

# La adopción como respuesta a los desafíos de la gestación subrogada transfronteriza: Observaciones críticas a la STS 277/2022, de 31 de marzo

---

Adoption as an answer to address the challenges of cross-border commercial surrogacy: critical observations of the supreme court ruling 277/2022, of march 31st

---

**Álvaro Sánchez Martín<sup>1</sup>**

---

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)21](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)21)

## **Comentario a**

STS 277/2022, de 31 de marzo

## **Acceso al fallo**

### RESUMEN:

El presente análisis tiene por objeto examinar la problemática que conlleva el reconocer la inscripción de la filiación de menores a las madres por deseo que acuden a la praxis de la gestación subrogada en terceros países. A pesar del rechazo mostrado por el Tribunal Supremo a los acuerdos que regulan las relaciones privadas en este tipo de negocios, en el caso concreto, sugiere incoar un proceso de adopción sobre la criatura objeto del negocio siguiendo la estela de dos casos recientes resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una respuesta que no parece satisfacer a ninguna de los sujetos involucrados si atendemos a los diferentes derechos e intereses en juego. De este modo, el trabajo pretende resaltar las deficiencias argumentales sobre las que se construye el sentido del fallo de la STS 277/2022, de 31 de marzo.

### ABSTRACT

The present analysis aims to examine the issues related to the recognition of the filiation of minors to mothers by choice who resort to the practice of surrogacy in foreign countries. Despite the rejection shown by the Supreme Court towards agreements that regulate private relationships in this type of business, in this specific case, it suggests initiating an adoption process for the child subject to the transaction, following the path of two recent cases resolved by the European Court of Human

---

<sup>1</sup> Investigador predoctoral en el Instituto de Derecho Público Comparado “Manuel García Pelayo” de la Universidad Carlos III de Madrid. Nro. de ORCID <https://orcid.org/0009-0008-7174-963X>

Rights. This response does not seem to satisfy any of the parties involved if we consider the different rights and interests at stake. Thus, the work aims to highlight the argumentative deficiencies on which the meaning of the ruling of the STS 277/2022, of March 31, is constructed.

PALABRAS CLAVE: Gestación subrogada; gestación por sustitución; interés superior del menor; filiación; adopción.

KEY WORDS: Surrogacy; cross-border commercial surrogacy; best interests of the child; guardianship; adoption.

## I. Introducción

La gestación por sustitución o subrogada es uno de los paradigmas jurídicos más sonados, quizás, por lo complejo y morbosos de su objeto. Una técnica que plantea serios y evidentes interrogantes ético-jurídicos y cuyo tratamiento por los tribunales españoles parece no satisfacer a ninguna de las partes involucradas. El pronunciamiento núm. 277/2022, de 31 de marzo, de nuestro Tribunal Supremo al cual nos acercamos es claro ejemplo de este *conundrum*. Los hechos se resumen en las siguientes letras: El padre de una mujer de nacionalidad española que recurrió a los servicios de una empresa privada de gestación subrogada en el Estado de Tabasco, México —donde esta técnica se encuentra legalmente permitida—, ejerce la acción de filiación ante los tribunales españoles en favor de su hija, la madre no biológica, sobre la criatura fruto del negocio jurídico. Un negocio en el que la madre de intención no realiza aportación alguna de material genético. Ante esta contienda que no supone mayor novedad para su tratamiento por los tribunales españoles, el Tribunal Supremo acaba concluyendo que la inscripción de la filiación a través del proceso de adopción se concibe como la opción que mejor satisface los intereses de todos los sujetos implicados (FJ 4, aps. 13 y 14). Es decir, no se reconoce la acción de filiación como método oportuno para optar al resultado deseado por los demandantes, sino que el Tribunal les insta a incoar un proceso de adopción para alcanzar aquel.

En este sentido, las presentes líneas tienen como objeto exponer de forma sucinta la cuestión que subyace a la conclusión que la Sala Primera del Tribunal Supremo deduce a través de su resolución núm. 277/2022, de 31 de marzo. Así, comenzamos el presente análisis trayendo el interrogante surge de forma irremediable al observar la doctrina —aludida y parcialmente expuesta en la argumentación del Tribunal en el asunto— sentada por medio de su pronunciamiento STS 835/2013, de 6 de febrero: si el ordenamiento español prohíbe la técnica de la gestación por sustitución, ¿cómo cabe justificar que en la práctica llegue a consentirse? Y cuando hablamos de práctica nos referimos al resultado que se pretende con aquella: la inscripción de la filiación.

