, las medidas adoptadas por el Estado para garantizar en vínculo, dada la ausencia de reconocimiento de relación parental formal, alcanzó su justa ponderación entre los derechos de las comitentes y los intereses generales.

3.3 Medios de protección del menor en el Derecho Civil común español.

3.3.1 Planteamiento.

En este contexto, de ausencia absoluta de vinculación genética con los comitentes, algunas Audiencias Provinciales están facilitando, de manera forzada, la relación de filiación por medio de la acción de filiación por posesión de estado del art. 131 CC cuando el menor, ya de dos o tres años, se encuentra integrado en la unidad familiar. Este es el caso de la SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2020³³

³² Se desestima la solicitud de las comitentes por incompatibilidad con los principios jurídicos de Islandia, la maternidad por sustitución es ilegal, aunque no lo fuera en el país en el que se practicó y existe una razón legítima para negarse a reconocer la filiación (Sentencia del Tribunal de Distrito de 2 de marzo de 2016 y también del TS. La única diferencia es que el Tribunal de distrito consideró que había existido vida familiar y por tanto, se había producido injerencia en el derecho a la vida privada y familiar a diferencia del TS.

³³ El ATS admitió el recurso de casación planteado por el Ministerio Fiscal y resuelto por STS 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153).Mujer de 46 años que contrata la maternidad por sustitución en Méjico y consta como la madre en el certificado registral extranjero. Cuando el menor tiene 3 años inicia el procedimiento para determinar su filiación, ejercitando la acción del art. 131 CC. El Juzgado de primera instancia, desestimó la pretensión de la actora y derivó para que inste el expediente de guarda o acogimiento previo a la adopción y una vez declarada la filiación por adopción, inscribir al menor en el Registro civil con los apellidos que fueron impuestos al menor al nacer. El TS, estima el recurso y casa la sentencia.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

(ECLI:ES:APM:2020:14547) y, también de la SAP de las Islas Baleares de 27 de abril de 2021³⁴ (ECLI:ES:APIB:2021:660).

Aunque, cierto sector de la doctrina (Flores, 2015:6)³⁵ considera ésta una posible solución, a mi parecer no lo es. Es evidente que es necesario una reforma de la filiación, puesto que el art. 131 CC ha servido de cauce, de manera incorrecta³⁶, para facilitar la determinación de la maternidad en la mujer -pareja de la gestante- teniendo en cuenta la modificación de la Ley 14/2006 al introducirse el apartado 3^a del art. 7 por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la Rectificación Registral de la mención relativa al sexo³⁷ por la que se permite la doble maternidad sobre la base del matrimonio y el consentimiento. Y, en este sentido se ha aplicado por algunas resoluciones del Tribunal Supremo, como las SSTS 5 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5765) y 15 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:608)³⁸, para facilitar la determinación de la maternidad de la pareja -mujer- de la gestante, interpretando la posesión de estado como título legitimador habilitante para la determinación judicial. Sin embargo, de manera forzada, sobre todo en la última resolución y, como acertadamente señala De Verda (2022) se desnaturaliza la posesión de estado. Mientras que, las SSTS 27 enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:243) y 11 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3002), justifican con acierto que el interés del menor no sirve de base para la determinación judicial de la filiación en ausencia de vínculo biológico, ni preserva una continuada y vivida relación materno filial.

En el ámbito de la maternidad por sustitución, las anteriores resoluciones no son de aplicación puesto que no guardan relación alguna con el supuesto contemplado. En los

³⁴ En esta última, por la inscripción del certificado extranjero en el que aparece la madre de intención como la legítima, con base en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, pero no por sí solo sino coadyuvando con la posesión de estado, que, por otro lado, reconoce no puede aplicarse puesto que cuenta con el impedimento del párrafo 2 del art. 131 CC. En el caso, la comitente de 47 años acudió a Rusia para la gestación subrogada y el Tribunal de San Petersburgo indicó que se había respetado la legislación rusa pero no hubo intervención de la madre gestante.

