

Congreso internacional
“La contractualización del Derecho de familia y la persona^{*}”
23 y 24 de marzo de 2022
Santiago de Compostela

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS NIÑOS NACIDOS A TRAVÉS DE LA GESTACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Iciar Cordero Cutillas
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Jaume I Castellón
Panel núm. 1

RESUMEN

Actualmente, en España no se permite la gestación por sustitución o maternidad subrogada puesto que el 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, ha sido tradicional considerar madre a la mujer que pare, 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, el ordinal 3 del art. 10 deja a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

No obstante, ha sido una realidad que el deseo de acceder a la paternidad o maternidad, de aquellas personas que no lo pueden lograr por métodos naturales o a través de la gestación con contribución de donante, se haya cubierto a través de esta vía permitida en otros países, lo que ha conllevado a establecer las consecuencias en orden a la protección jurídica de los menores, en interés de estos y debido a la presión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que el menor pueda tener vínculos jurídicos con los padres intencionales.

Por otra parte, en los países que permiten la maternidad subrogada, ha sido habitual que la gestación del menor, -referido a la pareja heterosexual y homosexual-, se haya realizado con el gameto masculino, del marido o de la pareja, mientras que el gameto femenino sea donado y utilizado en la madre gestante. En defecto de la posibilidad de

^{*} Este Congreso internacional se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas” [ref. PID2019-109019RB-100], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019.

inscribir la filiación conforme al certificado extranjero, la solución, en estos casos, permite una rápida respuesta en la determinación de la filiación. Primero se determina la paternidad del padre intencional, que al ser el progenitor biológico podrá quedar determinada conforme a lo dispuesto en el Código civil, esto es, el reconocimiento o la acción de filiación de paternidad extramatrimonial. Mientras que, con respecto a la madre o el padre -en pareja homosexual-, la filiación se determinará por la adopción del hijo de su pareja (art. 176.2.2ª CC)

Sin embargo, la situación se complica en ausencia de conexión genética con las madres y/o padres intencionales, que normalmente ocurre cuando la mujer acude sola a esta técnica con gameto donado y, a ello se le añade una edad superior a los 45 años.

El ATS 2 de febrero de 2015 con acierto sostuvo varias alternativas en orden a la protección del menor, y, además de las mencionadas anteriormente, indicó el acogimiento o a través de la protección de la familia de facto, siempre teniendo en cuenta el interés del menor.

El interés del menor es mantener los lazos afectivos con los padres intencionales -si ya se han creado- que no tienen que ser *ab initio* productores de la filiación, pueden establecerse vínculos estables que le otorguen estabilidad al menor y que se puedan proyectar, finalmente, en la relación jurídica de filiación.

Sin embargo, algunas Audiencias Provinciales están facilitando, de manera forzada, la relación jurídica de filiación con el menor por medio de la posesión de estado del art. 131 CC. Consideramos que no es la solución más acertada mientras no se produzca una reforma de la filiación. Se ha acudido a la vía del art. 131 del CC para facilitar la determinación de la maternidad por posesión de estado en la pareja del mismo sexo de la gestante derivada de la modificación de la Ley 14/2006 por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la Rectificación Registral de la mención relativa al sexo, que introdujo el art. 7.3. Y, en este sentido se ha aplicado por algunas resoluciones del Tribunal Supremo, flexibilizando los criterios y con una diferente interpretación a la sostenida por la reforma en materia de filiación por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

En el ámbito de la filiación derivada de la gestación subrogada tenemos las herramientas jurídicas para llegar a la relación jurídica de filiación a través de otros mecanismos jurídicos. Así el acogimiento familiar o la tutela, que con el tiempo puede devenir en la relación de filiación.

De verdad, ¿el TEDH impone a los estados, que no regulan o permiten la gestación subrogada, que creen vínculos de filiación entre las madres intencionales y el menor?