## II. La línea argumental del Tribunal

El Tribunal, desde un inicio es claro a la hora de enmarcar la cuestión: la posibilidad de ejercer la acción de filiación contra el menor fruto de un acuerdo para la gestación subrogada en los tribunales españoles (FJ 4, ap. 2). Así las cosas, la formulación del interrogante inicial se hace entonces evidente: ¿cabe en estos casos la inscripción de la filiación de un menor a través de la norma española? En este sentido, si bien el instrumento a identificar para hallar la respuesta a esta cuestión parece señalarse sin mayor controversia, el art. 9.4 CC, el Tribunal desatiende infelizmente el carácter del precepto.

La Sala Primera confirma, sin más, que “la (única) normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el hijo tenga la residencia habitual, España”. Así, si bien la subsunción de los hechos a las líneas del art. 131 CC con respecto a la posesión de estado sería perfectamente razonable, la especificidad del art. 10.2 LTRHA imposibilita el reconocimiento de la filiación a través del fuero nacional. Súbitamente, el Tribunal cierra la puerta a cualquier razonamiento para que la acción de filiación prospere en razón de su interpretación del art. 9.4 CC, creando, paradójicamente, una situación que seguidamente se dispone a soslayar tras privar al menor de cualquier opción de gozar de los derechos derivados de la filiación. No obstante, tal y como referencia Cuartero Rubio (2022; 3), el art. 9.4 CC se comprende como una norma de conflicto materialmente orientada. La norma favorece la consecución de un resultado: el ejercicio de la filiación. Así, no ha de admitirse la reducción a la que el Tribunal somete al art. 9.4 CC al considerar parcialmente sus líneas. Si bien “la normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el hijo tenga la residencia habitual, España, no la del Estado en que haya nacido”, en el caso que aquella no pudiera hacerse por este cauce (art. 10.2 LTRHA), se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento, en el asunto, la mexicana. Así, el Código Civil español sólo permite que la filiación no se establezca si así lo impiden tres foros materiales —en el presente supuestos, al coincidir el primero y el último—: la ley de residencia habitual del menor, la ley de la nacionalidad del menor y el Derecho español. De esta suerte, la *lex fori* es determinada en cascada: en caso de que la filiación no pueda darse por la primera remisión de la norma, habrá que acudir a las siguientes de forma consecutiva hasta que pueda alcanzarse el resultado deseado.

Desde un primer momento el argumento seguido por el Tribunal es, a nuestro entender, impreciso. Si bien el ordenamiento sustantivo español no permite la inscripción de la filiación en estos supuestos, la Sala debió de haber remitido la cuestión a lo dispuesto en la norma mexicana que, en estos casos, es permisiva en cuanto al ejercicio de la acción de filiación en el escenario de la gestación subrogada. Sin embargo, la deriva argumental del Tribunal conduce inexorablemente a la misma cuestión que inspira nuestras líneas. Como bien insistiremos, el hecho de que la Sala confirme que la adopción se erija como la figura jurídica que mejor responde a la necesidades de las partes involucradas desemboca, igualmente, en la incoherencia de la indulgencia del ordenamiento al permitir el resultado de una práctica que atenta contra los propios cimientos del mismo. De este modo, el Tribunal se ve en la necesidad de estudiar, una vez más, la posibilidad de que una ley extranjera cause en territorio nacional unos efectos no sólo no deseados por el ordenamiento doméstico, sino contrario a sus pilares. Ciertamente, lo que se plantea en el asunto es un supuesto distinto del que resolvía el pronunciamiento que sentó doctrina en la materia, pero trae de nuevo el debate que subyace a ambos: la eficacia de normas extranjeras en la jurisdicción española y su colisión con el orden público internacional. Sin embargo, la consideración expresa sobre la vulneración del orden público internacional español a través de este precepto del Código Civil destaca por su ausencia en el razonamiento del Tribunal. El conjunto del ordenamiento entendido como Estado-persona parece quedar fuera de la argumentación en el fondo, obviando uno de los elementos fundamentales en el juego de la ponderación. Será sobre esta cuestión sobre la que nos detendremos.