³⁵ El citado autor se basa en que es imposible la inscripción de la filiación de la maternidad de la madre gestante conforme a su ley personal, por lo que no sería contradictoria llegado el caso de la inscripción de la filiación en favor de los padres de intención. Y, en (Flores 2019:23), señala que la filiación debería quedar determinada desde el momento de la concepción de la gestante (conforme al modelo convencional), seguido del acto social de determinación del vínculo en favor de los padres de intención (título de legitimación). “Este sistema altera el esquema del proceso de determinación de la filiación, anticipándolo al momento del engendramiento, pero protege mejor el interés del nasciturus, padres y madres gestantes, dejando a salvo los derechos fundamentales que la madre gestante pudiera ejercitar, como la interrupción voluntaria del embarazo”.

³⁶ Vid. Quicios (2021: 299-308).

³⁷ Posteriormente modificada por la Ley 19/2015 de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

³⁸ Vid. Comentario a esta Sentencia en Martínez Velencoso (2015).

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

casos anteriores se trataba de establecer la doble maternidad, esto es, partiendo de la maternidad de la madre gestante, la correspondiente a la de su pareja. Mientras que, en este contexto, se pretende exclusivamente la maternidad de la madre comitente y colisiona frontalmente con lo dispuesto en el párrafo 2^a del art. 131 CC, puesto que existe una maternidad, que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, es la que se corresponde con la de la madre gestante, y se debe garantizar que no se hayan violado sus derechos.

En el contexto de la gestación subrogada tenemos las herramientas jurídicas para facilitar, si fuera posible, la relación jurídica de filiación. Así, la tutela con intervención de la entidad de protección de menores, que con el transcurso del tiempo puede devenir en la relación de filiación.

Ciertamente, las diversas resoluciones del TEDH desde el caso *Menesson y Labasse* de 26 de junio de 2014 (JUR 2014/176908) proclaman una solución, con prontitud³⁹, para alcanzar vínculos de filiación con el menor, pero, no se puede olvidar que, el Tribunal de Estrasburgo realiza esta declaración en el contexto de pareja o matrimonio comitentes en el que existe vinculación genética con uno de los dos⁴⁰, por lo que en este contexto de ausencia de vinculación genética, la prontitud dependerá de su posibilidad conforme al ordenamiento interno de cada país. Este ha sido el caso analizado en la última resolución, STEDH de 18 de mayo de 2021 (TEDH 2021/63), en el que, las autoridades protectoras decidieron mantener al menor bajo el acogimiento, primero temporal y posteriormente en permanente y, aunque el tribunal de distrito no pusiera obstáculos a la adopción -no así protección de menores- ésta se vio truncada por el divorcio de las comitentes, por lo que el tribunal de Estrasburgo, a sabiendas de que la adopción resultaba ya muy complicada, aunque posible a favor de una de ellas, consideró que las medidas adoptadas fueron adecuadas.

El trascurso de tiempo en el establecimiento de la relación jurídica de filiación depende también de la comitente que, bajo el temor real a que le separen del menor -caso *Paradiso Campanelli*- espera un tiempo para regularizar la situación y afianzar los lazos o vínculos afectivos y personales con el menor. Además, con probabilidad, las personas que acuden a la maternidad por sustitución en país extranjero para conseguir un hijo sin vinculación genética, es porque no tienen las posibilidades de adoptar conforme a nuestra legislación.

³⁹ La resolución judicial extranjera, según Vela Sánchez (2014).

