

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 31 DE MARZO DE 2022 (1153/2022)**

**Denegación de la filiación a favor de la madre
de intención de un niño nacido
por procedimiento de gestación por sustitución**

Comentario a cargo de:
JUAN CARLOS JIMÉNEZ MANCHA
Profesor Contratado Doctor de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 2022

ROJ: STS 1153/2022 - **ECLI:** ES:TS: 2022:1153

ID CENDOJ: 28079119912022100001

PONENTE: EXCMO. SR. D. RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: Sentencia contraria al reconocimiento de la filiación de un niño nacido en el extranjero por un procedimiento de gestación por sustitución a favor de una madre de intención.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *Introducción.* 5.2. *La inscripción de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución conforme a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019. La denominada “legalización administrativa” de la gestación por sustitución.* 5.3. *¿La filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden público español? Referencia al voto particular a la anterior STS Pleno 835/2013 de 6 de febrero.* 5.4. *¿La denegación de la inscripción de la filiación vulnera el interés superior del menor nacido por gestación por sustitución y su derecho a la vida privada e identidad?* 5.5. *Conclusiones.* 6. Bibliografía

1. Resumen de los hechos

Una española, mayor de 45 años, con la intermediación de una agencia de gestación por sustitución y sujetándose a la legislación del estado mejicano de Tabasco, firmó un contrato con una mujer mejicana, por la que ésta se comprometió a que le fueran transferidos embriones creados por aportación de gametos de terceros, gestarlos y a entregar la custodia física del niño a la primera inmediatamente después del parto, con renuncia a todos los derechos que pudiera tener sobre el mismo, y comprometiéndose a colaborar y realizar todas las acciones y procedimientos elegidos por la futura madre para confirmarla como la madre legal del niño. Según la terminología propia de este tipo de contratos, empleamos las denominaciones de “contrato de sustitución” o “contrato de gestación subrogada” (en adelante, el contrato), “*madre de intención*” para la mujer comitente y “gestante” para la que se somete al procedimiento de fertilización, gestación y renuncia de derechos de filiación en favor de la primera.

La madre de intención, con problemas de infertilidad y sin pareja, firma el contrato y emprende el procedimiento de gestación por sustitución en solitario. En relación con el procedimiento de creación, transferencia e implantación de embriones, éstos se crearon por el procedimiento de FIV (“fecundación in vitro”), con material genético de donantes anónimos, es decir, sin material genético de la madre de intención (ni de la de la gestante), ni de varón conocido.

En relación con el clausulado del contrato y en cuanto a la fase de implantación, la gestante se comprometió a someterse a exámenes médicos físicos y psicológicos para determinar su aptitud, aceptando que los resultados fueran compartidos con la madre de intención; y, una vez creados los embriones, aceptaba someterse a cuantas transferencias embrionarias fueran necesarias hasta el nacimiento del niño, acordándose que, en cada intento, se implantarían tres embriones, sin posibilidad de reducción embrionaria; y que, para cada intento, la gestante debía tomar la medicación oral, inyectada o intravaginal que se le prescribiera. En relación con la fase de embarazo, la gestante se comprometió a adoptar determinadas pautas nutricionales y de conducta, que incluían las de abstenerse de fumar, beber alcohol, consumir drogas y abstenerse de mantener relaciones sexuales, entre otras; también aceptaba someterse a amniocentesis y otras pruebas de diagnóstico prenatal que fueran necesarias para supervisar la salud del feto y evolución del embarazo; y, además, aceptaba limitaciones de movilidad y cambiar su domicilio al estado mejicano de Tabasco a partir del sexto mes de embarazo; para el caso de que la gestante sufriera cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral), se confería derecho a la madre de intención para mantener a aquella con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico a cargo determinase que estaba listo para el nacimiento,

asumiendo la madre de intención los gastos relacionados con esta contingencia; y, finalmente, las partes acordaban no interrumpir el embarazo, excepto que, para preservar la vida o salud de la gestante, un especialista lo prescribiese, en cuyo caso todos los gastos relacionados debían ser asumidos por la madre de intención. Finalmente, en relación con la fase del parto, la gestante se comprometía a dar a luz en el hospital seleccionado por la madre de intención, a permitir la asistencia de esta al parto y a someterse a un procedimiento de cesárea, salvo que el facultativo recomendase un parto vaginal. Una vez nacido el niño, se acordaba que fuera entregado inmediatamente a la madre de intención y que el hospital asentase en el certificado de nacimiento el nombre y apellidos que indicase ésta y que, en lo sucesivo, se considerase a la madre de intención como madre legal, incluso en el caso de que el niño tuviera deficiencias físicas, psíquicas, neurológicas o de cualquier otra naturaleza. Asimismo, la gestante se comprometía a firmar un acuerdo de entrega de la custodia física del niño a la madre de intención inmediatamente después del parto y a cooperar en el registro de la filiación a favor de la futura madre si llegase a ser necesario; sin intentar, en el futuro, ningún contacto con el niño. En cuanto a las contraprestaciones de la madre de intención a la gestante, la sentencia omite toda mención a la cuantía que se pagó a la gestante por someterse a los procedimientos de fertilización, implante y por el fundamental servicio de gestación, pero se aprecia que tal pago existió. Por su parte, la SAP señala que el contrato fue objeto de ratificación en procedimiento judicial no contencioso seguido ante el Juzgado Familiar de Tabasco, pero parece que no se intentó en su momento inscripción en virtud de título judicial.

A consecuencia del procedimiento de gestación por sustitución nació un niño con el que la madre de intención se trasladó inmediatamente a su domicilio en España, teniendo al niño desde entonces bajo su guarda y cuidado. La madre de intención intentó la inscripción del niño en el Registro civil español, como hijo suyo y, en cuanto a tal, con la nacionalidad española, pero la petición le fue denegada, de forma que se estableció una situación de hecho por la que el niño quedó bajo la guarda y cuidado de la mujer, pero sin reconocerse una relación de filiación y manteniendo la nacionalidad mejicana. En un determinado momento, el padre de la madre de intención, que, desde el nacimiento, había venido manteniendo con el niño una relación propia de abuelo-nieto, se trasladó también al domicilio y, tras dos años de convivencia, amparándose en el art. 131 C.civ., que establece que *“cualquier persona con interés legítimo tiene interés para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado”*, interpuso contra su hija una demanda de determinación legal de filiación materna por posesión de estado en la que solicitaba que se dictara sentencia por la que se declarase que la demandada era la madre del niño, ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que le fueron impuestos al menor al nacer y constan en la documentación registral mejicana. La madre de inten-

ción demandada contestó a la demanda allanándose a los hechos alegados en la misma.

2. Solución dada en primera instancia

La sentencia 21/2019 de 19 de febrero, del Juzgado de 1ª instancia nº 77 de Madrid, juicio verbal de filiación 174/2018, desestimó la demanda, denegando la inscripción de la filiación, sin perjuicio de que la madre de intención pudiera instar ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar del menor, como paso previo a la adopción, en virtud del cual se podría inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que fueron impuestos al menor al nacer.

3. Solución dada en apelación

La sentencia de primera instancia fue recurrida por el abuelo demandante y la SAP Madrid (sección 22ª) 947/2020 de 1 de diciembre de 2020, rollo 1274/2019, ECLI:ES:SAP:2020:14547 estimó el recurso, revocando la sentencia del Juzgado, y dictó sentencia conforme a lo solicitado en la demanda.