### III. La gestación subrogada y el orden público internacional español

La respuesta otorgada por el Tribunal Supremo ante la encrucijada que supone la cues-

ción que se le plantea es, cuanto menos y tal y como hemos venido introduciendo, insatisfactoria para la totalidad de las partes. Idea que la propia Sala parece asumir al haberlo “intentado” (FJ 4, ap. 14) y adoptado tibiamente la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH *Paradiso y Campanelli*, de 24 de enero de 2017, Gran sala; o *Valdís Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia*, de 18 de mayo de 2021), perpetuando, en todo caso, “la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica se reconozca el resultado” (FJ 4, ap. 6). Sin embargo, hemos de insistir en lo divergente entre las posiciones del Tribunal de Estrasburgo y los diferentes tribunales nacionales. El TEDH no se encuentra incorporado en un sistema de fuentes ni integrado en uno de poderes asimilable a los nacionales, por lo que el Tribunal goza de un escenario aséptico para la construcción de su juicio, adquiriendo una sensibilidad especial y menos acotada a la hora de examinar cuestiones como la presente. En cualquier caso, entendemos las palabras de Cuartero Rubio (2022; 2) cuando se refiere a que “la Sentencia, que apunta decididamente a calificar la gestación subrogada como contraria al orden público internacional español, no lo dice. Cuando esta, y no la otra, era la cuestión”. Es decir, el pronunciamiento debía, en todo caso, estudiar si el acogimiento del resultado en la jurisdicción española por parte de la norma extranjera genera una externalidad negativa intolerable (art. 12.3 CC).

Como sabemos, el ordenamiento español regula expresamente la cuestión de la gestación por sustitución. El artículo décimo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, reza que:

- “1.Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.”
- 2.La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.”

En el pronunciamiento que hoy nos concierne, si bien el Tribunal acaba considerando la adopción como la figura óptima para alcanzar el efecto deseado —la inscripción de la filiación—, aquel estaba obligado a adentrarse en la inmediata externalidad que esa conclusión causa en el conjunto del ordenamiento. En este sentido, cuando los magistrados hacen referencia a que de acuerdo al Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el asunto ha de ser “valorado *in concreto*” (FJ 4, ap. 14), no deben de caer en el error de despreciar el coste que supone la inaplicación de la cláusula del orden público internacional y su repercusión sobre futuros pronunciamientos. En cualquier caso, cuando nos referimos al orden público internacional doméstico —concepto jurídico indeterminado, pero determinable— no debemos asumir, que aquel está formado por normas sustantivas del Derecho español, sino por determinados principios (RDGRN 6 de abril de 1979). Por ello, asumir en este supuesto que el art. 10 LTRHA dibuja el orden público internacional español —tal y como proclama el Ministerio Fiscal (FJ 1, ap. 6)— es inexacto, sin perjuicio de que la relación entre la norma y su fin es uno de los aspectos esenciales de la estructura normativa del ordenamiento. Debe, más bien, hacerse referencia a “normas que contienen principios integrantes de aquel orden público internacional”. Unos principios que deben poder ser catalogados como *fundamentales* en tanto refleja valores esenciales e irrenunciables, “intereses generales de la sociedad” necesarios para la conservación de la misma en una época determinada (STS 5 de abril de 1966, STS 31 de diciembre de 1979, SAP Guadalajara 23 de marzo de 2006). “Valores sobre los que se

funda el cemento de la nación” (Carrascosa González; 2008; 2360). Así, el registro constitucional identifica estos principios fundamentales. Unos principios esenciales y absolutos susceptibles de actuar como veto en las situaciones internacionales.

Habiéndonos referido a esta cuestión, el Tribunal sí es claro a la hora de fijar que “la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos” (FJ 3), y por tanto, entendemos implícito el permitir los efectos en el territorio que se derive de esa práctica. Si bien la aproximación a la vulneración del orden público internacional no se realiza a través del art. 12.3 CC, alude directamente a las líneas constitucionales para definir aquel. Por lo tanto, lejos de lo expuesto por la profesora, la cuestión parece centrarse, más bien, en el hallazgo de una excusa para la no aplicación de la cláusula del orden público internacional, y es que el Tribunal en la adopción de su fallo —recurrir a la adopción— en ningún caso obvia el contenido del orden público internacional español.

