

3219 Denegación de reconocimiento de sentencia extranjera por la que se determina la filiación de menores nacidos mediante gestación por sustitución a favor de los padres comitentes

Comentario a la STS 1626/2024, de 4 de diciembre (JUR 2024, 451378)

CARMEN VAQUERO LÓPEZ

Profesora titular de Derecho internacional privado

Universidad de Valladolid

Resumen: *Esta sentencia deniega el reconocimiento en España de una decisión judicial extranjera por la que se determina la filiación, a favor de los padres comitentes, de dos menores nacidos como consecuencia de una gestación por sustitución. El Tribunal Supremo considera que esta forma de gestación es contraria al orden público internacional por atentar contra la dignidad y los derechos a la integridad física y moral, tanto de los menores como de la mujer gestante.*

Palabras clave:

Gestación por sustitución, filiación, reconocimiento de sentencia extranjera, orden público internacional.

Abstract: *This judgment denies the recognition in Spain of a foreign judgment determining filiation, in favor of the intended parents, of two minors born through surrogacy. The Supreme Court considered that this form of gestation is contrary to international public order because it violates the dignity and the rights to physical and moral integrity of both the children and the pregnant woman.*

Keywords:

Surrogacy, filiation, recognition of foreign judgment, international public order.

Ponente: Rafael Sarazá Jimena.

Voz índice analítico: Gestación por sustitución. Reconocimiento de sentencia extranjera sobre determinación de la filiación. Denegación por motivos de orden público.

DOCTRINA

El reconocimiento en España de una sentencia extranjera que determina la filiación a favor de los padres comitentes de dos menores nacidos mediante gestación por sustitución es contrario al orden público español, por cuanto esta técnica de reproducción asistida vulnera los derechos fundamentales, tanto de la madre gestante, como de los menores, cuya protección puede otorgarse mediante la determinación de la filiación biológica paterna o la adopción, o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar.

HECHOS

El 4 de diciembre de 2019, D. ____ y D. ____ (padres comitentes), de nacionalidad española y residencia habitual en España, celebraron un contrato de gestación por sustitución con D.ª ____ (madre gestante) y su esposo, D. ____, en el Estado de Texas (EEUU). El contrato fue validado por sentencia del Juzgado núm. 73 del Distrito Judicial del condado de Béxar (Texas), dictada el 23 de julio de 2020, en la que se establecía que D. ____ y D. ____ serían los progenitores de cualquier niño al que la madre gestante diera a luz, en virtud de dicho contrato. En la sentencia estadounidense también se acordó que el *Hospital Chi St Lukes Health-The Woodlands* o cualquier otro hospital, centro de maternidad o centro médico en que naciera cualquier menor como consecuencia de la gestación acordada entre las partes, concediera a los padres comitentes: (i) el derecho inmediato de custodia y acceso al menor tras su nacimiento, sujeto a las normativas y protocolos aplicables del hospital; (ii) el derecho de elegir el nombre *del menor*; y (iii) el derecho de tomar cualquier decisión con respecto a la salud del menor.

El 29 de octubre de 2020 D.ª ____ dio a luz a dos niños, que fueron inscritos en el Registro Civil de Texas con los nombres de ____ y ____, haciéndose constar, como progenitores, a D. ____ y D. _____. Con posterioridad, el 20 de noviembre de 2020, el mismo Juzgado núm. 73 del condado de B́exar dictó una sentencia en la que se fallaba que D. ____ y D. ____ eran los progenitores de los dos menores; que el Departamento Estatal de Servicios Sanitarios y Registro Civil de Texas debía emitir sendos certificados de nacimiento originales nombrando a los padres comitentes, ____ y ____, progenitores de los menores; y que D.ª ____ y D. ____ debían ceder su custodia a D. ____ y D. ____, si no lo hubieran hecho todavía.

El 15 de octubre de 2021, D. ____ y D. ____ presentaron una demanda de ejecutur ante el Juzgado de Primera Instancia ... en la que solicitaban el reconocimiento en España de los efectos de la sentencia estadounidense, dictada el 20 de noviembre de 2020, que confirmaba la paternidad de los demandantes respecto de los dos niños a los que dio a luz D.ª ____ en virtud del acuerdo de gestación por sustitución firmado por ambas partes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la solicitud al amparo de lo dispuesto en los apartados a) y d) del artículo 46.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, en adelante, LCJIMC (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015) y teniendo en cuenta la prohibición estipulada en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en adelante, LTRHA (BOE núm. 126, de 26 de mayo, de 2006). Sobre esta base, el Juzgado denegó el reconocimiento y ejecución de la resolución estadounidense pretendida por los demandantes, por considerar que estos incurren en un supuesto de fraude de ley, en la medida en que habían iniciado, de forma consciente y querida, un proceso para tener un hijo mediante la suscripción de un contrato de gestación por sustitución que está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

La sentencia fue recurrida en apelación por los padres comitentes, y la Audiencia Provincial ... desestimó el recurso mediante auto, en el que rechazaba los argumentos relativos a la infracción del interés del menor y a la vulneración de la jurisprudencia del TEDH, invocados por los recurrentes. La Audiencia no apreció tal vulneración, «dado que es en el marco del orden público donde ha de tener satisfacción aquel interés superior y no al margen del mismo, o contraviniéndolo o alterándolo».

Contra esta decisión, D. ____ y D. ____ interpusieron recurso de casación ante el TS, alegando la incongruencia del auto por el que se deniega el reconocimiento de la sentencia estadounidense, y la vulneración de los principios de desarrollo de la personalidad y de no discriminación por razón de nacionalidad, así como del principio superior de protección de los menores.

El TS desestima el recurso y deniega el reconocimiento en nuestro país de la sentencia estadounidense por la que se determina la filiación de los menores a favor de los padres comitentes sobre la base de lo dispuesto en el artículo 46.1.a) LCJIMC, por considerar que dicha decisión contraviene el orden público español y atenta contra la dignidad, tanto de la mujer gestante como de los menores. Asimismo, la Sala propone establecer la relación de filiación de los menores con los demandantes mediante «la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción, o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar».

COMENTARIO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Se plantea, de nuevo, ante el TS la cuestión de la determinación de la filiación de dos menores nacidos en el extranjero como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución celebrado fuera de nuestro país por dos ciudadanos españoles. Con su decisión, nuestro Alto Tribunal consolida su anterior jurisprudencia, reafirmandose en su condena de esta técnica de reproducción asistida y en su calificación como una práctica contraria al orden público español. Del mismo modo, en aras de garantizar la protección de los menores, la

Sala 1.^ª del TS vuelve a proponer el recurso a métodos alternativos de determinación de la filiación, particularmente referidos a la filiación biológica del padre que aporte material genético o la adopción por su pareja, y sugiere recurrir, alternativamente, a la figura del acogimiento familiar como forma de proteger a los menores.

La principal novedad de la resolución que comentamos se encuentra en el hecho de que, por primera vez, el TS aborda esta cuestión desde la perspectiva del reconocimiento en nuestro país de una decisión judicial extranjera, según el régimen establecido por la LCJIMC. Es desde este punto de vista desde el que abordaremos nuestro comentario, si bien previamente nos detendremos en la determinación del Derecho material aplicable a la filiación natural en el sistema español de Derecho internacional privado, lo que a su vez nos permitirá delimitar el alcance del artículo 10 LTRHA, y reflexionar sobre la necesidad de una respuesta de nuestro legislador sobre la situación de la gestación por sustitución en España.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA FILIACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.4.I CC, en su redacción dada por el artículo 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015), «(l)a determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española». La ley así designada regula los mecanismos para determinar la filiación y sus medios de prueba (inscripción de nacimiento, sentencia firme, reconocimiento, expediente registral, posesión de estado), y su cumplimiento es condición esencial para su inscripción en el Registro Civil español, como condición de fondo que se añade a las disposiciones acerca del procedimiento registral, tal y como expresamente se establece en los artículos 58 a 61 LCJIMC y en la DA 3.^ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015).

Esta norma de conflicto de leyes utiliza varias conexiones subsidiarias, ordenadas en cascada y materialmente orientadas a favorecer la determinación de la filiación (*favor filii*), lo que significa que la primera conexión utilizada por nuestro legislador deberá descartarse cuando la ley por ella designada no permita el establecimiento de la filiación, y así sucesivamente (STS 224/2018, de 17 de abril).

Por lo tanto, en el supuesto litigioso que da lugar a la decisión del TS que comentamos, la aplicación del artículo 9.4.I CC permitiría la consideración, por parte del juez español, del Derecho material vigente en el Estado de Texas, en la medida en que los menores ostentan la nacionalidad estadounidense. Efectivamente, en principio y conforme al primer punto de conexión del artículo 9.4.I CC, la filiación de los menores deberá determinarse según lo establecido en la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de establecimiento de dicha filiación. Siendo esta ley (previsiblemente) la española, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 10 LTRHA, que expresamente declara la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, y que conlleva la imposibilidad de determinar la filiación de los menores a favor de los padres comitentes. Sin embargo, el principio de *favor filii que* informa la estructura de la norma de conflicto de leyes actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico, podría llevar a la aplicación de la ley de la nacionalidad (estadounidense) de los menores, que sí reconoce su filiación a favor de los padres comitentes, demandantes en el litigio principal.

Ahora bien, una solución en este sentido (sugerida por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022», *La Ley*, núm. 1069, 2022, p. 10) se

vería corregida por la aplicación de la excepción general de orden público que se contiene en el artículo 12.3 CC. En este caso, no se trataría de una aplicación directa de la norma imperativa (de Derecho interno) que se contiene en el artículo 10 LTRHA, sino de la consideración de los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico como límite generalmente impuesto a la aplicación de una ley extranjera en nuestro país. La diferencia es importante, porque en este segundo caso podríamos hablar de un orden público atenuado, que permitiría reconocer en España algunos de los efectos de una figura, como la que nos ocupa, contraria a los valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. Así sucede cuando se reconocen derechos sucesorios o de alimentos a la segunda esposa de un matrimonio polígamo válidamente celebrado en el extranjero, pese a la nulidad del segundo vínculo matrimonial en España por su contrariedad con nuestro orden público (VAQUERO LÓPEZ, C., «El harem desde occidente: la protección de la mujer en el sistema español de DIPr.», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, núm. 9, 2009, pp. 27-46).