4. Los motivos de casación alegados

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2. 3º y 3 LEC, fundado, como único motivo, en la infracción del art. 131, párr. 2º, C.civ. en relación con el art. 10 LTRHA y la jurisprudencia que lo interpreta. El Ministerio Fiscal razona que el art. 131, párr. 2º, C.civ., excluye de la declaración de la filiación manifestada por la constante posesión de estado el *“supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”* y que, en el caso de autos, hay otra determinada porque el art. 10.2 LTRHA señala que *“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*. El Ministerio Fiscal argumenta que el recurso presenta interés casacional porque la SAP Madrid se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la determinación de la filiación de los menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres de intención establecida en la STS (Pleno) nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014. El Ministerio Fiscal señala que, conforme a la indicada sentencia, es preciso ponderar los bienes jurídicos en conflicto que son el respeto a la dignidad e integridad moral de mujer gestante, por un lado, y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor, por otro; alega que la solución adoptada por la SAP impediría la investigación de

la paternidad y el derecho del menor a conocer su identidad biológica; y, por último, alega la posibilidad del acogimiento del menor por la madre de intención y la posibilidad final de adopción por ésta. La parte recurrida se opuso al recurso. La sentencia plenaria estimó el recurso.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Introducción

Esta STS Pleno 1153/2022 de 31 de marzo tiene por objeto la inscripción de la filiación de un niño, nacido por un procedimiento de gestación por sustitución, cuya filiación había sido ya inscrita en el registro local del estado mejicano de Tabasco, donde se había producido el nacimiento y aquel procedimiento es legal. La sentencia cuenta como antecedente con la STS Pleno 835/2013 de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247) –con su posterior auto de 2 febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:335A), que desestimó la solicitud de su nulidad– relativa a la denegación de la inscripción en el Registro civil consular de un niño nacido en el estado de California por gestación por sustitución. Una y otra sentencia deniegan la inscripción de la filiación a favor de los padres de intención sobre la base de dos argumentos: (i) La gestación por sustitución y la determinación de la filiación del nacido por este procedimiento a favor de los padres de intención es contraria al orden público internacional; y (ii) el principio del “*interés superior del menor*” no queda vulnerado en cuanto que el respeto a su vida familiar y privada queda respetado al permitir que el niño se mantenga en su “*familia de facto*” sea por reclamación de la paternidad por el padre biológico, sea por la determinación de la filiación por adopción de los padres de intención. Cabe plantearse por qué se ha dictado una segunda sentencia de Pleno sobre la misma materia. Al margen de que, en el supuesto de hecho de la primera sentencia, se decidía sobre la solicitud de inscripción de la filiación de un menor nacido por gestación por sustitución en virtud de un certificado registral extranjero y, en el presente caso, sobre la solicitud de la inscripción de la filiación asentada en el extranjero, pero manifestada ya por una posesión de estado y en virtud del art. 131 C.civ., los fundamentos de la sentencia son coincidentes. Sin embargo, entendemos que la emisión de una segunda STS Pleno denegando la inscripción de la filiación de los nacidos por gestación por sustitución en favor de los padres de intención y sobre los mismos argumentos que la primera vino determinada por el hecho de que la STS Pleno 835/2013 contó con un voto particular del Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, al que se adhirieron otros tres magistrados, lo que suponía que la resolución adoptada por la Sala, compuesta por nueve magistrados, había sido apoyada por una minoría mínima de cinco. Los motivos de oposición esgrimidos en el voto particular son relevantes y cuestionan

frontalmente los dos argumentos en que se fundamenta el voto mayoritario. El voto particular de los cuatro magistrados podría interpretarse como el reflejo y traslación a la Sala del debate que existe en la sociedad y en el ámbito internacional sobre esta técnica o práctica de reproducción. Por ello, cabe pensar que, con esta nueva sentencia de Pleno, el Tribunal Supremo ha querido consolidar la doctrina acogida mayoritariamente en la primera, pero, en esta ocasión, por unanimidad, máxime cuando se aprecia una densidad argumentativa que podrían interpretarse como un esfuerzo para rebatir los motivos de oposición del voto particular.

Se advierte que, para el presente comentario, se ha denominado el contrato y procedimiento como de “*gestación por sustitución*”, que constituye una terminología coincidente con la que emplea el art. 10 LTRHA para cualquier contrato por el que una mujer se compromete a gestar con el compromiso de entregar al niño a los padres de intención y similar a la terminología que utiliza el art. 380-bis-2 C.Civ. del estado de Tabasco cuando, como ocurría en el presente caso, la gestante es contratada “*exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona*”, mientras que reserva el término de “*gestación subrogada*”, cuando la gestante aporta sus propios óvulos y se somete a un procedimiento de inseminación. No obstante, en nuestro sistema, los términos *gestación por sustitución* y *gestación subrogada* se utilizan indistintamente y, en realidad, la terminología más extendida en todos los sistemas para referirse a la práctica es la de “*gestación subrogada*”.

5.2. *La inscripción de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución conforme a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019. La denominada “legalización administrativa” de la gestación por sustitución*

Para la mejor exposición y comprensión del presente comentario, es preciso recapitular sobre las instrucciones de la DGRN en vigor relativas a la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos en el extranjero por un procedimiento de gestación por sustitución, que han llevado a la doctrina a sostener que, pese a la declaración del art. 10.1 LTRHA, que establece que “*será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renunció a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”, las instrucciones de la DGRN (en adelante IDGRN) de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019 hacen que se pueda hablar de una “*legalización administrativa*” de la gestación por sustitución al permitir la inscripción en el Registro civil de la filiación de los nacidos por estas técnicas cuando ha sido declarada por resolución judicial dictada por autoridad extranjera en un procedimiento análogo al de jurisdicción voluntaria (CERDÀ SUBIRACHS, J., “*La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España...*”).

La referida IDGRN de 5 de octubre de 2010 se dictó cuando la sentencia del Juzgado de primera instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de

2010 anuló la RDGRN de 8 de febrero de 2009, que había ordenado la inscripción en el Registro civil de un niño nacido en California en virtud de un contrato de gestación por sustitución, a practicar en virtud de la presentación de la certificación registral californiana acreditativa de que la filiación había sido inscrita en el Registro civil local. Presentado recurso por el Ministerio Fiscal, la RDGRN fue anulada por la sentencia del Juzgado, que sería confirmada por la SAP (sección 10^a) de 23 de noviembre de 2011 [ECLI:ES:APV:2011:5738] y por la STS Pleno 835/2013, que venimos citando. Pues bien, ya a la vista de la anulación de la resolución por la sentencia del Juzgado de primera instancia, la DGRN dictó la instrucción de 5 de octubre de 2010 con el objeto de establecer los requisitos necesarios para inscribir en el Registro civil español a los nacidos en el extranjero por un procedimiento de gestación por sustitución de forma que se dotase de plena protección jurídica al interés superior del menor, así como a los otros intereses presentes y, en concreto, que se protegiese a las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres. Esta IDGRN de 5 de octubre de 2010, consta de dos disposiciones, que pasamos a analizar:

1. Conforme a la *Disposición primera de la instrucción*, la inscripción del nacimiento del niño nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución sólo podrá realizarse presentando ante el Encargado del Registro Civil, junto a la solicitud de inscripción, la *resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido*, lo que permitirá que el Encargado del Registro civil compruebe que se han cumplido los requisitos de perfección y contenido del contrato conforme a lo legalmente exigido en el país donde se ha formalizado, así como que se ha atendido a la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance de este, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores. Sin embargo, es preciso advertir que la eficacia de la resolución judicial dependerá de la naturaleza del procedimiento en que se haya dictado y no será la misma si se ha dictado en un procedimiento de naturaleza contenciosa, que si se ha dictado en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria. Así, por un lado, (1.1.) *en el caso de que la resolución judicial extranjera se hubiera dictado en virtud de un procedimiento de naturaleza contenciosa*, la disposición primera de la instrucción dispone que, *“salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur (...) y, para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial*

que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur”. Es preciso señalar que, tanto en el art. 955 LEC 1881, que era el vigente en el momento de dictarse la instrucción, como en el actual art. 46.1 de la Ley 29/2015 de 30 de julio de Cooperación jurídica internacional en materia civil, se establecía que “*las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: cuando fueran contrarias al orden público*”. Y, por otro lado, (1.2.), *en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria*, el Encargado del Registro Civil controlará, incidentalmente y como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. Así, el Encargado del Registro Civil debería denegar la inscripción si encontrase alguna irregularidad formal en la resolución o en el procedimiento y, en lo que a este comentario interesa, si constataste que ha vulnerado el interés del menor o los derechos de la madre gestante, que integran el orden público español. Por lo tanto, se observa que, tanto en el caso de que la resolución extranjera haya sido dictada en un procedimiento de naturaleza contenciosa como en el de que haya sido dictada en un procedimiento análogo al de jurisdicción voluntaria, será necesario que, bien por medio de exequátur, bien por control incidental del Encargado del Registro civil, se constate que la resolución judicial no es contraria al orden público español, para que pueda permitirse la inscripción de la filiación en virtud de ella.

2. Conforme a la *Disposición segunda de la IDGRN*, “*en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido (por gestación de sustitución), una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante*”. Conforme a la literalidad de esta disposición segunda, cabría plantearse la posibilidad de inscribir la filiación en virtud de una certificación registral extranjera o por medio de la simple declaración, si va acompañada del certificado médico de nacimiento del menor en el que conste la identidad de la madre. Entendemos que la respuesta debe ser negativa porque, de admitirse tal inscripción, sólo se tutelaría el derecho del niño a conocer su origen o filiación conforme al parto, pero no permitiría que el Encargado del Registro comprobase el resto de las circunstancias relativas a la tutela de los derechos del niño y de la madre de gestante en el procedimiento de gestación por sustitución y, en definitiva, que la inscripción no es contraria al orden público español, que es lo que pretende la instrucción.

Cuando la ulterior STS Pleno 835/2013, que decide en casación sobre la impugnación de la citada RDGRN de 8 de febrero de 2009, resolvió, finalmente, que no procede la inscripción de una filiación derivada de un procedimiento de gestación por sustitución realizada en el extranjero por ser contraria al orden público, surgió la duda de si la sentencia anulaba no sólo la RDGRN que constituía su objeto, sino también los criterios establecidos por la IDGRN de 5 de octubre de 2010. Tal duda propició que la Dirección General de los Espa-

ñoles en el Exterior y de Asuntos Consulares elevara una consulta a la DGRN, que fue resuelta por la RDGRN de 11 de julio de 2014 en sentido favorable, indicando que la STS Pleno 835/2013 se había pronunciado sobre la denegación la *“inscripción de un nacimiento y filiación resultante de un contrato de gestación por sustitución en base exclusivamente a la certificación del Registro Civil extranjero, cuya sola certificación, por su propio limitado contenido, no permite desplegar el control sobre todos los extremos a que se refiere la directriz primera de la Instrucción, control que persigue salvaguardar los intereses tanto del hijo como de la madre gestante, según se ha indicado, como finalmente los de los padres comitentes”* y que ello determina que *“la doctrina del Tribunal Supremo no pueda extrapolarse miméticamente a un supuesto distinto como lo es el de los casos en que la referida solicitud de inscripción de nacimiento y filiación resultante de una gestación por sustitución se sustenta en una sentencia judicial firme por la que se declara la filiación que se pretende inscribir, y que permite el ejercicio de la facultad del control incidental a que nos hemos referido”*.

Al margen de lo anterior, la vigencia de la IDGRN de 5 de octubre de 2010 quedó sustentada por la ulterior IDGRN de 18 de febrero de 2019, que se dicta para dejar sin efecto la IDGRN de 14 de febrero de 2019, que se había dictado precisamente para sustituir la de 5 de octubre de 2010. La citada IDGRN de 14 de febrero de 2019, permitía la inscripción de los nacidos por gestación de sustitución en el extranjero no sólo en virtud de sentencias judiciales, sino también en virtud de certificaciones de autoridades extranjeras sobre asientos extendidos en sus Registros, lo que, en todo caso, resultaba coherente con lo previsto en los arts. 96.2 y 98 LRC 2011 (pendiente de entrar en vigor en ese momento). Sin embargo, antes de la publicación en el BOE de esta nueva instrucción y tan sólo cuatro días después de su emisión, se dictó la IDGRN de 18 de febrero de 2019 que manifiesta que la gestación por sustitución es *“un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes”*, que *“no se limita a España, sino que se desenvuelve en un ámbito exterior, por lo que sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz”*, por lo que, *“en tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor”*. Bajo estas consideraciones, la IDGRN de 18 de febrero de 2019 abortó la flexibilización de la inscripción de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución que establecía la previa IDGRN de 14 de febrero, dejándola sin efecto y señalando que *“Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010”*, con lo que no cabe duda sobre la vigencia de esta última instrucción.

De todo lo anterior resulta que, conforme a las IDGRN de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019, que declara la vigencia de la primera, cabe hablar de una *“legalización administrativa”* de la gestación por sustitución res-

tringida a los supuestos en los que la filiación haya sido determinada en virtud de resolución judicial extranjera, mientras que se inadmite la inscripción de la filiación determinada por autoridad administrativa extranjera o en virtud de certificación relativa a la inscripción de la filiación en un registro extranjero. Pero, en todo caso, incluso en el supuesto de que el título en virtud del cual se pretende practicar la inscripción de la filiación sea una resolución judicial extranjera, será preciso que el Encargado del Registro Civil verifique que tal resolución no vulnera el interés del menor ni los derechos de la gestante, entre otros puntos, y, en definitiva, que no se produce una vulneración del orden público español. Ello nos lleva a observar que, a tenor de la jurisprudencia actual y que se contempla en las STS Pleno, debería inadmitirse la inscripción de la filiación proveniente de un procedimiento de gestación por sustitución, porque, aún practicada la inscripción por el Encargado del registro consular o civil, bastará con que el Fiscal impugne la inscripción, para que se declare la nulidad de la misma por entender que, teniendo su origen en un procedimiento de gestación por sustitución, se estaría vulnerando el orden público, como se analizará en los apartados siguientes.