Así, una vez confirmado que el acto es contrario al orden público español, lo que verdaderamente debió haberse argumentado en la fundamentación es el daño que su superación pudiera tener en el sustrato del ordenamiento nacional, recordando que ha de discernirse el asunto hoy tratado de aquellos casos de externalidades producidos por responsabilidad civil extracontractual. A diferencia del segundo escenario, en materia de gestación subrogada, la externalidad negativa no la sufre uno o varios individuos concretos, sino que aquella se extiende a una más elevada estructura supraindividual: la totalidad de la sociedad española.

Como acertadamente señala Carrascosa González, “los datos específicos del supuesto concreto constituyen la clave fundamental para decidir si debe o no debe intervenir la cláusula de orden público internacional”, o en este caso, la excusa de su mediación. Es innegable el conflicto que surge entre el interés público y privado, como también es indudable que el orden público internacional español imposibilita *de iure* la eventualidad de fallar, sin más, en la aceptación de los efectos causados por la norma de conflicto en su remisión al ordenamiento extranjero. Así, la apreciación de la posibilidad de excusar la falta de aplicación del orden público internacional español en el asunto deberá de atenderse bajo la lupa de la economía de los derechos, es decir, estudiar el coste —daño— a asumir por una u otra parte en función del sentido del pronunciamiento, de tal modo que el sujeto que pueda soportar el fallo no deseado a un menor coste será el que acabe enfrentándose a aquel. (2008; 2355 y ss.). Así las cosas, debemos comprender holísticamente las posiciones de las partes, los derechos involucrados y su tratamiento por parte del Alto Tribunal para obtener la “solución menos mala” en términos de eficiencia jurídica.

En lo que concierne al coste al que se rinde el ordenamiento, nos remitimos a lo señalado hasta el momento: el sometimiento de los valores sobre los que se eleva el Estado sin olvidar que el resquebrajamiento de este a través de una excepcionalidad puntual podría resultar en una excepción orgánica a la norma. Ahora bien, ¿en qué medida afecta el fallo de la STS 277/2022, de 31 de marzo, a las diferentes partes involucradas? ¿Y si su sentido hubiese sido el contrario? Estas serán las principales cuestiones que atenderemos. Consiguientemente, el mantenimiento de una perspectiva amplia de los sujetos partícipes en el mismo nos permite una comprensión más profunda del razonamiento y resultado de la decisión, proporcionando así un análisis más detallado de las repercusiones sobre los intereses de la totalidad de los actores comprometidos que nos ayuda a responder

a la cuestión que encierra el asunto: ¿queda justificada la inaplicación de la cláusula del orden público internacional en un supuesto como el presente?

#### **IV. Desequilibrio de posiciones y eficiencia jurídica**

Si bien el señalamiento de los sujetos que toman parte de la controversia podría considerarse una cuestión menor por su manifiesta evidencia, su atención es especialmente relevante para desmembrar la argumentación que orbita alrededor del encaje en el ordenamiento del resultado que pretenden los defensores de esta práctica. La STS 277/2022, de 31 de marzo, parece atender de forma desigual a aquellos. Los diferentes apartados que el Tribunal dedica a su consideración para el tratamiento y ponderación de sus derechos es notoriamente desequilibrado, dedicando exclusivamente sus esfuerzos en la comprensión del estatus del menor sobre el que se reclama la filiación. Resulta así en el desentendimiento de la posición de la madre gestante y como hemos venido argumentando, más sorprendentemente, del interés de la sociedad española en su conjunto para el mantenimiento de sus fundamentos jurídicos básicos e imperativos. Posiciones que tensan el argumento en direcciones dispares.