En cualquier caso, este análisis es el que debe realizarse cuando se interpone una acción de filiación o se pretende la inscripción registral de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, pues en ambos supuestos es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el Derecho español reclamado por nuestra norma de conflicto de leyes, o impuesto por el correctivo de orden público. No es este el supuesto de hecho que se plantea ante nuestros tribunales en el asunto que comentamos, pues lo que pretenden los padres comitentes, demandantes en el litigio principal, es el reconocimiento de una sentencia extranjera por la que se determina la filiación de dos menores nacidos fuera de nuestro país mediante gestación por sustitución, lo que sitúa el problema jurídico, no en el ámbito de la determinación del Derecho material aplicable por nuestros tribunales, sino en un estadio diferente, el del procedimiento para dotar de continuidad jurídica a una relación válidamente constituida por un órgano jurisdiccional fuera de nuestras fronteras.

3. EL RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN DETERMINADA EN EL EXTRANJERO: EL PAPEL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

En su primera Resolución sobre la materia que nos ocupa, la Dirección General de Registros y Notariado, en adelante DGRN (actualmente, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), permitió la inscripción, a favor de los padres comitentes, de dos menores nacidos en California mediante gestación por sustitución, a partir de una certificación registral, que fue equiparada a una decisión judicial (RJ 2009, 1735), de 18 de febrero. En aquel momento, la DGRN no tuvo en cuenta el Derecho material español, declarado aplicable por el entonces vigente artículo 9.4 CC, que llevaba a la aplicación (imperativa) del artículo 10 LTRHA y, en consecuencia, a la imposibilidad de inscribir a los menores como hijos de los padres comitentes. Fue precisamente esta falta de control de la legalidad del hecho, la que tomó en consideración el Juzgado de Primera Instancia de Valencia para anular la Resolución de la DGRN (sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia 93/2010, de 15 de septiembre). En su decisión, confirmada en apelación (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/0211, de 23 de noviembre), el tribunal valenciano recuerda que, para que pueda practicarse la inscripción en el Registro Civil español de una certificación extendida por un Registro extranjero, es necesario, en primer lugar, que el Encargado del Registro compruebe la realidad del hecho inscrito, lo cual implica, no ya solo un control formal de la certificación, sino que el Encargado no tenga duda de que lo establecido en la misma es real —lo que en el caso de autos resultaba material y biológicamente imposible, pues los padres comitentes eran dos varones— y conforme con la ley española. Es en este contexto, explica con claridad el tribunal, y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español, donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la LTRHA. Sobre la base de estas consideraciones, de impecable técnica jurídica, se desestima el recurso interpuesto por los padres de los

menores contra la sentencia dictada en primera instancia, contraria a la inscripción en el Registro español de las certificaciones californianas.

Para corregir esta situación y favorecer la inscripción de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010) exige la aportación de una decisión judicial extranjera en la que se determine la filiación a favor de los padres comitentes. De este modo, la DGRN trataba de resolver el problema que se estaba planteando en los registros consulares, favoreciendo el reconocimiento de la filiación por sustitución, siempre que se garanticen los derechos de la madre gestante, la existencia de un consentimiento libre, irrevocable e informado de la madre natural, y el respeto del interés superior del menor.

Varios años después, el 14 de febrero de 2019, la DGRN vuelve a dictar una Instrucción sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (que inexplicablemente no llegó a publicarse en el BOE), con la finalidad inmediata de resolver un conjunto de casos originados en Ucrania. La Instrucción exigía el cumplimiento de una serie de controles, de orden público, para otorgar el reconocimiento de la decisión judicial extranjera que debía servir de título a la inscripción registral (o, en su caso, del acto jurisdicción voluntaria), particularmente referidos: (i) al consentimiento de la madre gestante, que debía hacerse de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, con suficiente información y consciencia del alcance de su declaración de voluntad, y con la capacidad natural suficiente, así como haber sido confirmado en un momento posterior al nacimiento del menor; (ii) al derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos; y (iii) a la idoneidad de los padres comitentes para asumir las funciones tuitivas y protectoras del menor propias de la patria potestad, por razón de edad, estado de salud u otras. Respecto de las certificaciones registrales extranjeras, el reconocimiento de su eficacia se limitaba a la comprobación de que constara en ellas, o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, la identidad de la madre gestante. Solo unos pocos días después, el 18 de febrero de 2019, el Gobierno decidió dar marcha atrás y anuló esta Instrucción a todos los efectos (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019), retomando el contenido de la Instrucción de 2010, de cuya vigencia y valor normativo duda una parte importante de la judicatura, por su contrariedad con la jurisprudencia del TS (STS 754/2023, de 16 de mayo).

Efectivamente, nuestro Alto Tribunal ha declarado, reiteradamente, que *la filiación por sustitución de padres intencionales (comitentes) que no son biológicos, y que residen en España, vulnera el orden público español. Este es el sentido de la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014; es también la solución del ATS 335/2015, de 2 febrero; y es el principio que informa la STS 754/2022, de 31 de marzo*, si bien en este último caso el rechazo de la eficacia de la gestación por sustitución no se ampara en el orden público, sino en el resultado directo de aplicar la ley española como ley rectora de la filiación, pues no se trataba, como en los supuestos anteriores, de determinar el reconocimiento de un certificado o decisión extranjera sobre dicha filiación.

Por su parte el pleno del TC, al otorgar el amparo a una mujer a quien se denegó la adopción del hijo de su marido, nacido mediante gestación por sustitución en Ucrania e inscrito como hijo del esposo en el Registro Civil Consular de la Embajada de España en Kiev (STC 28/2024, de 27 de febrero), parte de las mismas consideraciones del TS y señala que «en contextos en que el nacimiento del menor ha tenido su origen en una gestación por sustitución desarrollada en el extranjero, la determinación de la filiación del menor en favor de quien suscribió ese contrato para satisfacer su deseo de ser padre o madre puede ir en contra de valores y derechos constitucionalmente reconocidos».

Es importante subrayar que en ninguno de estos casos constaba la existencia de una resolución dictada por un tribunal extranjero, lo que ha servido para que nuestro TS haya hecho «un planteamiento genérico de orden público preventivo» frente al fenómeno de la gestación por sustitución. Es esta la principal diferencia con el asunto que nos ocupa, en el que el TS cuenta con una resolución judicial que avala la determinación de

la filiación de los menores a favor de los padres comitentes y el libre e irrevocable consentimiento informado de la gestante, lo cual podría desactivar la mayor parte de la argumentación sostenida por el Alto Tribunal, construida sobre la contrariedad con el orden público español de esta forma de gestación precisamente por atentar contra la libertad individual de la mujer gestante (JIMÉNEZ BLANCO, P., «La «crisis» de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (Comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y de 18 de febrero de 2019)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, p. 28).

En efecto, por primera vez, se plantea ante el TS la cuestión de la determinación de la filiación de los nacidos por gestación por sustitución desde la perspectiva del reconocimiento en nuestro país de una decisión judicial extranjera que declara dicha filiación a favor de los padres comitentes, sobre la base de lo acordado entre estos y la madre gestante en el marco de un contrato de gestación por sustitución, validado judicialmente en el país donde se ha celebrado y donde tiene lugar el nacimiento de los menores.

Descartado el primer motivo del recurso de casación, referido a la incongruencia de la sentencia, por falta de cita de la norma legal infringida, que debió además ser alegada en un recurso extraordinario por infracción procesal, la Sala centra su análisis en la vulneración de los principios de desarrollo de la personalidad, no discriminación por razón de nacionalidad y protección de los menores. Estos tres principios integran nuestro orden público (internacional) y podrán oponerse al reconocimiento de la sentencia estadounidense por la que se determina la filiación de los menores a favor de los padres comitentes sobre la base de lo dispuesto en el artículo 46.1 a) LCJIMC. De acuerdo con lo establecido en este precepto, en defecto de norma institucional o convencional, no podrán reconocerse en España las resoluciones judiciales extranjeras contrarias a nuestro orden público.

Este límite, de orden público internacional, atiende a la protección de valores fundamentales de índole social o económica del foro en un momento determinado, entre los que se incluyen los tres principios referidos, en los que basan su recurso los demandantes, y cuya vulneración impide que la sentencia extranjera tenga efectos en nuestro país. Sobre esta base, *el TS declara que la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté «validado» por una sentencia extranjera, puede determinar una relación paternofilial, vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por sustitución.* Señala también la Sala que «la maternidad subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano». En opinión del TS, esta forma de maternidad «priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, que es reconocido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990); atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada; y puede atentar también a la integridad física y moral del menor, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes». En consecuencia, el TS declara que, en la medida en que vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, los contratos de gestación por sustitución son manifiestamente contrarios a nuestro orden público internacional. Aún más, la Sala considera que un reconocimiento de la sentencia extranjera como el pretendido por los demandantes «potenciaría la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitaría la actuación de las agencias de intermediación en la gestación subrogada, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada».

Técnicamente, la respuesta del TS es correcta, pues no cabe el reconocimiento en nuestro país de una decisión extranjera si vulnera los derechos fundamentales de las personas, derechos que integran el concepto de orden público internacional. Pero los menores han nacido y la protección de su interés superior obliga a

determinar una filiación, que el TS lleva a cabo negando la filiación válidamente determinada por una autoridad judicial en el extranjero y proponiendo el recurso a figuras afines para determinar los vínculos de los menores con los padres comitentes. Se trata, en definitiva, de una solución bienintencionada, pero que no satisface ni a los detractores, ni a los defensores de esta técnica de reproducción asistida, por lo que la polémica continúa.