⁴⁰ En el caso *AM v Noruega* de 24 de marzo 2022 (ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD003025418), la madre comitente no tiene más solución que tratar de conseguir la adopción del menor sin propuesta de la entidad pública (art. 176.2 CC) siempre que el comitente biológico la consienta y el adoptante sea su cónyuge o pareja de hecho. De lo contrario, no podrá adoptar, como en el caso.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

Sin embargo, con razón, la STS 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153), sin dar más explicaciones que las contenidas en la anterior resolución⁴¹, apunta como medida protectora la adopción a través de los supuestos establecidos en el art.176.2.3 CC -sin decirse expresamente- esto es, serían los que se incardinan en la adopción privada⁴², esto es sin propuesta previa de la entidad pública de menores: la tutela y guarda con fines de adopción.

3.3.2 Tutela y acogimiento

La tutela, como institución de guarda estable, actualmente relativa al menor⁴³, protege el interés del menor, puesto que a través de ella -también con la guarda o acogimiento-, se consigue -en un plazo de tres años- la nacionalidad española del menor (art. 22.2 CC). Puede ser promovida, según el caso en concreto, por la Entidad de protección de menores (art. 222 CC) o por el o los comitentes, como guardadores de hecho (art. 237 CC). En uno u otro caso, como la tutela no puede coexistir con la patria potestad, se procederá en la misma resolución a la suspensión de la patria potestad. Que puede cesar por adopción (art. 231.2 CC), o porque desaparezca la causa que la originó (art. 231.4 CC).

En primer lugar, uno de los problemas que se plantea es el relativo a si se puede considerar a la comitente guardadora de hecho.

La guarda de hecho se introdujo en el Código civil con la reforma de la tutela por la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código civil en materia de tutela, aunque con posterioridad fue reformada por la Ley 15/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

Desde el principio -ni durante las reformas posteriores- se prescindió de incluir el concepto de guarda de hecho -a diferencia del Anteproyecto privado de 1977-, y

⁴¹ STS 6 de febrero de 2014 (ECLI: ECLI:ES:TS:2014:247).

⁴² Mayor del Hoyo (2019), indica que también se debería incluir el acogimiento permanente, puesto que es una medida definitiva y ya no retornará el menor con su familia de origen, los acogedores han pasado los controles de idoneidad y han sido seleccionados por la Entidad pública para que se encarguen permanentemente del menor y, se encargan de personas que viven con el menor y lo cuidan como si fueran sus padres.

⁴³ Las instituciones protectoras del menor han sido modificadas recientemente. Se ha procedido a una nueva reorganización por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021), separando las instituciones protectoras del menor de la persona con discapacidad. Actualmente, en el Título IX se refiere a la Tutela y la guarda de los menores”, e incluye “De la tutela”, El defensor judicial” -capítulo II- y la guarda de hecho” -capítulo III-. De ahí que la guarda de hecho en el caso de menores de edad se regula en el art. 237 CC y, con anterioridad a la reforma y referido a menores y discapacitados, en el art. 303 CC.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

también de realizar una enumeración de los casos o situaciones de guarda de hecho, así como de establecer el régimen jurídico aplicable, lo que a juicio de Bercovitz (1986:784-794) originó cierta confusión. Aunque ello, según indica Parra Lucán (2013), no es criticable porque de manera flexible permite ir adaptando las situaciones fácticas en la previsión legal. La doctrina⁴⁴, en general, ha ido construyendo una definición de la guarda de hecho aglutinando la situación del menor y la persona con discapacidad, atendiendo a la situación fáctica que se produce cuando una persona careciendo de potestad legal ni nombramiento alguno, se encarga de la custodia y protección del menor. La comitente no tiene la potestad legal del menor, pero desde que regresa a España con él, incluso desde el nacimiento, ejerce las funciones propias de la custodia y protección con vocación de permanencia porque la madre gestante no las ha ejercido nunca. Pero, *ab initio*, la ausencia de vínculo biológico puede conllevar la declaración de desamparo del menor.