5.3. *¿La filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden público español? Referencia al voto particular a la anterior STS Pleno 835/2013 de 6 de febrero*

La STS Pleno 1153/2022 deniega la inscripción de la filiación a favor de los padres de intención sobre los argumentos de que (1) *“la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos por lo que es contraria al orden público español”* y de que (2) tal denegación no vulnera el interés superior del menor ni su derecho a la vida familiar y privada, porque puede obtenerse la inscripción a favor de la madre de intención en virtud de la adopción.

Entrando en el primer argumento, la sentencia recapitula que, como ya apreció la STS Pleno 835/2013, el orden público debe entenderse, básicamente, como *“el sistema de derechos y libertades individuales garantizados por la Constitución y en convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”* y que, conforme a este concepto, la gestación por sustitución es *“manifiestamente”* contraria al orden público. Abundando en esta consideración, la STS Pleno 1153/2022 razona: [1º.] Que las disposiciones contenidas en el art. 10 LTRHA integran el orden público español y que las mismas establecen la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, disponiendo, como consecuencia, que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto, sin perjuicio de que el padre de intención, cuando sea también el padre biológico, pueda ejercitar la correspondiente acción de reclamación de la filiación paterna; [2º.] Que la gestación por sustitución vulnera gravemen-

te los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. Así, (2.1) en relación con la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española, la STS Pleno 835/2013 precisaba que todos los derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran el orden público español, que actúa como límite al reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras y, entre los principios y derechos que afectan al reconocimiento de resoluciones sobre gestación por sustitución, se hallan el de protección de la infancia, que ha de gozar de la tutela prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución) y los derechos relativos a la integridad física y moral de las personas (art. 15 CE) y respeto a su dignidad (art.10 CE). A entender de la STS Pleno 835/2013 y de la sentencia objeto de este comentario, la gestación por sustitución podría suponer una mercantilización de la gestación y la filiación, vulnerando el derecho a la integridad física y moral de las personas y su dignidad, “cosificando” tanto a la mujer gestante, cuando se produce una explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres en situación de vulnerabilidad, como también al niño producto de la gestación. En el caso concreto de la sentencia que comentamos, se fundamenta que tanto la gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. Respecto de la gestante, la sentencia analiza que, al aceptar el clausulado del contrato (que hemos extractado en el apartado relativo a los “antecedentes” y que la sentencia plenaria considera que impone a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano), se deduce que aquélla debía necesariamente hallarse en una situación económica y social de vulnerabilidad; y, asimismo, señala que *“un contrato de gestación por sustitución como el que es objeto de este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio”*. (2.2.) En relación con los convenios internacionales, la sentencia cita el art. 35 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN) y al ratificado por España, en el que se insta a los Estados a tomar medidas para impedir la venta y trata de niños; e, igualmente, alude al art. 2. a) del Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 25 de mayo de 2000 (en adelante PFCDN o el Protocolo), también firmado y ratificado por España. Y, en conexión con estos preceptos del CDN y del Protocolo, la sentencia cita el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluida la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños para la Asamblea General de la ONU de 15 de enero de 2018 (en adelante, Informe de la Relatora), que, según interpreta la sentencia, considera la gestación por sustitución como un

supuesto de compra de niños, conforme a los arts. 35 CDN y 2 a) del Protocolo, lo que, como analizaremos inmediatamente no es exacto; y, [3º.], por último, la sentencia alude al Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada de 8 de mayo de 2017.

La solución de la casación no nos parece la óptima, fundamentalmente, porque entendemos que contraría el interés superior del menor, quid de la cuestión de la que trataremos en el apartado siguiente y desconoce que el interés superior del menor es igualmente un principio de orden público. Pero al margen de ello, aquí interesa analizar los argumentos que acabamos de exponer en los que la sentencia plenaria fundamenta que la inscripción de la filiación vulneraría el orden público internacional.

En primer lugar, la sentencia considera que el reconocimiento de efectos a la filiación procedente de un contrato y procedimiento de gestación por sustitución seguido en un país extranjero donde es válido contraría el orden público español y, en concreto, el art. 10 LTRHA, que decreta la nulidad de los contratos y atribuye la filiación a la gestante y al padre biológico. Sin embargo, entendemos que, cuando el procedimiento de gestación por sustitución se ha seguido en un país extranjero, la aplicación de dicho art. 10 LTRHA estaría sujeto a la doctrina del orden público atenuado a la vista de que, en nuestro sistema, se reconocen efectos a la gestación por sustitución por muy contraria al orden público que se diga. Así, en el apartado 5.2 de este comentario se ha expuesto como, conforme a las IDGRN de 5 de octubre de 2010 y 18 de febrero de 2019, se ha producido una “*legalización administrativa*” que permite la inscripción de las filiaciones provenientes de procedimientos de gestación por sustitución en virtud de resoluciones dictadas por un juez que permitan, sea por exequátur o sea de forma incidental por el Encargado del Registro civil, comprobar que no se ha producido una vulneración de los derechos y dignidad de la gestante y del niño y, en definitiva, que no son manifiestamente contrarias a nuestro orden público. Asimismo, en el ámbito de la jurisdicción social, se reconoce a favor de los padres comitentes prestaciones de paternidad o maternidad (entre otras, la STSJ Comunidad de Madrid 668/2012 de 18 de octubre de 2012 [ECLI, ES:TSJM:2012:13355]; la STSJ Madrid 216/2013 de 13 de marzo 2013 [ES:TSJM:2013:8633]; y la STSJ Cataluña 7985/2012 de 23 de noviembre de 2012 [ECLI:TSJCat:2012:12193]), que también han sido tenidas en cuenta por el TJUE (conclusiones del Abogado General de 26 de septiembre de 2013 sobre permiso de maternidad para una madre comitente). En consecuencia, esta “*legalización administrativa*” y reconocimiento de efectos inmediatos a la filiación proveniente de un procedimiento de gestación por sustitución en el extranjero lleva a sostener que, incluso admitiéndose que el art. 10 LTRHA formase parte del orden público español, resultaría de aplicación (y, de hecho, no cabe duda de que se está aplicando) la “*doctrina del orden público atenuado*”, según la cual, aunque existen relaciones jurídicas creadas en el extranjero que se reputan contrarias a nuestro orden público, algunos de sus efectos pueden ser aceptados. Pues bien, en el caso de la gestación por

sustitución, entendemos que, en aras de la protección del interés superior del menor, debe reconocerse la filiación a los nacidos en virtud de esta práctica, según abundaremos en el apartado siguiente, salvo que conste que la gestación por sustitución se haya realizado al margen de los procedimientos imperativos del Estado extranjero. En realidad, esta era la línea seguida por la IDGRN de 14 de febrero de 2019, por otra parte, lógica y coherente con la actual regulación contenida en los arts. 96 y 98 LRC 2011.