En este debate es preciso tener en cuenta que, en ausencia de una norma material (internacionalmente imperativa) que prohíba o que permita la gestación por sustitución en nuestro país, la solución viene dada por los tribunales españoles. Son ellos los que, en cada caso concreto, deben aplicar un correctivo, el del orden público, cuya actualidad, al igual que su operatividad frente a la decisión extranjera que pretende reconocerse en nuestro país, obligan a utilizarlo conforme a los valores presentes en el momento en el que se insta dicho reconocimiento, sin que, en ningún caso, se pueda alterar la prohibición de revisión de fondo de la decisión foránea. Sin embargo, se ha criticado que, en cierto modo, este control de compatibilidad de la sentencia extranjera con el orden público del foro es una forma de fiscalización de las decisiones extranjeras, incluso cuando en el Estado de origen se han preservado los intereses de la gestante y del menor, como parece que sucede en el caso que nos ocupa. En este sentido se ha discutido si es lícito «violiar la confidencialidad de un proceso que ya ha sido juzgado, desconfiando de la capacidad del juez extranjero para discernir los casos de tráfico de niños de los supuestos de gestación por sustitución» (MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho internacional privado español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 2012, p. 1390).

Por otra parte, la estrecha vinculación de los demandantes con España (no se ha justificado que tuvieran otra nacionalidad o que hubieran residido largo tiempo en otro país, y desde luego no se ha acreditado la vinculación de los demandantes con Texas) lleva también al TS a descartar una aplicación atenuada del orden público internacional. En efecto, el TS reitera su consideración de la gestación por sustitución como una práctica que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación, cuyo superior interés resultaría gravemente lesionado si, como pretenden los demandantes, se facilitara el reconocimiento «casi automático» de la filiación resultante del contrato oneroso de gestación por sustitución, «a favor de quienes realizan y pagan el encargo».

Sin embargo, esta decisión no se compadece con el reconocimiento implícito de esta forma de gestación por el propio TS cuando autoriza a los padres de un niño nacido mediante esta técnica a modificar, en el Registro Civil, el lugar de nacimiento por el del domicilio familiar (STS 1141/2024, de 17 de septiembre). En su decisión, el TS estima el recurso de casación de los padres que solicitan esta modificación registral porque considera que concurren los requisitos del artículo 4.1 CC para aplicar analógicamente la previsión contenida en los artículos 16.2 y 20.1.º de la Ley de Registro Civil en un supuesto en el que, aunque la adopción no es internacional, la inscripción del lugar de nacimiento del menor en un país remoto con el que los padres carecen de relación, revelaría el carácter adoptivo de la filiación y las circunstancias del origen del menor, «especialmente sensibles, en este caso, al haber sido engendrado por gestación por sustitución» (FIERRO RODRÍGUEZ, D., «Analogía y publicidad registral de la gestación subrogada», *Diario La Ley*, núm. 10649, 2025, pp. 1-8). Considera el TS que esta aplicación «analógica» resulta acorde con las exigencias del artículo 18.1.º CE, en tanto que permite la efectividad del derecho a la intimidad personal y familiar del menor (en cuyo ámbito de protección se encuentran la filiación y los datos que denotan su origen), así como del artículo 14 CE (no discriminación por razón de nacimiento) y del artículo 39.2 CE (protección por los poderes públicos de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación).

Del mismo modo, el TS ha estimado un recurso de casación para unificación de doctrina en el que se

planteaba si la maternidad por sustitución puede considerarse una situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento (STS 953/2016, 16 de noviembre). La Seguridad Social española había denegado la prestación de maternidad solicitada por la madre comitente de un menor nacido por gestación por sustitución en California, e inscrito en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, como hijo de la actora y de su pareja varón, «por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad». Sin embargo, el TS dio la razón a la solicitante de tales prestaciones, sobre la base de una «interpretación integradora de las normas (...), contempladas a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, en la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, y del artículo 14 y 39.2 de la Constitución, que dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos» (en el mismo sentido, *vid.* STS 881/2016, de 25 de octubre). De este modo, el TS reconoce efectos a un contrato de maternidad por sustitución, aun asumiendo su nulidad, en aras de favorecer la inserción de los menores nacidos en el núcleo familiar de quien solicita las prestaciones (en contra, MERCADER UGUINA, J. R., «La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: A propósito de las STSS de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 19-1, 2017, pp. 454-467).

Desde otro punto de vista, la decisión del TS también resulta contradictoria porque, pese a negarse a reconocer efectos atenuados a la filiación de los menores gestados por sustitución en Texas y condenar abiertamente la gestación por sustitución, la Sala insiste en proponer formas alternativas para determinar la filiación de los menores nacidos mediante esta técnica de reproducción asistida, intentando conciliar el respeto por la dignidad de la mujer gestante con el derecho de los menores a tener una filiación. Con esta finalidad, el TS vuelve a comportarse de forma contraria a los valores que sostiene (VELILLA ANTOLÍN, N., «La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2024 y el hipócrita tratamiento de la gestación subrogada en España», <https://www.hayderecho.com/2024/12/16/gestacion-subrogada-hipocrita-espana>), cuando tras declarar la indignidad de los demandantes por acudir (fraudulentamente) a un Estado donde la gestación por sustitución está permitida para tener a sus propios hijos, reniega de sus propias convicciones (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Gestación por sustitución...», *cit.*) y promueve el establecimiento de su filiación mediante el reconocimiento de la filiación biológica del demandante que aporta su material genético y la adopción por parte de su pareja, los mismos que han pagado por un contrato que, en palabras del propio Tribunal, entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor. El Voto Particular que acompañó al ATS 335/2015, de 2 de febrero, ya advertía de tal incongruencia valorativa al señalar que el Tribunal ofrece soluciones, como la adopción, que parten de una misma prohibición, como es la gestación por sustitución, viciada de nulidad, con lo que la excepción de orden público seguiría existiendo.

Ciertamente, la adopción se ha convertido en la solución subsidiaria al no reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero cuando media un contrato de gestación por sustitución, tanto en la jurisprudencia del TEDH (DURÁN AYAGO, A., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el reconocimiento de la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución», CABEZUDO BAJO, M. J. (Dir.), *Distintos enfoques de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 149-173), como en la del TS, así como en las decisiones de los tribunales españoles en instancias inferiores (sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 286/2023, de 15 de febrero de 2024). Para ello es preciso, como recuerda la Sala, que el procedimiento de adopción establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño [Dictamen consultivo del TEDH relativo al reconocimiento en el Derecho interno de un lazo de filiación entre un niño nacido de una gestación por sustitución en el extranjero y una madre de intención, de 10 de abril de 2019 (P16-2018-001)].

Sin embargo, la doctrina más autorizada ha cuestionado la bondad de esta solución, que puede verse comprometida en la práctica por la posible falta de asentimiento a la adopción por parte de los progenitores de los niños; la no concurrencia de los requisitos de edad (el adoptante debe ser mayor de veinticinco años y, entre adoptante y adoptando, debe haber una diferencia de edad mínima de dieciséis años y máxima de cuarenta); la existencia de un pago; la carencia de una propuesta previa de la entidad pública, tras la declaración de idoneidad de los adoptantes; o la imposibilidad de adoptar a descendientes o a parientes de segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, que podría concurrir cuando se ha donado material reproductor de un familiar (ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Gestación subrogada y fecundación póstuma», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 23, 2023, pp. 204-206).

En definitiva, la protección de los menores ya nacidos ha llevado al TS a una flexibilización del Derecho material español a través de la técnica del reconocimiento de una decisión extranjera en el marco del respeto a los principios de orden público del foro. Frente a este voluntarismo de nuestros tribunales, es necesaria una intervención del legislador, a quien corresponde regular la gestación por sustitución en nuestro país.

4. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA RESPUESTA LEGISLATIVA

La doctrina y las autoridades españolas han abordado la solución del problema que nos ocupa, principalmente, desde la perspectiva del interés superior del menor, intentando favorecer la continuidad jurídica en el espacio de la filiación válidamente determinada en el extranjero. Con esta finalidad se ha defendido el reconocimiento en España de las decisiones extranjeras por las que se determina la filiación de un menor nacido mediante gestación por sustitución a favor de sus padres comitentes con el único control del orden público internacional, lo que lleva a una aceptación *de facto* de una situación jurídica que, *de iure*, no está permitida. Sin embargo, resolver esta cuestión mediante el «método del reconocimiento» plantea un importante problema de inseguridad jurídica, debido al diferente modo en el que los tribunales nacionales aprecian la compatibilidad con el orden público del foro de las decisiones extranjeras en esta materia (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Gestación por sustitución y orden público», *InDret*, núm. 2, 2017, pp. 165-200). Por otra parte, como advierte el propio TEDH, el reconocimiento de las situaciones que se originan como consecuencia de una gestación por sustitución en el extranjero puede llegar a convertir las legislaciones nacionales en normas de carácter simbólico, vacías de contenido (resume esta jurisprudencia, DURÁN AYAGO, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 128-146).

Frente a esta solución jurisprudencial, cada vez son más las voces que se alzan en favor de una respuesta legislativa, ya sea de alcance internacional, europeo o interno (BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto», *Bitácora Millenium DPlr.*, núm. 1, 2015).

En el ámbito internacional, se ha propuesto la adopción de un Convenio internacional para la abolición universal de la gestación por sustitución (recogido en la Declaración de Casablanca firmada en esta ciudad marroquí el 3 de marzo de 2023; <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/texto-de-la-declaracion/>), al estilo de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979 (BOE núm. 69 de 21 de marzo de 1979), como única forma de proteger el derecho de la madre por sustitución a no ser sometida a formas de violencia de género y de garantizar el respeto a la igual dignidad de las mujeres (LARA AGUADO, A., «Neutralidad del Derecho internacional privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Protocolo II*, 2022, p. 317). Por su parte, en el seno de la Conferencia de La Haya se trabaja para la aprobación de instrumentos normativos que faciliten el reconocimiento de las filiaciones de menores nacidos mediante gestación por sustitución (DURÁN AYAGO, A., «Los trabajos en el seno de la

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución», *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 31, 2020) sin que, hasta el momento, se haya logrado el consenso necesario para su aprobación .