A este respecto, es importante traer a colación la doctrina jurisprudencial sentada en la STS de 27 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4243). Para valorar si un menor se encuentra en desamparo es preciso que concurra dos presupuestos: 1-el incumplimiento por parte de las personas obligadas a ello de los deberes de protección del menor y, 2-La efectiva privación para éste de asistencia moral y material. Como dice la citada resolución, la cuestión se plantea si cumpliéndose el primer requisito no se da el segundo por existir un guardador de hecho que presta al menor una efectiva asistencia material y moral. A estos efectos, sostiene que la guarda de hecho la puede integrar situaciones de encomiable altruismo (caso de abuelos que asumen la crianza del nieto, como en el caso) como otros sumamente peligrosos para el menor en los que se hacen cargo de estas personas que no tienen vínculos con ellos y que persiguen deseos reprobables, a veces incluso mediando retribución. “*De ahí que deberá distinguirse entre aquellos casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar de aquellos otros en que se ostenta por familiares del menor*”. Por lo que, concluye, con doctrina jurisprudencial “*cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección*”, Y, precisamente, en la STS de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5530) se consideró con acierto, que la persona que tenía a la menor bajo su guarda no tenía vínculos biológicos y se hizo cargo de él “*de un modo ilícito, si*

⁴⁴ Vid. Díaz (2004); Parra (2013); Bustos Valdivia (2000).

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

no penalmente si al menos civilmente” a espaldas de la administración, por lo que se desestimó la oposición al desamparo.

Es evidente que, en el caso de la maternidad por sustitución, las circunstancias pueden ser parecidas. La comitente no es la madre legal, no tiene vínculo biológico y, además, ha obtenido la entrega del niño en el extranjero mediante una gestación comercial que, como indica el TS vulnera la dignidad del menor y de la madre gestante.

La guarda de hecho, en este contexto, por lo menos *ab initio*, no presenta connotaciones similares a la situación fáctica establecida cuando el menor se encuentra bajo la guarda de un familiar (tío, abuelo, incluso allegado). No obstante, en España no se describen actuaciones como en Paradiso y Campanelli, en el que las autoridades de protección de menores hayan separado al menor de los comitentes y, por el contrario, permiten que esa relación se afiance con el tiempo. El art. 12 LOPJM encomienda a los poderes públicos que velen también porque los guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y, respecto a menores extranjeros que llegan solos a España, el párrafo. 2ª del nº 4 del citado precepto, apunta como medida de protección, no solo la tutela sino también la guarda del menor.

No cabe duda de que la Entidad pública de protección de menores⁴⁵ si tuviera conocimiento de la existencia de un menor -extranjero- bajo la guarda de un español -no titular de la patria potestad-, debe intervenir y, en principio establecer como medida protectora la guarda inmediata del menor (art. 172.4 CC) para identificar y averiguar las circunstancias que acompañan al menor -maternidad por sustitución sin vinculación genética-. Y, en su interés, promover -también el Ministerio Fiscal- la inscripción de nacimiento en el Registro civil (art. 44 LRC).

La Entidad pública, con la declaración provisional de guarda, dispondrá de un breve plazo para investigar la situación concreta del menor y, sus circunstancias -su procedencia de la maternidad por sustitución y si tiene o no vinculación genética con la comitente- y trascurrido el plazo previsto, puede adoptar la medida de protección que considere procedente. Como se desprende del art. 172.4 CC podrá, en función de las circunstancias, declarar el desamparo con asunción de la tutela automática del menor, -si pese al incumplimiento de los deberes de protección que el ordenamiento jurídico español le asignan a la gestante, la guarda de hecho no satisface el interés del menor-; la promoción de la tutela ordinaria -si la guarda de hecho satisface el interés del menor- y es idónea o cualquier otra medida de protección, como la guarda administrativa⁴⁶ si se necesita del tiempo suficiente para valorar la idoneidad de la comitente.

⁴⁵ Dicho conocimiento, como dice García (2019), en el caso del guardador de hecho, es un deber, esto es tiene la obligación de notificar la existencia de la guarda de hecho a la Entidad Pública, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial.