En segundo lugar, en cuanto a la consideración de que la gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte en cuanto a la dignidad e integridad física de la gestante y del niño, cabe objetar que, como se señalaba en el voto particular a la STS Pleno 835/2013 emitido por el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, no se puede generalizar la afirmación que hacía aquella sentencia –y que se reitera en la que es objeto de este comentario– de que la técnica de reproducción asistida de la gestación por sustitución vulnera la dignidad de la gestante y del niño, cosificándolos, mercantilizando la gestación y la filiación y posibilitando la explotación de estado de necesidad en que se encuentran determinadas mujeres. La nueva sentencia plenaria parte de la concepción ideológica de que la gestación por sustitución entraña un supuesto de venta o trata de niños, en lugar de una técnica de reproducción asistida o simplemente un supuesto en el que una mujer se compromete a prestar un servicio de gestación de embriones a favor de terceros. La sentencia alude al art. 35 CDN en el que se establece que: «*Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma*»; e, igualmente, alude al art. 2. a) del PFCDN, resaltando que define la venta de niños como «*todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*», ambos ratificados por España, considerando la sentencia que se estarían vulnerando estos instrumentos si se admitiera la filiación derivada de una gestación por sustitución comercial, que entrañaría una venta de niños. Sin embargo, debemos reparar que el art. 3. 1. A del Protocolo insta a los Estados parte para adoptar medidas contra actividades relativas a la venta de niños, “*tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras*”, enumerando una serie de prácticas a prohibir entre las que no se halla descrita la de la gestación por sustitución que, sin embargo, aparece legalizada, con diferente extensión, en países que han suscrito y ratificado la CDN y el Protocolo, como es el caso, sin pretender realizar una enumeración exhaustiva, de Canadá, Reino Unido, Grecia, Rusia, Ucrania, Georgia, India, Albania, Tailandia, Nueva Zelanda o de algún estado de Australia (Queensland), de Méjico (Tabasco y Sinaloa), la práctica totalidad de los de Estados Unidos (si bien éste se ha limitado a ratificar el Protocolo y, aunque firmante, todavía se halla pendiente de ratificar la CDN) o, recientemente, Cuba. En sentido similar a lo que razona el voto particular a la STS Ple-

no 835/2013, podemos decir que la apreciación de estas sentencias de que la gestación por sustitución vulnera el CDN y el Protocolo no se compadece con las reglas jurídicas de Estados con los que España comparte ámbitos privilegiados de cooperación jurídica, como son los Estados Unidos de Norteamérica (para el caso de la STS Pleno 835/2013) o de Méjico (para el caso de la actual STS Pleno 1152/2022), signatarios ambos de los instrumentos internacionales mencionados. Las generalizaciones de estas sentencias plenarias de que los procedimientos de gestación por sustitución atentan contra la dignidad de la gestante y del niño, llegando a identificar el procedimiento con una venta de niños, implicarían que los países que reconocen la gestación por sustitución como una práctica de reproducción asistida estarían incumpliendo tanto el CDN como el Protocolo, permitiendo la explotación de mujeres y tráfico de niños. Asimismo, si realmente existiera una identificación entre la gestación por sustitución y el tráfico de niños, procedería la aplicación inmediata del art. 221 C.P., que puniría a los padres de intención y personas de la agencia de gestación subrogada radicadas en España, aunque el procedimiento se hubiera desarrollado en el extranjero (art. 221.2 C.P); pero está claro que, conforme a la legislación española, la gestación por sustitución no se puede equiparar a una venta de niños, porque el art. 221 C.P. sólo tipifica como venta de niños la entrega a otra persona del niño, *“eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”* y, en estos casos, se acude a un procedimiento para determinar la filiación que es absolutamente legal y válido en los países donde se produce el nacimiento, donde, además, queda asentada registralmente la filiación a favor de los padres de intención conforme a la legislación del país. Así, contra las generalizaciones de la sentencia, lo que cabe suponer es que estos países, al regular y tramitar los procedimientos de gestación subrogada, han adoptado las medidas necesarias para tutelar los derechos y dignidad de la gestante y del niño y, en consecuencia, los Encargados del Registro civil deberían limitarse a constatar por vía incidental que los títulos en virtud de los cuales se pretende la inscripción a favor de los padres de intención son auténticos y que se han producido con respeto a la legislación del país donde se llevó a cabo la práctica.

Es cierto que la sentencia plenaria hace un examen exhaustivo del contenido del contrato de gestación subrogada y, en virtud de su contenido, concluye que atenta contra la dignidad y autonomía de la gestante y que no cabe concebir su consentimiento si la mujer no se hallara en una situación precaria. Pero tal afirmación nuevamente desconoce los controles del país que admite y acoge la práctica, que incluyen asesoramiento jurídico independiente para la gestante e intervención de autoridades locales para salvaguardar que el procedimiento se desarrolle sin atentar contra la dignidad de la mujer y los derechos del niño. Nuevamente acudiendo a las reflexiones del voto particular a la STS Pleno 835/2013, debemos decir que *“no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; ni el consentimiento de la gestante hecho ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias,*

y, tratándose de un acuerdo voluntario y libre, difícilmente se la explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica”.

La sentencia plenaria apoya también su interpretación en el Informe de la Relatora, pero lo cierto es que, pese a que ésta deja entrever su enfoque ético personal contrario a la gestación subrogada, no se pronuncia en favor de la prohibición de la gestación por sustitución, sino que reflexiona sobre la existencia de un vacío normativo en los Convenios internacionales en lo relativo a la maternidad subrogada comercial, lo que, a su entender, determina que los niños nacidos mediante ese método sean vulnerables a la violación de sus derechos, exponiendo también que la práctica a menudo equivale a la venta de niños y puede desembocar en una adopción ilegal. El informe de la Relatora, pues, no se pronuncia sobre la necesidad de prohibir la gestación por sustitución, sino que propone uniformar las regulaciones nacionales y procurar una normativa internacional que dé respuesta a una realidad social evidente, propiciada por el aumento de los casos. Es cierto que el informe detecta abusos tanto en contextos regulados como no regulados, pero su recomendación no es la de prohibir la práctica, sino la de establecer una regulación uniforme e incrementar controles. Asimismo, la sentencia plenaria cita también la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015 relativa al Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, cuyo apartado 115 señala que *“Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”.* Sin embargo, en relación con este punto, la posición del Parlamento Europeo evolucionó y, tras omitir toda, no ya condena, sino mención, a la gestación por sustitución en sus Resoluciones correspondientes a los años 2016 a 2018, introduce una escueta condena en la Resolución del 2019, pero circunscribiéndola a la gestación de sustitución comercial; y, ya en los años sucesivos y hasta la última Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 2023 sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto relativa al Informe anual 2022 (2022/2049(INI), lo que se dispone es la necesidad de establecer un marco regulador europeo para abordar la gestación por sustitución en términos que en modo alguno suponen necesariamente su prohibición, sino su control. Así, esta Resolución 2023, reproduciendo exactamente la previa Resolución del Parlamento Europeo de 17 de febrero de 2022 respecto del Informe anual 2021, dice que *“Reitera su condena a la práctica comercial de la gestación por sustitución, un fenómeno mundial*

que expone a mujeres de todo el mundo a la explotación y la trata de seres humanos, al tiempo que se dirige en particular contra las mujeres vulnerables desde el punto de vista económico y social; destaca sus graves consecuencias sobre las mujeres, sus derechos, su salud y la igualdad de género y subraya sus implicaciones transfronterizas; pide un marco regulador europeo para abordar las consecuencias negativas de la práctica comercial de la gestación por sustitución”. Y, en este punto, es preciso subrayar que los países que vienen admitiendo la práctica no consideran gestación por sustitución “comercial” aquella en la que la gestante es compensada por los inconvenientes derivados de la gestación, según veremos inmediatamente.