Por su parte, en el ámbito de la UE se trabaja en la elaboración de un instrumento normativo para posibilitar el reconocimiento de las filiaciones. Esta es la finalidad de la Propuesta de Reglamento de Consejo relativo a la competencia, al derecho aplicable, al reconocimiento de las soluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo [COM (2022) 659 final de 7 de diciembre de 2022]. La Propuesta no contiene reglas específicas en materia de gestación por sustitución, a la que solo se refiere en su Considerando dieciocho, cuando dispone que «(e)l Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8 del Convenio en el sentido de que obliga a todos los Estados en el ámbito de su competencia a reconocer la relación jurídica de filiación determinada en el extranjero entre el hijo nacido o la hija nacida por gestación por sustitución y el progenitor intencional biológico o la progenitora intencional biológica, y a establecer un mecanismo de reconocimiento jurídico del vínculo de filiación con el progenitor o la progenitora intencional no biológico (por ejemplo, a través de la adopción del hijo o de la hija)». Por lo tanto, solo podrá denegarse el reconocimiento de las resoluciones judiciales o documentos públicos sobre filiación derivada de esta forma de gestación cuando concorra alguno de los motivos previstos en el artículo 31.1 de la Propuesta, que en nada se refieren a los controles para garantizar el respeto a los derechos de la gestante y del menor, de manera que no se fiscaliza específicamente si esta práctica constituye una forma de tráfico de menores o si la gestante ha sido objeto de trata con fines de explotación reproductiva (LARA AGUADO, A., «Derecho a la identidad y a la vida privada de los menores nacidos por gestación por sustitución en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE y en las proyectadas normativas reguladoras de la filiación», SALES PALLARÉS, L. y ZURILLA CARIÑANA, A., *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, p. 238).

No obstante, si la Propuesta llegara a aprobarse, podríamos considerar que, cuando el apartado a) del artículo 31.1 se refiere a la compatibilidad de la resolución judicial extranjera con el orden público del Estado donde se insta el reconocimiento, las autoridades judiciales de los Estados miembros deberían tener en cuenta la política de la UE en su lucha contra la trata de seres humanos. En particular, el orden público europeo en materia de filiación vendría determinado por la Directiva (UE) 2024/1712 de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (DOUE núm. 1712, de 24 de junio de 2024), cuyo Considerando sexto expresamente se refiere a esta forma de gestación, al disponer que «(l) a explotación de la maternidad subrogada (...) ya puede(n) entrar en el ámbito de las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos tal como se define(n) en la Directiva 2011/36/UE, en la medida en que se cumplan todos los criterios constitutivos de dichas infracciones. No obstante, en vista de la gravedad de esas prácticas y para hacer frente al aumento constante del número y la importancia de las infracciones relacionadas con (...) la explotación de la maternidad subrogada (...) debe(n) incluirse como formas de explotación en dicha Directiva, en la medida en que reúna(n) los elementos constitutivos de la trata de seres humanos, incluido el criterio de los medios. Más concretamente, por lo que respecta a la trata con fines de explotación de la maternidad subrogada, la presente Directiva tiene en su punto de mira a quienes coaccionan o engañan a mujeres para que actúen como madres por subrogadas».

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que las soluciones de la Propuesta de referencia dejarían sin resolver la inmensa mayoría de los supuestos planteados antes las autoridades europeas, pues su ámbito de aplicación espacial se limita a la filiación derivada de una gestación por sustitución llevada a cabo en un Estado miembro de la UE (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La propuesta de una Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica», *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2023, p. 196).

Finalmente, en el ámbito del Derecho interno, la LO 1/2023 de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023), citada por la Sala en el asunto que nos ocupa, reitera la calificación de la gestación por sustitución como una forma de violencia contra las mujeres y reitera la nulidad de los contratos de gestación por sustitución (arts. 32 y 33), declarada por el artículo 10 LTRHA. Sin embargo, su alcance se limita a promover la realización de campañas institucionales de prevención e información sobre la ilegalidad de dichos contratos (arts. 10 *quinquies*, 32 y 33), así como a declarar la ilicitud de la promoción comercial de la gestación por sustitución.

Frente a esta (tibia) solución, se ha propuesto regular directamente la gestación por sustitución, bien para prohibirla, o bien para establecer sus condiciones legales. En este último caso, se trataría de admitir *de iure* esta forma de gestación, garantizando una tutela directa de todas las partes implicadas a través de una norma (material) que permita y regularice los convenios de gestación por sustitución en nuestro país. Una solución en este sentido permitiría superar el inmovilismo de nuestro ordenamiento jurídico, que sigue declarando que la filiación se determinará por el parto, y que continúa aplicando el aforismo romano *mater semper certa est*, que dejó de ser una realidad desde el momento en que los avances médicos incorporaron la posibilidad de la reproducción asistida. Sobre esta base, se ha defendido el establecimiento de una «filiación intencional», basada en la conexión entre procreación y libertad personal, y en la consideración de que la opción de concebir o no un hijo es una decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola ni prohibiéndola (DURÁN AYAGO, A.: «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», *AEDIPr.*, núm. 12, 2012, p. 274).

Con la misma finalidad de regular la gestación por sustitución en nuestro país, el 27 de abril de 2017 se presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 145-1, de 8 de septiembre de 2017, pp. 1 y ss.). En el texto propuesto, por el que se deroga el artículo 10 LTRHA (D. D.^a única), esta forma de gestación se configura como un derecho (art. 1), cuyo ejercicio se reconoce a los nacionales españoles o con residencia legal en España [arts. 7.1.g) y 8.1.c)], con lo que se pretende evitar que nuestro país se convierta en un «paraíso gestacional». Para garantizar la protección de la libertad personal de la mujer gestante, el artículo 4 de la Proposición de Ley dispone que la gestación por sustitución solamente se realizará si media previa aceptación libre y consciente por su parte, cuando haya posibilidades razonables de éxito, y siempre que no suponga un riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia; en todo caso, la mujer gestante debe haber sido previamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica, sin que pueda tener vínculo de consanguineidad con el o los padres comitentes. Por su parte, en aras de evitar la mercantilización del cuerpo de la mujer, el artículo 5 del texto propuesto consagra la naturaleza altruista de la gestación por sustitución, prohibiendo expresamente que ésta tenga un carácter lucrativo o comercial, sin perjuicio de una eventual compensación resarcitoria, que sólo podrá cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, así como el lucro cesante inherente a la gestación, y proporcionar a la gestante las condiciones idóneas durante los estudios y el tratamiento pregestacional, la gestación y el post-parto.

Frente a esta solución, por la que se regularían directamente los contratos de gestación por sustitución en nuestro país, se ha propuesto su total prohibición, con las consiguientes consecuencias penales, por analogía con la prohibición de prácticas como la compraventa de órganos (art. 156 *bis* CP) o el tráfico de menores (art. 221 CP). Además de la tipificación como delito en el Código Penal, también cabría su identificación como una forma de violencia contra las mujeres (art. 3 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014), en concreto, como una forma de violencia reproductiva (SALAZAR BENÍTEZ, O.,

«Algunas claves para salir del laberinto de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español», *Revista Internacional de Estudios Feministas*, núm. 8-2, 2023, p. 177).

En definitiva, es necesario regular la gestación por sustitución en nuestro país. Quizás así pueda evitarse la huida de quienes desean acudir a esta técnica de reproducción asistida, sobre todo hacia países poco o nada garantistas con los derechos de las mujeres gestantes. Es una decisión que corresponde tomar al legislador no a los jueces, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones de derechos humanos, tanto de los menores como de las mujeres, cuya salvaguarda debe quedar al margen de la eventualidad de una opinión pública (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. J., «La retórica como política», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 43-2020, pp. 133-157).

Mientras nuestro legislador no actúe, seguiremos dependiendo de la justicia del caso concreto, con sentencias bienintencionadas, como la que dicta el TS en el asunto que comentamos. Una decisión que lleva a cabo una correcta aplicación del método de reconocimiento de decisiones extranjeras, mediante una articulación de la excepción de orden público que intenta conjugar el respeto del principio de interés superior del menor, sin implicar el reconocimiento automático de los efectos de un contrato que sigue siendo nulo de pleno derecho en España, con la protección del «mejor interés» de la mujer gestante, cuya dignidad resulta vulnerada, según declara la Sala, desde el momento mismo de la celebración del contrato. El resultado final es la admisión de la filiación de los menores nacidos por gestación por sustitución mediante la filiación biológica respecto del padre intencional que aporta material genético y la filiación adoptiva respecto de las partes intencionales.

Frente a este voluntarismo de nuestro TS, construido sobre la base de mecanismos internacional privatistas, proponemos alcanzar una solución de Derecho material que garantice el respeto de los derechos de todas las mujeres. Solo así podremos terminar con el fariseísmo del que se ha llegado a acusar a nuestro más Alto Tribunal en la resolución de una situación jurídica no regulada de innegable impacto social (véase el caso del que se ocupa CASTELLANOS RUIZ, E., «Novedades en torno a los efectos legales de la gestación subrogada según el derecho internacional privado español: el caso de Ana García Obregón», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 44, 2024, pp. 125-173).

3211 Prorrogación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia matrimonial para adoptar medidas de responsabilidad parental y de alimentos respecto del hijo menor de edad

Comentario a la STS 979/2024, de 10 de julio de 2024 (JUR 2024, 237971)

CARMEN VAQUERO LÓPEZ

Profesora Titular de Derecho internacional privado

Universidad de Valladolid

Resumen: *Esta sentencia analiza el alcance del foro de competencia judicial internacional en materia matrimonial, establecido por el Reglamento (CE) 2201/2003, para conocer de las medidas de responsabilidad parental y el derecho de alimentos reclamados por los progenitores de un menor español con residencia habitual en el extranjero. El Tribunal Supremo resuelve también la cuestión de la determinación del Derecho material aplicable a ambas cuestiones, designado por las normas de conflicto de leyes vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, y determina el régimen de custodia, visitas y alimentos respecto del hijo común conforme al Derecho civil español.*

Palabras clave:

Competencia judicial internacional, ley aplicable, divorcio, medidas de responsabilidad parental, alimentos.

Abstract: *This judgment analyses the scope of the forum of international jurisdiction in matrimonial matters, established by the Regulation (EC) 2201/2003, to decide on the measures of parental responsibility and the right to maintenance claimed by the parents of a Spanish children habitually resident abroad. The Supreme Court also resolves the issue of determining the substantive law applicable to both issues, designated by the conflict of laws rules in force in our legal system, and determines the custody, visitation and maintenance regime for the common child in accordance with Spanish civil law.*

Keywords:

International jurisdiction, law applicable, divorce, parental responsibility measures, maintenance obligations.

Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán

Voz índice analítico: Competencia de los tribunales españoles. Medidas de responsabilidad parental y alimentos del hijo menor residente en el extranjero.

DOCTRINA

El tribunal español internacionalmente competente para conocer de una demanda de divorcio es también competente para determinar las medidas de protección y el derecho de alimentos respecto del hijo menor de los cónyuges, residente en el extranjero, cuando el demandante tiene su residencia habitual en España y la parte demandada comparece sin oponerse a la competencia del tribunal español. Admitida su competencia, el tribunal deberá decidir cuáles son esas medidas y la cuantía de la deuda alimenticia conforme a lo dispuesto en la ley material declarada aplicable por la norma de conflicto de leyes española.

HECHOS

D. Aníbal y D.ª Diana contrajeron matrimonio el 3 de diciembre de 2017 en Bielorrusia, que fue posteriormente inscrito en el Registro Consular Civil de España en dicho país. En 2018, a los pocos meses del nacimiento de su hijo Julio, la familia trasladó su residencia a España. Dos años más tarde, el 11 de julio de 2020, D. Aníbal compareció en una comisaría de policía española y firmó un permiso por el que autorizaba el viaje del menor con D.ª Diana a Bielorrusia hasta el 18 de septiembre de ese mismo año.

De regreso en España, el 27 de septiembre de 2020, D.ª Diana presentó una denuncia contra D. Aníbal por

lesiones y maltrato continuado, además de por malos tratos al menor, ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 2 de Madrid, que resolvió no haber lugar a la orden de protección solicitada, decisión que fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, el 12 de noviembre de ese mismo año. Con posterioridad, el 5 de abril de 2022, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Madrid dictó un auto por el que ordenaba el archivo de la denuncia por malos tratos interpuesta por D.ª Diana, por encontrarse la denunciante en paradero desconocido y no haberse realizado ninguna diligencia procedimental en más de un año desde la interposición de dicha denuncia.

Por su parte, el 2 de octubre de 2020, D. Aníbal solicitó, ante el Juzgado núm. 28 de Madrid, la medida cautelar de prohibición de salida del territorio nacional de D.ª Diana con su hijo, que fue acordada por dicho Juzgado mediante auto de 27 de noviembre. Posteriormente, el 9 de octubre de 2020, D. Aníbal interpuso una denuncia penal en el Juzgado de Instrucción núm. 51 de Madrid, ante el que solicitaba la búsqueda de su hijo menor, finalmente acordada mediante auto de 13 de noviembre, que obligaba también a la búsqueda y detención de D.ª Diana.

El 27 de octubre de 2020, D. Aníbal presentó demanda de divorcio contra D.ª Diana en el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, con la que se inicia el procedimiento del que traen causa los recursos por infracción procesal y de casación, a los que debe dar respuesta el Tribunal Supremo. En su demanda, D. Aníbal solicitaba el uso del domicilio conyugal, sito en Madrid y de carácter privativo; la custodia exclusiva de su hijo menor; una pensión de alimentos para el menor de 150 euros a cargo de D.ª Diana y la contribución de ambos a los gastos extraordinarios; la suspensión temporal de la patria potestad de la madre; y el establecimiento de un régimen de visitas supervisadas, a través de un punto de encuentro, para evitar que la madre pudiera llevarse al menor sin el consentimiento del padre.

Admitida a trámite la demanda, se procedió al emplazamiento de D.ª Diana por solicitud de cooperación jurídica internacional. En su escrito de contestación a la demanda, D.ª Diana solicitaba la disolución del matrimonio por divorcio y la desestimación íntegra de todas las medidas reclamadas por D. Aníbal para su hijo. D.ª Diana basaba su petición en dos decisiones de los tribunales de Bielorrusia en las que se le reconoce la guardia y custodia del menor, y se fija en este país la residencia habitual de madre e hijo. Subsidiariamente, y para el caso de que el tribunal español se pronunciara sobre las medidas referidas al menor, D.ª Diana solicitaba su custodia exclusiva; ningún régimen de visitas en favor del progenitor; y una pensión de alimentos para su hijo de 150 euros, actualizables anualmente conforme al IPC y revisables por cambios en las circunstancias de D. Aníbal, así como la contribución de ambos en un 50% a los gastos extraordinarios.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, de 23 de mayo de 2022, declaró disuelto, por divorcio, el matrimonio contraído por D. Aníbal y D.ª Diana, con los efectos legales inherentes a tal declaración. Sin embargo, el Juzgado desestimó las restantes pretensiones formuladas por los cónyuges, sin pronunciarse sobre las medidas solicitadas para la protección del hijo común, por considerar que, al no residir en España, «se desconoce qué régimen de custodia es más beneficioso para el menor».

Contra esta decisión, D. Aníbal interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, alegando que las medidas de protección del menor, solicitadas por ambas partes, son imperativas por mandato de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 CC, y considerando que tales medidas deben adoptarse respecto de un menor español, aunque resida en el extranjero, sin que el juez pueda inhibirse, menos aún ante un posible supuesto de traslado ilícito del menor fuera de España. Tanto D.ª Diana como el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso de apelación.

La SAP de Madrid (Secc. 22.ª), de 13 de febrero de 2023, desestimó el recurso de apelación y confirmó íntegramente la decisión del Juzgado, por considerar que el menor reside en Bielorrusia desde hace años con su madre y que el conocimiento de las circunstancias que le rodean es materia propia de las autoridades de

ese lugar, por evidentes razones de proximidad, de manera que el tribunal español no cuenta con datos de cómo se encuentra el menor, ni puede hacer un enjuiciamiento exhaustivo de su situación, que permitan decidir sobre las medidas en materia de responsabilidad parental y de alimentos reclamadas por las partes.

Contra esta resolución, D. Aníbal interpone recurso extraordinario por infracción procesal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, así como del principio de protección integral de los hijos y del deber de asistencia de los padres, que reconocen los apartados 2 y 3 del artículo 39 CE. En el mismo escrito, D. Aníbal interpone recurso de casación por infracción del artículo 103.1 CC, que obliga al juez español a decretar las medidas pertinentes sobre guarda y custodia del hijo menor de edad.

La STS 979/2024, de 10 de julio, estima el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, por considerar que los tribunales españoles ante los que se interpone la demanda de divorcio de los progenitores son también competentes para determinar las medidas de protección y el derecho de alimentos del hijo común, residente en el extranjero, conforme a lo dispuesto en nuestro Derecho civil, declarado aplicable por las normas de conflicto de leyes del ordenamiento jurídico español.

COMENTARIO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La decisión del TS en el asunto que es objeto de este comentario trae causa de la falta de respuesta, por parte del tribunal que conoce de la demanda de divorcio de los progenitores de un menor español residente en el extranjero, a las pretensiones de las partes sobre su custodia, derecho de visitas y derecho de alimentos.

Para entender el planteamiento de la cuestión, debe tenerse en cuenta la importante diferencia que existe entre los procesos matrimoniales de carácter interno y los afectados por la presencia de un elemento de internacionalidad. Así, en el ordenamiento interno español, el juez que acuerda el divorcio es también competente para decidir sobre otros efectos derivados de la crisis matrimonial, que se sustancian en el mismo procedimiento; esto es lo que sucede respecto a las medidas de responsabilidad parental de los hijos comunes, o a los alimentos debidos a dichos hijos (*ex art. 91 CC y art. 774.4 LEC*). Sin embargo, en los supuestos internacionales, como el que nos ocupa, las cuestiones relacionadas con los hijos comunes son objeto de regulación por instrumentos jurídicos diferentes a los aplicables en materia matrimonial, de manera que puede suceder que el tribunal que conozca de la demanda de divorcio sea incompetente para pronunciarse sobre otros efectos derivados de la crisis matrimonial que se plantean en la misma demanda (VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales en un divorcio internacional (Audiencia Provincial de Barcelona — Sentencia de 15/04/2019)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 12-1, 2020, pp. 784-794).

Con un sorprendente desconocimiento del sistema de fuentes de Derecho internacional privado, e ignorando una parte esencial del ordenamiento jurídico español, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Madrid se limitan a declarar la disolución, por divorcio, del vínculo matrimonial de los progenitores del menor, sin dar respuesta a las pretensiones de las partes sobre su hijo.

Frente a estas decisiones, que incurren en un claro *non liquet*, y siguiendo una estricta lógica internacional privatista, la Sala 1.^a del TS declara «la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, estima los recursos interpuestos por las partes, casa la sentencia recurrida y se pronuncia sobre las medidas de protección del menor». A esta decisión se llega con un ejemplar manejo de las técnicas de reglamentación del Derecho internacional privado, que permiten a la Sala realizar una precisa delimitación del alcance de los foros de accesoriadad previstos por el legislador europeo en materia matrimonial y justificar la concentración del pleito ante el tribunal español que conoce de la demanda de divorcio, afectada por un elemento de internacionalidad, en la que se solicitan medidas de responsabilidad parental y alimentos para el hijo de los demandantes.

La Sala concluye que debe ser este mismo tribunal el que resuelva las cuestiones relativas a la custodia del menor, el régimen de visitas y la pensión de alimentos; es decir, aquellas cuestiones estrechamente vinculadas con el fondo del litigio, sobre las que las instancias inferiores, llamativamente, no se han pronunciado. La decisión del TS da también respuesta a la cuestión de la determinación del Derecho material aplicable para establecer las concretas medidas de protección del menor (custodia y derecho de visitas) y determinar la cuantía de la deuda alimenticia, si bien, en este último caso, con errónea aplicación de la norma de conflicto de leyes vigente.

Finalmente, la Sala descarta la consideración de un supuesto de sustracción internacional (traslado ilícito) de menores, sobre el que, sin embargo, nos detendremos brevemente en este comentario, siquiera sea para poner de manifiesto la necesidad de adoptar una perspectiva de género en la protección de la mujer y de los menores en entornos transfronterizos ante eventuales situaciones de violencia contra la madre, que tampoco han sido apreciadas por los juzgados de violencia sobre la mujer en el asunto que nos ocupa, pero que sí han merecido la consideración del TS en su decisión.

2. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE ALIMENTOS: ALCANCE DEL *FORUM DIVORTII*

La primera cuestión que debe plantearse en un asunto como el que nos ocupa, y que no parece haberse cuestionado en las instancias inferiores, es la de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda de divorcio interpuesta por D. Aníbal, nacional español con residencia habitual en nuestro país, contra D.^a Diana, de nacionalidad y residencia bielorrusa en el momento de la interposición de la demanda; una demanda en la que, además de la disolución del vínculo matrimonial, se solicita la adopción de medidas de responsabilidad parental y de protección del hijo menor de edad del matrimonio, así como el establecimiento de una pensión de alimentos para el mismo.

La cuestión no es baladí, pues *la competencia judicial internacional del tribunal español para conocer del divorcio de D. Aníbal y de D.^a Diana justifica, por razón de accesoriedad, la competencia del mismo tribunal para decidir cuáles han de ser las medidas de protección del hijo de ambos, así como la cuantía y alcance de la pensión de alimentos, solicitadas por las partes.*

En el sistema de Derecho internacional privado español, la competencia judicial internacional de nuestros tribunales en materia de crisis matrimoniales viene determinada por las disposiciones del Reglamento 2019/1111, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, en adelante, Reglamento Bruselas II *ter* (DOUE L 178 de 2 de julio de 2019), que sustituye al Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en adelante Reglamento Bruselas II *bis* (DOUE L 338 de 23 de diciembre de 2003), para las demandas interpuestas con posterioridad al 1 de agosto de 2022. Subsidiariamente deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 *quáter* c) LOPJ, que únicamente resulta de aplicación, sin olvidar sus disposiciones transitorias, cuando el cónyuge requerido carece de residencia habitual dentro de la Unión Europea y no es nacional de un Estado miembro, y la competencia no viene atribuida por las disposiciones de los Reglamentos de referencia (STJCE 2007\345, de 29 de noviembre, asunto C-68/07, *Sundelind*).

Consciente de esta primacía de la normativa institucional, y puesto que la demanda de divorcio se interpone el 27 de octubre de 2020, la Sala basa la competencia judicial internacional del tribunal español en uno de los siete foros alternativos que se contienen en el artículo 3.1 del Reglamento Bruselas II *bis*. En particular , la competencia judicial internacional de nuestro tribunal en materia matrimonial se justifica por tratarse del

tribunal de la última residencia habitual de los cónyuges, donde uno de ellos, D. Aníbal, mantiene su residencia, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 3.1.a) del Reglamento referido.

Se plantea, entonces, si este mismo tribunal puede también pronunciarse sobre otras cuestiones habitualmente resueltas en los procedimientos de divorcio, en concreto, las referidas a la guarda y custodia de los hijos, y a los alimentos. Estas cuestiones reciben un tratamiento específico, por un lado, en el propio Reglamento Bruselas II *bis* y, por otro lado, en el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de alimentos, en adelante Reglamento Bruselas III (DOUE L 7 de 10 de enero de 2009). En ambos Instrumentos se contienen sendos foros de accesoriadad, a los que la Sala recurre, con acierto, para justificar la extensión de la competencia judicial internacional del juez español ante el que D. Aníbal presenta su demanda de divorcio, evitando así una eventual dispersión jurisdiccional del pleito que puede comprometer la protección de los derechos de las partes en el litigio (DURÁN AYAGO, A., «Problemas de dispersión jurisdiccional del pleito en el Derecho internacional privado de familia», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 16-2, 2024, pp. 571-586).

Efectivamente, el artículo 8 del Reglamento Bruselas II *bis* contiene una regla general de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental a favor de los tribunales del Estado miembro en que resida el menor en el momento de presentarse la demanda. Sin embargo, esta competencia se modula mediante una serie de excepciones, para casos singulares, entre las que se encuentra el denominado «foro de accesoriadad», que se contiene en el artículo 12 del propio Reglamento, bajo la rúbrica «prórroga de la competencia». En virtud de lo establecido en el apartado 1 de este precepto, los tribunales competentes para conocer de la demanda de divorcio tienen también competencia judicial internacional para decidir sobre cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda, «a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor».

A estos efectos debe tenerse en cuenta que si el menor tiene su residencia en un Estado parte del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (BOE núm. 291 de 2 de diciembre de 2010), serán de aplicación las disposiciones del Reglamento Bruselas II *bis*, al amparo de lo dispuesto en su artículo 61. En otro caso, cuando el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado que no sea parte del Convenio de la Haya de 1996, tal y como sucede en el asunto que nos ocupa, el artículo 12. 4 del Reglamento Bruselas II *bis* presume que el *forum divortii* recogido en su apartado 1 actúa en interés del menor (GUZMÁN PECES, M., «La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado», GUZMÁN ZAPATER, M. y HERRANZ BALLESTEROS, M. (Dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y Derecho de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 259).

Sobre esta base, el tribunal español ante el que D. Aníbal interpone la demanda de divorcio podría ser también internacionalmente competente para conocer de las medidas sobre custodia y régimen de visitas de su hijo menor de edad, cuya residencia habitual se localiza en Bielorrusia en el momento de la interposición de la demanda, siempre que concurren las circunstancias del artículo 12.1 del Reglamento Bruselas II *bis*. A este respecto el TS considera que «la responsabilidad parental viene siendo ejercida por la madre demandada y esta, al contestar a la demanda interpuesta por el padre, no se opuso a la adopción de las medidas solicitadas por el demandante por entender que los tribunales españoles no tuvieran competencia,

sino porque consideró que la denegación de restitución del niño equivalía a atribuirle la guarda y custodia y, de hecho, para el caso de que no se entendiera así, ella mismo propuso que se adoptaran medidas referidas a la atribución de la guarda y custodia exclusiva a la madre, con obligación de pagar una pensión de alimentos a cargo del padre y sin derecho de visitas». Es de esta última circunstancia de la que nuestro Alto Tribunal deduce que, «de forma inequívoca, las partes aceptaron con su comportamiento la competencia del tribunal que iba a conocer del divorcio».

De este modo, *la Sala se separa de la jurisprudencia del TJUE, que obliga a que haya un acuerdo de las partes previo a la presentación de la demanda para poder invocar el artículo 12.1 del Reglamento Bruselas II bis (STJUE 2014\441, de 12 de noviembre, asunto C-656/13, L. y M., y STJUE 2019\270 de 21 de octubre asunto C-215/15, Gogova)*. Del mismo modo, con su decisión, la Sala se aleja de una parte de la doctrina internacional privatista, que duda de que esta interpretación se ajuste a derecho, pues la redacción de las disposiciones relativas a la prórroga de la competencia en el Reglamento Bruselas II *bis* parece sugerir que la voluntad de la parte (demandada) no puede deducirse simplemente de un comportamiento procesal (GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Experiencias de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales: algunos retos y cuestiones controvertidas», OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (Dir.), *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectiva de futuro*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 202).

Sin embargo, la solución finalmente adoptada por el TS se alinea con otro sector doctrinal, que considera suficiente que el demandado sea emplazado y comparezca sin impugnar la competencia para entender que esta ha sido aceptada por los titulares de la responsabilidad parental *ex* artículo 12.1 del Reglamento Bruselas II *bis* (DURÁN AYAGO, A., «La actitud del demandado en la prórroga de la competencia en los casos de responsabilidad parental. A propósito de los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona 533/2020, de 18 de diciembre de 2020 y 24/2021, de 28 de enero de 2021», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 14-1, 2022, pp. 719-726). En este mismo sentido ya se pronunció la misma Sala de lo Civil, Sección 1.ª, del TS en su sentencia 710/2015, de 16 de diciembre, al establecer que «para aplicar la prórroga de competencia del artículo 12 a la cuestión relativa a la responsabilidad parental, hay que valorar que el (demandado) aceptó la competencia en esta materia de los tribunales españoles al comparecer (...) a la vista de las medidas provisionales y no cuestionar la competencia de los tribunales españoles, tal y como se resolvió por auto (...) al enjuiciar la declinatoria planteada por el (demandado) en el procedimiento de divorcio».

Desde otro punto de vista, la interpretación del TS en el asunto que nos ocupa se compadece mejor con la naturaleza de los litigios en los que se plantea la aplicación del artículo 12.1 del Reglamento Bruselas II *bis*, pues cuando está en causa la disolución del vínculo matrimonial, difícilmente se va a pactar de manera explícita entre los cónyuges la competencia judicial internacional; en cambio, es fácil que se prorrogue la competencia del tribunal que conoce del divorcio o la separación judicial a través de la sumisión tácita, más aún cuando, de este modo, puede asegurarse que no se va a perjudicar a ninguna parte vulnerable.

Por otra parte, la solución del TS está en consonancia con la reforma introducida por el Reglamento Bruselas II *ter*, que ha eliminado la competencia por accesoriadad del *forum divortii* establecida en el artículo 12.1 del Reglamento Bruselas II *bis*, al englobarla en las reglas generales sobre «elección del órgano jurisdiccional» que se contienen en el nuevo artículo 10 (CAMPUZANO DÍAZ, B., «Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del Reglamento (UE) 2019/1111», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 40, 2020). Efectivamente, en el sistema del nuevo Reglamento europeo no se alude a ninguna vinculación procesal entre los foros en materia matrimonial y de responsabilidad parental, sino que se otorga a las partes, directamente, la posibilidad de hacer uso de la autonomía de la voluntad, si esa es la única vía para concentrar el conocimiento de ambas cuestiones ante los tribunales de un mismo Estado miembro. Esta concentración jurisdiccional se hace depender igualmente de un elemento material, la atención del interés superior del menor, y de un elemento espacial, pues el menor

debe estar estrechamente vinculado con dicho Estado miembro, en especial por el hecho de que: i) al menos uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual; ii) dicho Estado miembro sea el de la residencia habitual del menor; o iii) el menor sea nacional de dicho Estado. Pero, precisamente, la reforma más relevante se ha llevado a cabo en relación con la cuestión que nos ocupa, es decir, con el modo de determinar si ha habido o no consentimiento de las partes para prorrogar la competencia judicial internacional del tribunal ante el que se plantea la demanda de divorcio. En concreto, el apartado 1.b) del artículo 10 del Reglamento Bruselas II *ter* permite que las partes, o cualquier titular de la responsabilidad parental, convengan libremente la prorrogación de la competencia, al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional de que se trate, o bien que acepten expresamente dicha competencia durante el procedimiento, siempre que el órgano jurisdiccional se haya asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la prorrogación de la competencia. En el primer caso nos encontraríamos ante un supuesto de sumisión expresa, mientras que en el segundo hablaríamos de una sumisión tácita por comparecencia de la parte demanda (CAMPUZANO DÍAZ, B., «La competencia internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (artículos 8, 9 y 10)», CAMPUZANO DÍAZ, B (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 94-95; y HERRANZ BALLESTEROS, M., «El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 73-2, 2021, p. 240), como la que concurre en el asunto que nos ocupa, y que nuestro Alto Tribunal ha reconocido como fundamento de la competencia de los tribunales españoles.