⁴⁶ Si bien, a tenor de lo dispuesto en los arts. 19 LOPJM y art. 172 bis, esta guarda se establece a solicitud

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

En este sentido, la Entidad Pública puede constituir un acogimiento temporal⁴⁷ del menor con la guardadora de hecho⁴⁸ (art. 237 CC) porque lo habitual es que el menor reciba la asistencia moral y material de la comitente. Pero, no sea suficiente como para promover la tutela⁴⁹ y sea necesario valorar la idoneidad de la comitente⁵⁰ para el desempeño correcto de los deberes parentales. De ahí que, la entidad de protección de menores y bajo su guarda, en el plazo que precise, en principio temporal⁵¹, comprobará que concurren las condiciones sociofamiliares y psicosociales que permitan la satisfacción del interés del menor, por la comitente -como persona adecuada que desarrolla las funciones parentales-.

El acogimiento transforma la guarda de hecho en guarda legal. En estas circunstancias, en las que la comitente-guardadora de hecho se convierte en acogedora impide que pueda promover la tutela (art. 237CC). Cuestión diferente es que se mantenga como guardadora de hecho bajo la supervisión judicial para que conforme al citado precepto pueda promover la tutela, pero no será el caso ya que la entidad pública debe supervisar y valorar la idoneidad de la comitente. Por ello, lo más conveniente es que se constituya un acogimiento temporal.

de los padres o tutores o cuando así lo acuerde el Juez, no excluye que, por la propia iniciativa de la Entidad de protección de menores se pueda acordar si responde a los mejores intereses del menor. En este sentido, García (2017: 1375-1421 y en 1407 y 1408) reconoce que de conformidad con el art. 172 bis 2 CC esta guarda administrativa se constituye también por resolución administrativa, además de por voluntad de los representantes legales y cuando así lo acuerde el Juez.

⁴⁷ Actualmente, la Entidad pública es la que constituye el acogimiento (at. 20.2 LOPJM y art. 172 ter. CC). La Ley 26/2015, de 28 de julio, suprimió el acogimiento judicial, aunque la disposición transitoria primera de dicha ley haya permitido la continuación de procedimientos en marcha iniciados con anterioridad y, facultando a la Entidad Pública, a través de la disposición transitoria segunda, para que pueda revocar todos los acogimientos judiciales sin necesidad de resolución judicial.

⁴⁸ Como señala García Garnica, M. Carmen (“La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, op. Cit., pp. 1405) la Entidad Pública puede, durante la vigencia de la guarda provisional, establecer un acogimiento familiar de urgencia o bien la atribución cautelar del acogimiento.

⁴⁹ Ya la doctrina señalaba que las circunstancias que dan lugar a la guarda administrativa, como regla general, no deben ser imputables a los padres o tutores, puesto que en ese caso nos encontraríamos ante la situación de desamparo. Vid. Llebaria Samper (1990); Díez García (2013).

⁵⁰ Aunque la comitente estará bajo el régimen de un acogimiento familiar, entiendo que, para promover la tutela, se tienen que dar en ella las condiciones de idoneidad propias que faciliten la adopción (art. 176.3 CC), sin que sea preceptivo que reúna las condiciones de capacidad del art. 175 CC.

⁵¹ Si transcurre el plazo de dos años sin que se promueva la tutela cabe que se constituya el acogimiento permanente pues, tal y como se desprende de lo dispuesto en el art. 175.5 CC a través de este se puede promover la adopción si la comitente reuniera las condiciones de idoneidad exigidas para la adopción. Sin embargo, el menor, mientras tanto, necesita la protección de un representante legal, por lo que, en estas circunstancias, se encontrará bajo la tutela de la entidad pública previa declaración de desamparo.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