En realidad, el Derecho comparado muestra una tendencia progresiva al reconocimiento de esta práctica. Así, al margen de su admisión en los países citados antes, entre las reformas más recientes, apreciamos la introducida por la Ley n° 156/2022 de 22 de julio del Código de las Familias de Cuba, en cuyos arts. 130 a 135 regula lo que denomina “gestación solidaria”, sustentada “para favorecer el ejercicio del derecho de toda persona a tener una familia” (art. 130.1), en beneficio de parejas estériles o con causa médica que imposibilite la gestación y de hombres solos o parejas de hombres (art. 130.2.d.); concibiéndose como una práctica altruista, pero admitiendo compensaciones que *se generen* por embarazo o parto (art. 130.3); y sujetándola a autorización judicial emitida en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 130.4, 131 y 132). Asimismo, es especialmente significativa la reforma introducida por la Child-Parent Security Act 2020 del estado de Nueva York, –que era uno de los pocos estados donde la práctica se hallaba prohibida en USA– y que, en vigor desde el 15 de febrero de 2021, introduce el art. 5-c de las Leyes de Familia del estado de Nueva York, donde regula y permite la gestación por sustitución, admitiendo pago de compensaciones fundadas en los riesgos, inconvenientes físicos y molestias que asume la gestante, sin entenderse que tengan por objeto la entrega del niño (§ 581-582); para padres de intención estadounidenses o con residencia legal de al menos seis meses (§ 581-402 b) 1); de forma altruista o remunerada, siempre que la fecundación no se produzca por medio de una relación sexual, que el óvulo no pertenezca a la gestante (§ 581-401), sujeta a control judicial, y con intervención de abogados asesorando a las partes (§ 581-201 a § 581-206). Igualmente, entre las últimas manifestaciones favorables a esta práctica, cabe citar la sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Méjico, en la acción de inconstitucionalidad 16/2016 en sesión de 7 de junio de 2021, que exhorta al Gobierno de la Unión y a los de los Estados, para que, en el ámbito de sus competencias, regulen “de manera urgente y prioritaria” la gestación subrogada y en sentido favorable a su admisión. Y, en línea similar, la reciente sentencia de la Corte constitucional de Colombia de 1 de agosto de 2022, en el expediente T-8.585.986, relativo a acción de tutela presentada por un varón que había tenido a una niña por gestación subrogada y requería extensión de licencia de paternidad, resuelve “exhortar al Gobierno nacional para que, en los próximos seis meses desde la notificación

de esta sentencia, presente ante el Congreso de la República un proyecto de ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia».

Finalmente, la sentencia plenaria también alude al Informe del Comité de Bioética de España sobre Maternidad Subrogada de 2017 (en adelante, el Informe), que carece de rango normativo y que emana de un órgano de naturaleza consultiva, que elaboró el informe a iniciativa propia y que no dio lugar a ninguna actuación por parte del legislador, limitándose a reflejar una postura ideológica de sus miembros. En modo alguno la opinión que sustenta el Informe debe entenderse como la general o predominante en la sociedad española y baste para ello apreciar las opiniones de cuatro de los nueve magistrados que constituyeron el Pleno para la STS 835/2013. Se trata de una cuestión socialmente debatida, donde las opiniones tanto del Comité de Bioética como de la Relatora especial tiene un carácter meramente relativo que sólo refleja, en sentido protagórico, la medida que sus miembros tienen sobre “la cosa”, es decir, sobre la práctica de la gestación por sustitución, que no tiene por qué coincidir, ni coincide con la que puedan tener otros cuerpos u órganos. En este sentido y como contraste, podríamos traer a colación las reflexiones que se contienen en la referida sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Méjico de 7 de junio de 2021, que, acogiendo los razonamientos del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), razona que *“la experiencia internacional ha probado que una adecuada regulación de la gestación subrogada ayuda a proteger los derechos de todas las personas involucradas, en particular de las mujeres gestantes, que son más vulnerables a abusos en contextos desregulados. Prohibir la práctica no la hará desaparecer. En cambio, fomentaría que se ofrezca en la clandestinidad donde el Estado no puede ofrecer protecciones a las partes, vigilar las condiciones de consentimiento de los contratos, ni asegurar que la actuación de clínicas y agencias sea acorde a la ley y a los derechos humanos”*.

Como conclusión de todo lo antedicho, resulta cuestionable que la práctica de gestación por sustitución sea contraria al orden público internacional y, en todo caso, en cuanto a la inscripción de la filiación de los nacidos, debería aplicarse la *“doctrina del orden público atenuado”* fundamentalmente en aras de la protección del interés superior del menor, que tratamos a continuación.

5.4. *¿La denegación de la inscripción de la filiación vulnera el interés superior del menor nacido por gestación por sustitución y su derecho a la vida privada e identidad?*

Como dijimos antes, a la vista de la jurisprudencia del TEDH, el *quid* de la cuestión radica en determinar si la denegación de la inscripción de la filiación del nacido por gestación por sustitución a favor de la madre comitente contradice el interés superior del menor. La propia sentencia señala que, aunque en su opinión la gestación por sustitución contraría al orden público, el hecho es que, finalmente, el niño termina integrado en la familia de los padres de intención conformando un núcleo familiar o una familia *“de facto”*. Conforme

a la anterior STS 835/2013 y la jurisprudencia del TEDH, tal núcleo familiar existe incluso en ausencia de lazos biológicos o jurídicos, siempre que existan determinados vínculos afectivos y los mismos tengan una duración relevante; y, constatada la existencia de tal núcleo familiar “*de facto*”, el interés superior del niño (en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, en adelante, LOPM) y el respeto a su vida familiar y privada (consagrados en el art. 8.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos, en adelante CEDH), que incluye el derecho a su identidad (por otro lado, también consagrado en el art. 8 CDN), imponen a los Estados el deber de ofrecer una solución que conduzca a la determinación de su filiación e integración en tal núcleo familiar [STEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 140 y 151 y siguientes, y la STEDH de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 62). Según la sentencia plenaria, constatada la existencia de una familia “*de facto*”, como ocurre en este caso, el deber de las autoridades para buscar una solución respetuosa para mantenerla constituye una exigencia del interés superior del menor y de su derecho a la vida familiar y privada reconocido por el art. 8 CEDH, que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, incluye el derecho a la identidad, dentro de la cual tiene gran importancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar. Pero, la sentencia advierte que, para dar cumplimiento a tal obligación y conforme a esa misma jurisprudencia del TEDH, no se requiere que el Estado reconozca la filiación procedente de un contrato de gestación por sustitución que esté prohibido por su ordenamiento, porque puede realizarse por otros medios, como puede ser la determinación de la filiación del niño a favor del padre de intención en el que también concurra la condición de padre biológico mediante el ejercicio de la oportuna acción de filiación (art. 10.3 LTRHA) o como puede ser la adopción del niño a favor de los padres de intención que no tengan tal condición. En este sentido, según el Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019, –Demanda n° P16-2018-001–, (en adelante Dictamen TEDH): “1. El derecho al respeto por la vida privada del niño, en el sentido del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, exige que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer la relación de filiación entre el niño y la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la «madre legal». 2. El derecho del niño al respeto de la vida privada no exige que la transcripción se realice en el registro de estado civil del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero. Se pueden utilizar otros medios, como la adopción del niño por la madre no biológica”. El TEDH señala, además, que, “dado el margen de apreciación concedido a los Estados en cuanto a la elección de medios, alternativos a la inscripción en el Registro, la adopción por la madre de intención notablemente podría resultar aceptable en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional asegurase que aquellos pueden ser implementados rápida y efectivamente de acuerdo con el interés superior del niño”.

