

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 execuáur 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).