La iniciativa para promover la tutela la deberá tomar la entidad pública, siempre que así lo considere y se valore adecuadamente la idoneidad de la comitente, (art. 172.4 CC) e incluso el Ministerio Fiscal (art. 222CC) la puede promover si el menor se encuentra integrado en la vida familiar de la comitente y se ejerzan adecuadamente las potestades de guarda durante un período de tiempo. El Juez, si no se dieran ningunas de las circunstancias establecidas en los arts. 216 y 217 CC, al no existir parientes del menor y siendo beneficioso para él esta medida protectora, podrá constituir la tutela a favor de la comitente (art. 214 CC) con suspensión de la patria potestad de la gestante (art. 222 CC). También puede denegarla si se dieran circunstancias que la impidan, y, en ese caso, la entidad de protección deberá adoptar la medida de protección más adecuada. Si bien, conforme al párrafo 2º del art. 172 bis ter CC, no pueden ser acogedores los que no pueda ser tutores, entiendo que en interés del menor pudiera ser adecuado un acogimiento permanente como en el caso Valdís. Pero, en ese escenario, el menor debe ya encontrarse bajo la tutela de la Entidad pública. A tenor de lo dispuesto en el art. 175.5 CC, desde el acogimiento permanente, la Entidad pública puede promover la adopción siempre que no concurra en la comitente ninguna causa que la haga inidónea para la adopción (art 176.3 CC) y que alguna de ellas coincide como causa de inhabilidad para la tutela (art. 216 CC).

Esta vía para acceder a la adopción es dudosa porque será necesario declarar al menor en situación de desamparo para que la Entidad Pública tenga su tutela y, no tiene sentido esta declaración administrativa para que el menor se quede precisamente con la comitente. Además, con probabilidad fracasará si no concurre en la comitente los requisitos de capacidad del art. 175 CC (art 176 bis 1 CC), y, como ha acaecido en los casos planteados por las audiencias, las comitentes tienen edad superior a 45 años. Por ello, entiendo que la vía más adecuada en este contexto es acceder a la adopción, si fuera posible, a través de la tutela.

Si se constituyera la tutela, a partir del año se podrá incoar el expediente de adopción (art. 176.2.3 CC). Pero, para garantizar que no se han vulnerado los derechos de la mujer gestante, entiendo que será necesario que se recabe su renuncia a través de documento público y antes de que transcurra los seis meses⁵² (art. 37.2 Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria). A mi parecer, no es suficiente con la renuncia a la maternidad que la gestante realizó en el contrato. Además, es la comitente, que no ha tenido reparos para obtener un hijo en el país extranjero, la que debe tener la obligación de procurar la obtención de la renuncia de la gestante, -a través de los intermediarios que le facilitaron la entrega del menor-, que puede realizarse en el consulado español (oficina con facultades notariales) para que se lleve a cabo, con garantías, la adopción

⁵² Para un estudio detallado de la reforma, Vid. Callejo Rodríguez (2016).

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

del menor. Sin perjuicio que, si ya no se pudiera obtener, no paralizará el procedimiento (art. 38 LJV), pero, se encontrará a expensas de que, la gestante pueda solicitar la revocación (art. 180.2 CC) o nulidad de la adopción si se vulneraron sus derechos fundamentales. Si el Juez denegara la adopción, el menor se mantendría bajo la tutela de la comitente. No obstante, el menor es extranjero y no acompañado⁵³ y, como en los casos Paradiso y Valdís, protección de menores puede -aunque no lo hace- declarar al menor en situación de desamparo. Sin embargo, es una medida drástica si ya se han creado vínculos personales, aunque a juicio de Corral (2014:1914) lo más coherente con la prohibición de la maternidad subrogada, que conllevaría no solo el incumplimiento de la titular de la patria potestad de los deberes de protección sino también que la guardadora de hecho no satisface en interés del menor. Uno de los indicadores para que se pueda establecer el desamparo, a tenor del art. 18.2.a LOPJM es el abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponda el ejercicio de guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercitarla. Pero dicha circunstancia debe ser valorada con criterios de proporcionalidad y necesidad cuando suponga una amenaza para la integridad física o mental del menor.