##### **1. El interés superior del menor**

El interés superior del menor es, sin duda, el argumento que inclina definitivamente la balanza para la decantación del sentido del pronunciamiento. Este principio se erige como la piedra angular de la fundamentación jurídica en el asunto, acercándose sinuosamente a su concepción bajo la lupa del *custody law* (Ravetllat Ballesté; 2012; 95). Una concepción que se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente, para reclamar su efectividad (art. 39 CE). Sin embargo, cuando nos referimos a esta noción y su determinación empiezan a surgir las primeras divergencias ¿quién y cómo decide cuál es y cómo se concreta ese interés? Cuando el Tribunal Supremo hace referencia al interés superior del menor y le dedica, con el celo merecido, prácticamente la totalidad de sus letras, realiza un ejercicio de proyección a futuro. Un enfoque que pretende facilitar la formación y desarrollo personal del menor (Roca Trías; 1994) y para el que trae convenios internacionales en los que España es parte. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño o el Protocolo Facultativo de la misma.

Tal y como referencia Lara Aguado (2022; 12), el dilema al que tiene que hacer frente el Tribunal Supremo es cómo compatibilizar la exigencia de respeto a los derechos fundamentales con la satisfacción del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución. Su labor ha de partir en el esbozo de la composición de los derechos del menor objeto de su interés. Así, el Tribunal identifica la vulneración de dos derechos como resultado de la realización de la técnica a la cual identifica como una “venta de niños” (FJ 3, ap. 5). Por una lado, la dignidad e integridad del mismo —que desde un punto de vista jurídico-formal basta con identificar aquella dignidad del menor con los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad— y, por otro, el derecho a conocer su origen biológico.

##### **A) Dignidad e integridad del menor**

Tal y como expresa el Tribunal, no supone materia controvertida la asunción de que la dignidad del menor se ve confrontada al ser “cosificado” (FJ 3, ap. 9) por medio de un acto de intercambio remunerado o retribuido (FJ 3, ap. 5). Ahora bien, debemos dudar hasta qué punto la solución adoptada por el mismo revierte aquella situación

degradante. La conclusión manifestada en los últimos apartados del pronunciamiento se resume en que la adopción se constituye como “solución que satisface el interés superior del menor [...]” (FJ 4, aps. 11 y ss.). No obstante, a nuestro entender, el juicio de la Sala Primera adolece de la siguiente problemática: 1) La adopción por parte de la demandante del “servicio” perpetúa y consolida el acto denigrante que da inicio a la causa. Al permitir y alentar a que la “futura madre” adquiera la maternidad a través de la adopción se favorece a la aceptación y legitimidad a la transacción, normalizando el tratamiento del ser humano como objeto intercambiable. 2) Que el sujeto que costea la técnica puede ostentar un interés viciado al convertirse en adoptante del menor. Sus motivaciones iniciales pueden estar más centradas en satisfacer su deseo de tener un hijo biológico o, sin el componente genético, en su más temprana etapa de vida, que en el bienestar y los intereses del propio menor. Se plantean así interrogantes sobre si se priorizará el bienestar del menor o se mantiene el enfoque de los deseos de los padres durante el proceso de adopción. Por todo ello, la adopción por parte de los mismos sujetos que desembolsaron una cantidad de dinero a cambio de “un servicio” no garantiza un entorno neutro y aséptico para el menor. Por el contrario, la intervención de una figura ajena a la transacción original sería, a nuestro entender, más proclive a brindar un contexto más objetivo y asegurar que las decisiones se tomen considerando exclusivamente el interés superior del menor, sin influencias o conflictos adicionales.

## **B) Desarrollo de la personalidad**

En cuanto al desarrollo de la personalidad, el Tribunal parece no hacer especial alusión de forma directa. Sin embargo, y tal y como brevemente se ha señalado, las conclusiones de la Sala Primera se suscriben en virtud de una proyección futura del menor y su bienestar. De este modo, ese interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor con miras a posibilitar el *libre* desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). De este modo, la luz que ha de proyectarse deberá ser limitada para la consecución de esa *libertad*. El tribunal no enfoca la cuestión del desarrollo de la personalidad a un objetivo concreto. De sus letras no ha de extraerse un *pleno* desarrollo de la personalidad presumiendo un posible desarrollo completo que responde a unas potencialidades concretas de cada individuo, sino un *libre* desarrollo de aquellas (Santana Ramos; 2014). Cabe esperar que este libre desarrollo de la personalidad refleje un modelo de vida que aún está por determinar, el modelo que cada individuo decide darse a sí mismo en el uso de su libertad personal, por lo que el entendimiento del desarrollo de la personalidad en los conflictos como el hoy comentado ha de comprenderse como la salvaguarda de un estadio de libertad. Si bien no es necesario prescindir de referencia a la felicidad, bienestar personal y al equilibrio emocional y afectivo del menor, su consideración debe limitarse atendiendo a las divergencias orgánicas entre un mero conflicto civil cuyos efectos tienen un alcance privado y otro cuyo impacto es susceptible de sacudir los cimientos del ordenamiento doméstico, como es el caso. De lo contrario, a nuestro juicio, el Tribunal caería en el error de elevar a un mismo plano la felicidad y el bienestar del menor en el sentido más absoluto frente a la vulneración de derechos fundamentales de la madre gestante, y a través de ello, resquebrajar el sustrato del orden nacional. Por ello, cuando la Sala Primera alude a la jurisprudencia del mismo Tribunal y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 4, ap. 8), ha de recordarse que los lazos personales y afectivos que puedan haber surgido —tras “una duración relevante”— han de