Conforme a estas STEDH y Dictamen, la sentencia plenaria considera que la denegación de la inscripción de la filiación no vulneraría el interés superior del menor, porque, en todo caso y con respeto a la legalidad y al orden público españoles, la filiación del menor a favor de la madre comitente puede ser obtenida en virtud de un procedimiento de adopción. Según la sentencia, esta solución satisface el interés superior del menor, evitando que sea tratado como una mercancía y estableciendo un procedimiento que permita comprobar la idoneidad de los padres comitentes, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que la jurisprudencia del TEDH también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general, que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación por sustitución comercial y se facilitase la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, 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 por sustitución. Por nuestra parte, no compartimos las valoraciones de la sentencia en este punto y consideramos que la denegación de la filiación a favor de la madre comitente –y máxime atendidas las circunstancias del caso de auto–no responden al interés superior del menor, que es igualmente un principio de orden público, entendiendo que la ponderación entre el interés superior del menor y la vulneración del art. 10 LTRHA debe resolverse atendiendo al interés primordial del primero; y que, aceptada la existencia de una relación familiar “*de facto*”, como hace la sentencia, el no reconocimiento de la filiación, que afecta a la identidad del niño, determina una injerencia en su derecho a la vida privada, que implica una vulneración del art. 8.1 CEDH y del art. 8 CDN, que reconoce “*el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas*”.

En términos generales, la posición sostenida por la sentencia plenaria no responde al interés superior del menor, condenándolo a un limbo jurídico de duración incierta en cuanto a su filiación y, en definitiva, en cuanto a su identidad. El TEDH, en las sentencias referentes a los casos *Mennesson c. France* (Demanda n.º 65192/11) y *Labassee c. France* (Demanda n.º 65941/11), dictadas ambas el 26 de junio de 2014, condenó a Francia por haber violado el art. 8.1 CEDH al no reconocer la filiación de unas niñas nacidas por gestación por sustitución. Coincidiendo con el razonamiento de la sentencia plenaria, el Estado francés alegaba que la negativa a la inscripción de la filiación tenía por objeto, entre otras razones, no promover que sus nacionales, acogiéndose a jurisdicciones y legislaciones extranjeras, recurrieran a una práctica reproductiva prohibida por el ordenamiento francés por considerar que vulneraba los derechos de los niños y las mujeres gestantes. Sin embargo, el TEDH razona que, aunque un Estado parte del CEDH, puede prohibir la gestación por sustitución, lo que no puede es no reconocer la filiación resultante, porque ello afecta al interés superior del menor y sitúa a este en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad, que es un elemento de su derecho a

la vida privada consagrado en el art. 8.1 CEDH, y puede afectar igualmente a derechos hereditarios derivados de la relación de parentesco con los padres de intención.

Ante el razonamiento de la sentencia plenaria de que, conforme al caso Paradiso y Campanelli c. Italia y el Dictamen, el interés superior del menor puede quedar salvaguardado al permitirse la inscripción de la filiación mediante el procedimiento de adopción a favor de la madre de intención, debemos decir que, al menos en el caso de autos, no se respetará la exigencia del Dictamen TEDH de que la filiación pueda determinarse “*rápida y efectivamente de acuerdo con el interés superior del niño*”. El procedimiento de adopción del menor en España puede ser efectivo para valorar la idoneidad de los padres adoptivos, pero en modo alguno rápido y mucho menos en el presente caso en el que la diferencia de edad entre la madre de intención y el niño supera los 45 años, como había advertido la SAP recurrida. En realidad, la argumentación que utiliza la sentencia plenaria para justificar su aseveración de que la denegación de la inscripción no ocasiona perjuicio al interés superior del menor constituye una descripción del lento proceso burocrático y situación de incertidumbre con que se sanciona al niño al que no es imputable la vulneración del orden público. En este caso, al margen de que la madre de intención deba someterse a los trámites necesarios para obtener la declaración de idoneidad como adoptante, con la práctica de una valoración psicosocial y asistencia a sesiones informativas y de formación organizadas por la Entidad Pública encargada de la adopción (art. 176.3 C.civ.), deberá también solicitar previamente la tutela o la guarda del niño con fines de adopción (art. 176.2.3º), como si se tratara de un menor en situación de desamparo, debiendo permanecer el niño bajo este régimen al menos durante un año. Esto debe ser así, –y de hecho, ya lo advirtió la sentencia de primera instancia en este caso–, porque, conforme al art. 176.2 C.civ., una vez obtenida la declaración de idoneidad para adoptar, la Entidad Pública debe realizar una propuesta de un adoptado en favor de las personas que se hayan ofrecido a adoptar con lo que “*a priori*” no existe una norma que obligue a la Entidad Pública a proponer a la madre de adopción para adoptar concretamente al niño nacido por el procedimiento de gestación por sustitución. Sin embargo, el art. 176. 2 C.civ. señala que “*no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptado concurre una de las circunstancias siguientes: (...) 3ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo*”. Pero es que, además, en este caso, la necesidad de constituir al niño bajo un régimen de guarda o tutela previo a la adopción viene impuesta por la diferencia de edad entre la madre de intención y el niño, que es superior a 45 años. El art. 175.1 del C.civ. establece que “*(...) En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el art. 176.2*”. La sentencia plenaria en modo alguno desconoce estos problemas y propone que la madre de intención quede como guardadora de hecho, para evitar que el menor, que se constata correctamente atendido e integrado en

la familia, se considere en situación de desamparo y que, conforme al art. 237 del C.civ., “*mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores*” o “*constituir un acogimiento temporal*”. Ciertamente, con estas previsiones, la sentencia estaría garantizando el respeto a la vida familiar del niño, pero en modo alguno la rápida determinación de su filiación, exigida por el respeto a la vida privada y derecho a identidad del niño. Por todo lo anterior y teniendo en cuenta, además, el plazo de duración de los procedimientos de adopción en España, resulta difícilmente aceptar que, en este caso, se completarán los procedimientos “*rápida y efectivamente de acuerdo con el interés superior del niño*”, tal y como exige el Dictamen TEDH.