En estas circunstancias, la declaración del menor en situación de desamparo no resultaría coherente con el mantenimiento de la convivencia a favor de la comitente a través del acogimiento -como en el caso Valdís-, sino su separación para que pueda ser adoptado por familia seleccionada y asignada por la entidad de protección de menores, que entiendo debería producirse si la comitente no es idónea.

3.3.3 ¿Delegación de guarda con fines de adopción?

Este es uno de los supuestos que permite la adopción del menor sin necesidad de propuesta previa de la entidad de protección de menores, siempre que transcurra más de un año bajo esta figura.

Sin embargo, no considero que sea una vía adecuada para alcanzar la relación jurídica de filiación con el menor por varias razones:

1-La delegación de la guarda con fines de adopción es una fase del procedimiento de adopción. Para que la entidad pública delegue la guarda a favor de la comitente, previamente ha debido declarar al menor en situación de desamparo. Así se expresa el art. 176 CC, la Entidad Pública “*podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo*”, por lo que parece que se excluye al menor que no se

⁵³ Dicho término hace referencia más específicamente al inmigrante que llega al territorio del Estado sin ir acompañado de un adulto responsable del mismo, sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, y mientras no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de él. Vid. Tejedor (2017: 156).

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

encuentra en esta situación. Esta figura se ha introducido *ex novo* y como dice las SSTs de 15 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2206) y 15 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:11534^a) para los casos en que el menor se encuentra en una situación de desamparo.

2-El menor será adoptable, puesto que tendrá meses de vida, y la selección y asignación⁵⁴ del adoptante la realiza la propia Entidad pública y pueden existir otras personas más idóneas para la adopción. Además, si cualquier persona que quiera adoptar -idónea- no puede elegir al adoptando, no es razonable que lo haga quien ha vulnerado el ordenamiento jurídico español, acudiendo a un país extranjero para conseguir lo que no puede en España.

3- Para que se pueda establecer la delegación de guarda (art. 176 bis CC), además, de los requisitos de idoneidad⁵⁵ (art. 176.3 CC), es necesario que el potencial adoptante cumpla con los requisitos de capacidad del art. 175 CC (art. 176 bis.1 CC) y será lo habitual, como en los casos que se han planteado en las audiencias provinciales, que la comitente tenga más de 45 años.

⁵⁴ Entre las condiciones para ser adoptantes, además de la capacidad e idoneidad, debe ser asignados y, solo lo serán los que mejor se ajusten a las necesidades de dichos niños. Vid. Adroher Biosca (2018).

⁵⁵ Vid. Mayor del Hoyo (2019).

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

Referencias bibliográficas

ADROHER BIOSCA, Salomé (2018): “La nueva regulación de la adopción en España: en interés superior del menor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 769, septiembre de 2018, pp. 2429-2463.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago (2022): “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Notas breves a la STS de 31 de marzo de 2022”, *Diario La Ley*, N° 10075, secc. Tribuna, 5054.

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: “Modificaciones de Derecho Civil en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista Doctrina Aranzadi*, civil-mercantil, N° 4/2014, BIB 2014/2141.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles (2011): “La filiación adoptiva”, en *Tratado de Derecho de familia*, Yzquierdo Tolsada, Mariano/Cuena Casas, Matilde (dir.), Vol. V, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

(2013): “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 739, 1013, PP. 2905-2950.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo (1986): “Comentarios a los art. 303 a 306 CC” en Amorós Guardiola, Manuel/Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo: *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, pp. 784-794.

BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada (2000): “EL guardador de hecho ante los hechos dañosos producidos por su guardador” en Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada, Volumen I, Universidades de Almería, Granada y Jaén, Almería.

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen (2016): “EL asentimiento a la adopción de los padres del adoptando no emancipado”, *La Ley Derecho de Familia*, N° 9, primer trimestre de 2016, La Ley 45.