protegerse en tanto que responden al desarrollo de la personalidad en su sentido de libertad, no de felicidad.

### **C) El derecho a conocer su origen biológico**

El Tribunal Supremo en su decisión de 21 de setiembre de 1999 proclamó la existencia de un derecho constitucional e ilimitado de las personas adoptadas al conocimiento de su origen biológico. Reconoció el derecho al ejercicio de una acción para conocer, sin necesidad de ejercitar la filiación. La doctrina que este pronunciamiento vino a introducir ha sido refrendada como constitutiva de un derecho *principalísimo*, e incluso catalogado como el más cercano al derecho a la vida. Un derecho fundamental que encuentra su razón en la dignidad humana y cuyo ejercicio contribuye al referenciado desarrollo de la personalidad, debiendo de prevalecer sobre los otros intereses en conflicto (Gonzales Pérez de Castro y Delgado Martínez; 2020; 130)

Tal y como el Tribunal Supremo referencia en su pronunciamiento, la técnica de la gestación subrogada atenta contra este genuino derecho constitucional a conocer nuestro origen biológico. No obstante, en este supuesto, el hecho de no reconocer la filiación a la madre que no aportó material genético en el contexto de la gestación subrogada no debe afectar al derecho del menor a conocer su origen biológico. En tanto que aquel derecho se centra en la identificación de sus progenitores biológicos, no depende necesariamente del reconocimiento legal de la filiación o de los lazos legales establecidos a través de la gestación subrogada. Asimismo, el hecho de que la madre que no aportó material genético no pueda ser reconocida legalmente como madre no impide que el menor pueda tener acceso a información sobre su origen biológico. De este modo, además de la filiación legal existen registros y documentación que pueden proporcionar esta información sobre el origen biológico del menor. Esto puede incluir información sobre los donantes de gametos o detalles sobre la gestación subrogada, como los acuerdos realizados durante el proceso. El acceso a esta información puede garantizar que el derecho del menor a conocer su origen biológico se cumpla sin requerir el reconocimiento legal de la filiación.

## **2. La mujer gestante y la vulneración de sus derechos**

El papel que juega la mujer gestante dentro de la argumentación del Tribunal es prácticamente residual, sin perjuicio de que aquella forma parte de las consideraciones por las que el Ministerio Fiscal sustenta la formulación del recurso de casación y su *situación* es referenciada a lo largo del fondo. Sin embargo, es más que llamativo que el Tribunal haya dedicado una cuarta parte de la fundamentación a la exposición literal del documento contractual suscrito entre las partes (FJ 1). Una opción que no ha de pasarse por alto por su manifiesta intencionalidad. La exposición textual del acuerdo sin detenerse en su comentario permite al lector de la resolución evaluar sus términos. Un examen que lleva necesariamente a transmitir una postura implícita de repulsa y desaprobación hacia el mismo y que expone indirectamente su evidente contrariedad para con el orden público internacional español. Un rechazo que se traslada explícitamente en la enumeración de derechos vulnerados, suspendidos o suprimidos a la madre gestante, a saber: derechos de maternidad, derecho a la salud, derecho a la intimidad y confidencialidad médica, integridad física y moral, dignidad y libertad de movimiento y residencia (FJ 3, ap. 7). Situación a la que, el Tribunal insiste, “no es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante



que vulnera sus más elementales derechos" (FJ 3, ap. 8).