Por lo que se refiere a los alimentos, de nuevo la Sala demuestra un perfecto conocimiento de nuestro sistema de fuentes, invocando la aplicación del artículo 3.d) del Reglamento Bruselas III, que desplaza la solución contenida en el artículo 22 *quáter* f) LOPJ (VAQUERO LÓPEZ, C., «Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2019, pp. 197-222). El precepto europeo permite que los tribunales que conozcan de una acción relativa a la responsabilidad parental puedan conocer también de una demanda accesorio de alimentos (STUE 2015\236, de 16 de julio, asunto C-184/14, *A y B*; y STJUE 2019\167, de 5 de septiembre, asunto C-468/18, *R y P*), siempre y cuando aquella competencia no se base únicamente en la nacionalidad de una de las partes (VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «Litigios sobre la obligación de alimentos. Normas de competencia y problemas procesales en el Reglamento 4/2009», GUZMÁN ZAPATER, M. (Ed.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y Derecho de la Unión Europea: Estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 328-332), circunstancia que no concurre en el supuesto litigioso del que trae causa el recurso planteado ante el TS.

Por consiguiente, *siendo internacionalmente competente el tribunal español ante el que D. Aníbal presenta la demanda de divorcio para conocer de las medidas que deben adoptarse respecto de su hijo menor de edad, el TS estima de manera conjunta los recursos planteados por D. Aníbal, casa la sentencia y asume la instancia, determinando el Derecho material aplicable a dichas medidas conforme a las normas de conflicto de leyes españolas, y fija el régimen de custodia y visitas del menor, así como la cuantía y condiciones de la deuda alimenticia.*

3. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO MATERIAL APLICABLE A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DEL MENOR

Con la misma pericia con la que se justifica la competencia judicial internacional del tribunal español ante el que D. Aníbal presenta su demanda de divorcio para conocer de las medidas referidas a su hijo menor de

edad, el TS determina el Derecho material aplicable a estas medidas mediante un acertado recurso a las normas de conflicto de leyes vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, la Sala invoca el artículo 9.6 CC, conforme al cual la determinación de la ley aplicable a las medidas que se adopten para la protección de los menores deberá hacerse de acuerdo con las disposiciones del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 anteriormente referido. Este Convenio desplaza a las soluciones de Derecho interno español, dado su carácter universal (art. 20), por lo que resulta de aplicación aun cuando la ley designada por sus normas de conflicto de leyes sea la de un tercer Estado. El Convenio parte del principio de aplicación de la ley del foro en materia de alimentos (art. 15.1.º), una solución idónea en nuestro sistema de Derecho internacional privado, en la medida en que, como hemos señalado, las normas sobre competencia judicial internacional aplicables en la materia utilizan, como foro general, la residencia habitual del menor, atendiendo a los principios de proximidad y protección del interés superior del menor (VAQUERO LÓPEZ, C., «Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 16, 2016, p. 401). Es cierto que estos principios no son los que subyacen al *forum divortii* en el que se basa la competencia del tribunal español para decidir sobre las medidas relativas al hijo menor de edad de D. Aníbal y D.ª Diana, pero no puede negarse que «la inmediatez y eficiencia del principio *lex fori in foro proprio* se impone en una materia tuitiva como es la relativa a la protección de menores» (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 13.ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor, p. 435). Sobre esta base, la Sala declara la aplicación del Derecho material español y decide otorgar la custodia del menor a la madre, así como establecer un régimen de comunicaciones y visitas a favor del padre, acorde con la internacionalidad del supuesto.

Del mismo modo, el TS determina la cuantía de la pensión de alimentos que corresponde a cada progenitor sobre la base del Derecho civil español, reclamado por la norma de conflicto de leyes contenida en el artículo 9.7 CC. Conforme a este precepto, la ley reguladora de las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará conforme a lo dispuesto en el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DOUE L 331 de 16 de diciembre de 2009), revestido también de eficacia *erga omnes* (cfr. art. 2). El TS fundamenta la aplicación del Derecho material español en la conexión establecida por el artículo 4.3 del Protocolo, conforme al cual «se aplicará la ley del foro si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor», apoyándose en el hecho de que la reclamación de alimentos de D.ª Diana a favor de su hijo se ha planteado ante los tribunales españoles en la contestación a la demanda, y considerando la circunstancia de que el padre tiene su residencia habitual en nuestro país.

Ciertamente, el sistema de conexiones utilizado por el Protocolo de referencia tiene un carácter subsidiario, de modo que, en defecto o ante la imposibilidad de elección por las partes de la ley aplicable —lo que particularmente sucede para el caso de las obligaciones alimenticias respecto de menores (cfr. art. 8.3)— será de aplicación, con carácter general, la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos (art. 3). Esta conexión se corrige, por razón del principio *favor creditoris* que informa el Protocolo, en dos supuestos: (i) si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley de su residencia habitual (art. 4.2); o (ii) si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor (art. 4.3); en ambos casos, se aplicará la ley del foro. Tanto en un supuesto como en otro, si ninguna de las leyes permitiera obtener alimentos, se podrá recurrir a la ley nacional común del acreedor y del deudor de alimentos (art. 4.2).

Es en la conexión (principal) del artículo 4.3 del Protocolo, en la que el TS basa la aplicación del Derecho civil español, por considerar que D.ª Diana ha acudido a los tribunales del Estado donde el padre, deudor de los alimentos, tiene su residencia habitual. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el TJUE se ha pronunciado

sobre el juego de las conexiones del artículo 4 del Protocolo y ha declarado expresamente que no se puede entender que el acreedor ha acudido a los tribunales del domicilio del deudor de alimentos, en el sentido del apartado 3 del artículo de referencia, si lo ha hecho en el marco de un procedimiento entablado ante dicho tribunal por el deudor con el objeto de oponerse a la demanda. En concreto, en su sentencia 2018\124, de 7 de junio, asunto C-83/17, *KP/LO*, el Tribunal de Luxemburgo ha señalado que «(e)l artículo 4, apartado 3, del Protocolo de La Haya solo se aplica si concurren dos requisitos, a saber, que la autoridad a la que se acude sea la del Estado de residencia habitual del deudor y que sea el acreedor quien acude a dicha autoridad, de modo que ha de ser este último quien entable la acción. En el supuesto de que sea el deudor quien entable una acción ante la autoridad del Estado de su residencia habitual, la comparecencia del acreedor puede ciertamente dar lugar a la competencia de dicha autoridad, tal y como prevé el artículo 5 del Reglamento núm. 4/2009. Sin embargo, no cabe deducir de esta aceptación de la competencia que el acreedor haya "acudido" igualmente a la autoridad del Estado de residencia habitual del deudor, a efectos del artículo 4, apartado 3, del Protocolo de La Haya».

Esta es, precisamente, la situación que concurre en el supuesto litigioso y en la que se basa nuestro TS para declarar aplicable la ley española a la determinación de los alimentos reclamados para el menor. Sin embargo, según la jurisprudencia del TJUE en el asunto *KP/LO*, *la Sala debería haber proclamado la aplicación del Derecho de Bielorrusia, donde el hijo menor, acreedor de los alimentos, tiene su residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda. Solo si este Derecho no concede alimentos al menor, sería de aplicación la ley española en tanto que lex fori, por mandato de lo dispuesto en el artículo 4.2 del Protocolo de La Haya*.

Esta solución obliga a una consideración del contenido del Derecho material bielorruso por parte del juez, lo que nos sitúa en el ámbito del tratamiento procesal del Derecho extranjero. A este respecto debemos indicar que, si bien en nuestro país rige el principio de alegación y prueba por las partes del Derecho extranjero, la doctrina más autorizada se ha decantado por un principio de aplicación de oficio de un Derecho foráneo cuando este ha sido reclamado por una norma de conflicto de leyes institucional (OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable en las situaciones internacionales», *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 477-498), tal y como sucede en el caso que nos ocupa. Una aplicación de oficio que podría reclamarse aun cuando el Derecho extranjero no haya sido alegado por las partes ni en la demanda, ni en la contestación a la demanda, ni en los escritos de interposición del recurso de apelación (VILAR GONZÁLEZ, S., «La falta de alegación y prueba del Derecho extranjero aplicable. A propósito de la sentencia 183/2023 de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 3.ª), de 24 de mayo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 16-1, 2024, pp. 954-961).

Por consiguiente, una correcta aplicación de la norma de conflicto de leyes de los artículos 3 y 4 del Protocolo de La Haya exigiría del tribunal español conocer el contenido y vigencia del Derecho material de Bielorrusia (art. 281.2.º LEC), cuya aplicación solo podría descartarse en beneficio del Derecho civil español si el menor no puede obtener alimentos de sus progenitores conforme a lo establecido en el Derecho bielorruso.

4. RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR, TRASLADO (I)LÍCITO Y VIOLENCIA DE GÉNERO

En los apartados 7 a 9 del Fundamento Tercero de la sentencia que comentamos, el TS se detiene en la consideración de la residencia habitual del menor como criterio de competencia judicial internacional en el que eventualmente podría basarse la competencia de los tribunales españoles. Efectivamente, aun cuando en el momento de interponerse la demanda, el menor no tiene su residencia habitual en España, nuestros tribunales podrían basar su competencia judicial internacional para decidir sobre la guarda y custodia del hijo de D. Aníbal y D.ª Diana en el artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis*, en tanto que autoridades del lugar

de la residencia habitual del menor anterior a su traslado a Bielorrusia. Sin embargo, esta competencia solo podría reconocerse si dicho traslado tiene la consideración de ilícito en el sentido del artículo 2.11 del Reglamento Bruselas II *bis* y, como acertadamente recuerda la Sala, siempre que el menor hubiera sido trasladado o retenido en un Estado miembro de la Unión Europea (STJUE JUR/2022/58644, de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20, PPU, SS y MCP)

En efecto, la aplicación del artículo 10 anteriormente referido se aplica a los supuestos en los que existe un potencial conflicto entre autoridades de dos Estados miembros de la Unión Europea, de forma que la solución en él contenida no puede proyectarse, como norma de competencia judicial internacional, cuando el menor ha sido trasladado de un Estado miembro a un tercer Estado, y mucho menos servir como norma para el mantenimiento de la competencia, de forma ilimitada, de las autoridades del Estado miembro donde el menor tenía su residencia antes del traslado (HERRANZ BALLESTEROS, M., «Ámbito y condiciones de aplicación en la práctica del foro de competencia judicial internacional contenido en el artículo 10 del Reglamento 2201/2003», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 16-2, 2024, p. 939). En estos casos, tal y como sucede en el asunto que nos ocupa, la competencia judicial internacional de nuestros tribunales se determinará con arreglo a las normas de la LOPJ, ex artículo 14 del Reglamento Bruselas II *bis* (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado y Reglamento 2201/2003. Sentencia del Tribunal de Justicia del 22 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU», *La Ley Unión Europea*, núm. 92, 2021; y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., «El foro del art. 10 del Reglamento 2201/2003, STJUE 24 marzo 2021, asunto C/603-20 PPU, SS y MCP», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 13-2, 2021, pp. 639-648). Por otra parte, debe también tenerse en cuenta que la solución del artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis* tampoco podría invocarse cuando en el Estado de la nueva residencia del menor se ha denegado previamente una orden de restitución por estimar lícito el traslado o la retención (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, cit., p. 425), tal y como acreditan las sentencias aportadas por D.^a Diana, en las que expresamente se declara que no procede la restitución del menor a España.

En cualquier caso, las consideraciones hechas por el TS nos permiten reflexionar sobre uno de los problemas de Derecho internacional privado que despierta mayor alarma social en nuestro entorno, el secuestro de los menores por parte de uno de sus progenitores y su traslado a un país distinto de aquel en el que tienen su residencia familiar (PASQUAU, M., «Juana Rivas, el maltrato y los jueces», <https://www.miguelpasquau.es/juana-rivas-el-maltrato-y-los-jueces>). Tradicionalmente era el padre privado de la custodia de sus hijos quien, aprovechando el ejercicio del derecho de visitas atribuido por una sentencia de divorcio, sustraía consigo al menor y lo trasladaba a otro país, ante cuyas autoridades intentaba obtener el derecho de custodia para «legalizar» el secuestro. Sin embargo, en la actualidad son muchos más los casos en los que quien secuestra al menor es la madre que tiene atribuida la custodia, y que huye de la violencia y abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visitas. En estos casos, el dramatismo que supone la propia sustracción internacional de los menores de su residencia familiar se acentúa porque la decisión de la madre de trasladarse junto con sus hijos a otro país, privando al padre del contacto con estos niños, no solo constituye un ilícito penal, sino que enfrenta también a la madre a una aplicación «ciega» de las normas de Derecho internacional privado, que puede derivar en un agravamiento de la situación de violencia que se padece en el entorno familiar (MAESTRE CASAS, P., «Violencia doméstica y sustracción internacional de menores», FIGUERUELO BURRIEZA, A. (Dir.), *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Comares, Granada, 2014, pp. 65-66.)

Efectivamente, el sistema de Derecho internacional privado aplicable en materia de sustracción internacional de menores está pensado para garantizar la restitución inmediata del menor cuando este ha sido trasladado o retenido ilícitamente en un Estado distinto de aquel donde tiene su residencia habitual, en aras de salvaguardar su «interés superior». Esta es la finalidad de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980

sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE núm. 202 de 24 de agosto de 1987), de los Reglamentos Bruselas II *bis* y Bruselas II *ter*, y de los artículos 778 *quáter*, 778 *quinquies* y 778 *sexties* LEC.

En un caso como el que nos ocupa, en el que el menor ha sido trasladado a un tercer Estado ajeno a la Unión Europea, pero miembro del Convenio de La Haya de 1980, *la apreciación de la ilicitud del traslado deberá hacerse de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de este Convenio, conforme al cual se entiende que existe traslado o retención ilícito cuando el desplazamiento o la retención del menor conculca un derecho de custodia establecido, de hecho o de derecho, en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, salvo que se acredite que tal derecho de custodia no resultaba ejercido de facto* (sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 592/2021, de 5 de noviembre). A estos efectos debe tenerse en cuenta que, para valorar la licitud del traslado, no es suficiente el hecho de que el progenitor con el que se traslada el menor ostente su custodia, pues en muchos casos el ejercicio de esa custodia implica ciertas limitaciones, como la prohibición de salida del territorio nacional impuesta, cautelarmente, por el juzgado de Madrid a D.^a Diana en el asunto que nos ocupa.

En el marco de este sistema, las autoridades del Estado adonde el menor hubiera sido ilícitamente desplazado deberían ordenar su restitución inmediata, salvo si concurre alguno de los motivos de oposición a la restitución que taxativamente recoge el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. La interpretación restrictiva de este precepto, junto a la fuerza de la regla general que obliga a la restitución inmediata del menor, impide en muchos casos una aplicación de las normas vigentes con perspectiva de género, y juega en contra de aquellas madres que huyen con sus hijos de una situación de violencia, alejándolos del otro progenitor (MORENO CORDERO, G., «El *gender mainstreaming* y la protección de los menores en secuestros transfronterizos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 15-2, 2023, p. 799). No es este el supuesto del que conoce el TS en el asunto que comentamos, pues las denuncias de D.^a Diana contra D. Aníbal por episodios de violencia de género no dieron lugar a la orden de protección solicitada por la madre del menor, ni hubo condena penal alguna. No obstante, queremos aprovechar las circunstancias del caso para plantear la necesidad de aplicar el Convenio de La Haya de 1980 con una perspectiva que permita proteger a los menores de las violencias de género en entornos transfronterizos (ampliamente, RUIZ SUTIL, C., *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 109-143).

El primer problema que plantea la aplicación del sistema del Convenio de La Haya de 1980 deriva del hecho de que, entre los motivos que su artículo 13 permite invocar para oponerse a la restitución inmediata del menor, no se recoge expresamente la violencia de género. El precepto únicamente se refiere a la existencia de «un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable» [letra b) del art. 13] como causa de oposición a dicha restitución. En otro lugar, hemos defendido una aplicación de este precepto desde una perspectiva de género, subsumiendo en su ámbito de aplicación las situaciones de violencia hacia la madre cuidadora del menor; con la misma finalidad de proteger a la madre víctima de violencia, hemos propuesto calificar la violencia de género como una cuestión de derechos humanos, lo que permitiría recurrir a la cláusula general del artículo 20 del Convenio de La Haya de 1980, conforme al cual la restitución del menor podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (VAQUERO LÓPEZ, C., «Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 10-1, 2018, pp. 460-465).

En segundo lugar, la aplicación de la normativa vigente sobre sustracción internacional de menores en supuestos de violencia contra la mujer plantea un importante problema de práctica de la prueba, que tiende

a ser reducida, para no convertir el proceso de restitución en un procedimiento de fondo sobre la custodia del menor, lo que va en detrimento de las posibilidades de acreditar la realidad de las agresiones o sus consecuencias sobre los menores (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles», ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y REMANCHA Y TEJADA, J. R., *Cooperación jurídica internacional*, Escuela Diplomática, Madrid, 2011, p. 129). Para mitigar estos efectos, se ha sugerido exigir a la mujer víctima de violencia una particular diligencia en las pruebas que ella puede aportar, especialmente en relación con la prueba documental (acreditación de condenas penales o procedimientos en curso por malos tratos, denuncias en el Estado requirente, informes médicos, informes de servicios sociales, etc.), siempre en el entendimiento de que no nos encontramos ante un juicio penal, sino que se trata de constatar o descartar la situación de violencia con el fin de tomar este hecho en consideración para decidir o no el retorno inmediato del menor, que es el objeto del proceso (CUARTETO RUBIO, M.ª V., «La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores», MARTÍN LÓPEZ, M. T. (Coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Civitas, Madrid, 2014, p. 93). Por otra parte, si admitimos que la violencia de género es una cuestión de derechos humanos y que constituye un motivo susceptible de detener el retorno inmediato del menor, esta situación debe tratarse como una alegación sustancial en el sentido constitucional, lo que exige del juez una respuesta expresa a la alegación de violencia, de manera que solo pueda ser descartada con una motivación reforzada con arreglo al principio de interés superior del menor.

En el asunto que se plantea ante el TS no ha sido probada la violencia contra la madre, por lo que un eventual traslado ilícito del menor obligaría a su restitución inmediata. En otro caso, si se hubiera acreditado la violencia contra D.ª Diana, la decisión del juez debería tener en cuenta que una obligación de retorno del menor colocaría a la madre en la situación de elegir entre alejarse de su hijo, o regresar con el menor al entorno de violencia, arriesgando su derecho a no recibir tratos inhumanos y degradantes, un derecho protegido por el artículo 3 del Convenio europeo de Derechos Humanos de 1950 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979). En definitiva, el juez debería asegurarse de que la restitución del menor no actúa como una «baza para el maltratador», colocando a la mujer víctima de violencia de nuevo en el entorno del maltratador.

Como decimos, no han sido estas las circunstancias del caso que se plantea ante el TS aunque, con toda seguridad, habrían sido abordadas por la Sala con el mismo rigor y dominio de las normas de Derecho internacional privado que el que informa su decisión en el asunto que nos ocupa. Una decisión en absoluto fácil de alcanzar, dada la excesiva compartimentación de las materias y los sectores que regulan cada uno de los Reglamentos europeos que se han ido elaborando en materia de Derecho internacional de familia, cuya aplicabilidad al caso está también condicionada por las disposiciones de Derecho convencional vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, que nuestro Alto Tribunal invoca con una perfecta delimitación de su ámbito de aplicación espacial, material y temporal.