CORRAL GARCÍA, Eduardo (2014): “Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 744, pp 1910-1923.

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

DE VERDA Y BEMONTE, José Ramón (2016): “Notas sobre gestación por sustitución en el Derecho Civil Español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 4, febrero 2016, pp.349-357.

(2022): “La Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia”, *Diario La Ley*, nº 10182, Sección Tribuna, 2 de diciembre de 2022 La Ley (10933/2022).

DIAZ ALABART, Silvia (2004): “El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda recogidas en el Código civil”, en *La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, Ibermutuamur, Madrid.

DIEZ GARCÍA, Helena (2013): “Comentario al art. 172” *Comentario al Código civil*, T. II, dir. Becovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Ed. Tirant lo Blanch.

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús (2015): “Filiación genética versus filiación jurídica: a vueltas con la maternidad por sustitución. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, Sala Primera, de lo Civil, rec. 245/2012” *La Ley Derecho de familia*, nº 7, 2015.

(2019): “Convenio gestacional y filiación transfronteriza: el modelo de los países del Este de Europa”, *Actualidad Civil*, Nº 1, enero 2019, La Ley 1328/2019, pp.1-38.

GETE ALONSO, M. Carmen (2018): “La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el Derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad”, *Revista de Derecho civil V*, no.1, pp. 1-54, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia (2020): “La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España”, *Revista Política y Sociedad*, ed. Complutense, pp. 887-906, DOI: <https://dx.doi.org/10.5209/poso.69840>.

LLEBARIA SAMPER, Sergio (1990): *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Ed. Tirant lo Blanch.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco/MONJE BALMASEDA, Oscar (2019): “La Gestación por sustitución: su evolución desde la primera Ley 35/1988, de 22 de noviembre hasta el

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

momento presente diciembre 2019”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, N° 15, Julio-diciembre 2019

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (2017): “EL Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada”, *Escritos Jurídicos The Family Watch (TFW)*, www.thefamilywstch.org. 4/2017.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz. M (2015): ¿Mater Semper certa est?. Análisis de dos casos relativos a este principio en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo. *La Ley Derecho de Familia*, N° 7, Tercer trimestre de 2015, La Ley 4607/2015.

MAYOR DEL HOYO, M. Victoria (2019): *La adopción en el Derecho Común Español*. Tirant lo Blancha.

PARRA LUCÁN, M. Ángeles (2013): “La guarda de hecho de las personas con discapacidad” en De Salas Murillo, Sofía: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 211-264.

QUICIOS MOLINA, Susana (2021): “Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimiento, posesión de Estado... e interés superior del menor” en *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, dir. Múrtula Lafuente, Virginia/ Bustos Moreno, Yolanda, Dykinson.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (2017): “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, en *Protección jurídica del menor*. M^a Paz Pous de la Flor/Carlos, lasarte Álvarez/ y otros, Tirant lo Blanch, pp. 131-199.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2014):” Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, No 8415, Sección Tribuna, 6 de noviembre de 2014, Año XXXV.

(2020): Gestación por sustitución y adopción. A propósito de la Opinión Consultiva del Protocolo Núm. 16 al Convenio europeo de Derechos Humanos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de abril de 2019, y de varias Sentencias de Audiencias Provinciales”, *Diario la Ley*, N° 9609, Secc. Doctrina, 7 de abril de 2020, La Ley 2810/2020

Cordero, Iciar (2024): “La maternidad por sustitución en España”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 44, Facultad de Derecho, Unicen,

(2022): “Régimen jurídico de la gestación por sustitución en Portugal a propósito de la Ley portuguesa nº 90/2021, de 16 de diciembre, que contiene el certificado de defunción del convenio gestacional luso”, *Diario La Ley* (288/2022), Nº 10003, Sec Doctrina, 4 de febrero 2022 pp 1-18.