Para entender bien por qué entendemos que la sentencia plenaria no respeta concretamente el derecho a la vida privada del niño y el interés superior del menor, nos interesa reproducir las apreciaciones realizadas por el juez belga Lemmens, P., en su voto particular y opinión concurrente con la STEDH de 18 de mayo de 2021 en el caso Valdís Fjölnisdóttir y otro contra Islandia (Demanda núm. 71552/17). En este caso, Lemmens realiza una distinción entre los conceptos de vida familiar y vida privada a los que se refiere el artículo 8 CEDH al exigir el respeto de uno y otro. Según el juez, la queja relativa a la intromisión en la vida familiar debe examinarse sustancialmente desde el punto de vista de la estabilidad del disfrute mutuo por padres e hijos de la compañía del otro y, efectivamente, la sentencia plenaria garantizaría este derecho al respetar el núcleo familiar “*de facto*” y mantenerlo, previendo una guarda de hecho, primero, y un acogimiento o tutela, después, para permitir que concluya finalmente en una adopción. Sin embargo, la queja relativa a la injerencia en el derecho a la vida privada se halla relacionado con el derecho del menor al reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial con los padres de intención y se considera que este derecho forma parte del derecho del niño a establecer detalles sobre su identidad como ser humano; y, teniendo en cuenta esto, la sentencia plenaria en modo alguno responde al procedimiento “*rápido*” y “*efectivo*” que requiere el Dictamen TEDH para que se reconozca al menor la relación paterno-filial y, en definitiva, para que se tutele su derecho a una identidad. En este punto, vuelven a resultar interesantes también las consideraciones efectuadas en el voto particular a la STS Pleno 835/2013, cuyo voto principal, pese a denegar la inscripción de la filiación, apreciaba la existencia de una relación familiar “*de facto*” entre el menor y los padres de intención e instaba al Ministerio Fiscal para promover las acciones pertinentes “*para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar “de facto”, es decir, la que tiene con los padres de intención*”. El voto particular analizaba que la denegación de la inscripción en el Registro civil español de la filiación, que ya había sido determinada por la autoridad extranjera, colocaba a los niños nacidos por un procedimiento de gestación subrogada en un “*limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la*

respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles”.

En nuestra opinión, la sentencia objeto de este comentario no ha respondido al derecho del menor a que su interés superior sea considerado primordial y preferente sobre cualquier otro interés en conflicto. El interés del menor no sólo es un principio de orden público, sino que, conforme al art. 2 LOPJM tiene la consideración de interés primordial, para cuya aplicación debe atenderse, entre otros, a los criterios de mantenimiento de relaciones familiares –primando, además, el interés del menor sobre el de la familia–, al de preservación de la identidad del menor y al de garantizar su igualdad y no discriminación por cualquier circunstancia. Y, asimismo, para ponderar su aplicación debe tenerse en cuenta precisamente que se trata de un interés primordial y que, en caso de que entre en conflicto con otros intereses legítimos concurrentes, de forma que no puedan priorizarse todos, *“deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*. Como señalaba el voto particular a la sentencia del Pleno 835/2013, con el interés superior del menor, se pretende que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. La denegación de la inscripción de la filiación supone que *“se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre 2003 (TJCE 2003, 314) –caso García Avello, y 14 de octubre de 2008 (TJCE 2008, 235)– caso Grunkin-Paul)”*. En este mismo sentido, el citado juez Lemmens, en la opinión particular referida, manifestaba sus dudas sobre la solución actual y se preguntaba *“si el limbo jurídico en el que se encuentra un niño puede justificarse sobre la base de la conducta de sus futuros padres o con referencia a las opiniones morales que prevalecen en la sociedad”* y concluía señalando que, *“aunque la adopción es un medio para reconocer una relación padre-hijo, no constituye la solución idónea para todas las dificultades que puede experimentar el menor y demanda que el alcance del derecho del niño al establecimiento de una relación jurídica paterno-filial, elemento de su derecho al respeto de la vida privada, sea objeto de análisis por el TEDH en otro caso”*.

En nuestra opinión, siendo el propósito declarado por la sentencia que el menor, en aras de su interés superior, se integre en la familia de la madre de intención, considerando, además, como hechos probados, que la integración del menor en el núcleo familiar ya se ha producido *“de facto”* y que es objeto de cuidados idóneos desde hace varios años, el interés superior del menor y el respeto a su vida familiar y privada habría exigido que se determinase su filiación de

forma “*rápida y efectiva*”, sin someter al menor a una situación de incertidumbre o “*limbo jurídico*” que difícilmente puede decirse que satisface su interés superior ni en el caso concreto de autos, ni en el de los niños nacidos por este procedimiento que se espera que se integren con padres de intención españoles.

5.5. Conclusiones

De conformidad con la sentencia plenaria, (1) la inscripción de la filiación de los niños nacidos por procedimiento de gestación por sustitución comercial debe ser denegada por vulnerar el orden público al tener su origen en un contrato y procedimiento que vulnera el art. 10 LTRHA y principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y Convenios internacionales, que conforman tal orden público, y, concretamente, los relativos a la protección del niño (art. 35 CDN y 2 PFCDN) y que tutelan el derecho a la integridad física y moral de las personas y, concretamente, de la mujer gestante y del propio niño, que resultan “cosificados” en virtud de estos procedimientos. El reconocimiento automático de la filiación por gestación subrogada incentivaría una práctica no deseable y contraria al orden público; y, además, (2) tal denegación de la inscripción no vulnera el interés superior del menor (art. 2 LOPJM) ni el derecho al respeto a su vida familiar y privada (art. 8 CEDH y Dictamen TEDH 2019), porque el mantenimiento de las relaciones del menor con su familia *de facto* (en cuanto al respeto a la vida familiar) y la determinación de su filiación e identidad (en cuanto al respeto a la vida privada) pueden obtener por la vía de la adopción, lo que permite respetar al mismo tiempo el orden público español.

Por nuestra parte, desde un punto de vista respetuosamente crítico, entendemos que la solución de la sentencia de denegar la filiación en modo alguno satisface el interés superior del menor y vulnera el respeto a la vida privada, porque, siendo el menor ajeno a la conducta, contrato y acto generativo que se reputa practicado en vulneración del orden público, lo sitúa en un limbo jurídico, sin que la adopción (y especialmente en el caso de autos) constituya un procedimiento que “*rápida y efectivamente*” permita determinar la filiación del niño y, en definitiva, su identidad (Dictamen TEDH 2019), que es un aspecto que pertenece al respeto a la vida privada (art. 8 CEDH) y al derecho del niño a preservar su identidad (art. 8 CEDH y art. 8 CDN). Por ello, en aras de preservar el interés superior del menor y, habida cuenta el carácter “*primordial*” de este, en colisión con otros intereses, debería en todo caso aplicarse la “*doctrina del orden público atenuado*” reconociendo y permitiendo la inscripción de la filiación de los nacidos por este procedimiento.

6. Bibliografía

AZNAR DOMINGO, A., y AYALA PLASENCIA, N., “*La gestación por sustitución*”, Revista de Jurisprudencia, n° 41, noviembre 2022, Ed. Francis Lefevre.

- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014) *Gestación por sustitución en California*”, en Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina dirigidos por YZQUIERDO TOLSADA, M., AÑOS 2013-2014.
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2011, pp. 247-262.
- CERDÀ SUBIRACHS, J., “*La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN*”. La ley, núm. 4893, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, pp. 1-9.
- LLEDÓ YAGÜE, F., y OTROS, “*Gestación subrogada (Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas)*”, Dykinson 2019.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., “*La determinación de la filiación “contra legem” del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor*”. Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022. Ed. Instituto de Derecho Iberoamericano y Tirant lo Blanc, pp. 3424-3465.
- VILAR GONZÁLEZ, S., “*La gestación subrogada en España y en el Derecho comparado*”. Ed. Wolters Kluwer, 2018.