Volvamos a traer las letras con las que se culmina la resolución: "Esta solución —la *adopción*—satisface el interés superior del menor, [...] pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes [...], que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución," (FJ 4, ap. 14). Ahora bien, ¿acaso el compendio de derechos de la madre gestante queda degradado sólo en la medida en la que "se potencia(ra) la práctica comercial"? ¿No es más cierto que el acto de reconocimiento del resultado de una gestación por sustitución comercial, una vez más, perpetúa y consolida su posición? Cuando el tribunal se refiere a que la adopción "intenta salvaguardar [...] los derechos fundamentales de las madres gestantes" surge irremediabilmente la pregunta de en qué medida aquellos actos son correlativos entre sí, y en todo caso, hasta qué punto esa intencionalidad es "suficiente".

### 3. Las expectativas de la madre de intención

Que en el supuesto la mujer que había recurrido a la gestación subrogada para la satisfacción de un deseo no cuenta con ningún derecho subjetivo implorable con respecto a lo dispuesto en el ordenamiento español es algo que no requiere mayor explicación. Así, el Alto Tribunal acertadamente expresa que "el art. 8 del CEDH *no garantiza* el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia" (FJ 3, ap. 12). Si bien su posición en tiempo de llevar a cabo la práctica en un estado cuya legislación es permisiva se reducía a una expectativa, los tribunales nacionales son claros al exponer que la tutela judicial se reserva a derechos consolidados, asumidos e integrados en el haber del sujeto y no a meras expectativas de futuro (SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6, y 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9).

### Conclusiones

Si bien el hilo argumental del Tribunal es a nuestro juicio impreciso, deriva necesariamente a la cuestión paradójica que parece perpetuarse en jurisprudencia del Tribunal Supremo: la incoherencia de permitir en la jurisdicción española el resultado de una práctica que atenta contra los propios cimientos del ordenamiento que la vertebrada. Naturalmente, la aplicación del Derecho extranjero puede vulnerar la estructura jurídica básica de la sociedad de aquel territorio en el que despliega sus efectos, razón por la que el ordenamiento español prevé una cláusula de orden público internacional (art. 12.3 CC), cuya aplicación —siempre de forma excepcional— garantiza la protección y defensa de los "intereses generales", proporcionando la solución menos dañina para el conjunto de los sujetos implicados.

En el caso que nos concierne, la STS 277/2022, de 31 de marzo, identifica felizmente el hecho de que la permisión de que el acto amparado por el ordenamiento mexicano despliegue sus efectos en la jurisdicción española vulnera gravemente el orden público internacional. No obstante, el argumento que los Magistrados elaboran para esquivar su aplicación en favor del interés del menor es, tal y como se ha venido introduciendo desde el inicio de este breve comentario, insatisfactorio por las razones aducidas y que condensamos:

1) La perspectiva seguida por el Tribunal al elaborar su fallo, centrada en el interés superior del menor específico, no debe suponer la omisión de las implicaciones y riesgos que acarrea para con el resto del sistema jurídico doméstico: convertir una excepción puntual al reconocimiento de los efectos de un acuerdo de subrogación en una excepción orgánica de la norma. Al elaborar decisiones basadas únicamente en el interés superior del menor *in concreto*, se corre el riesgo de crear precedentes inconsistentes que alimentan la incoherencia en el trato de la gestación subrogada y acaban deteriorando el orden moral sobre el que se erige el Estado.

2) Es fundamental mantener un equilibrio entre el reconocimiento del interés superior del menor y la preservación del orden público internacional español. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, parece que los derechos de los sujetos involucrados son tratados de forma desequilibrada, presumiendo, en todo caso, que el interés del menor se ve satisfecho a la luz del sentido del fallo. No obstante, a nuestro entender, la solución adoptada por el Tribunal es del todo inconsistente. No observamos que, efectivamente, los intereses del menor hayan sido preservados. Al contrario, somos testigos de la confirmación y perpetuación de su degradación a la vez que los derechos e intereses del resto de sujetos afectados por el negocio son desatendidos. De este modo, es la parte que confió en que sus conductas quedaban sujetas a la Ley designada por la norma de conflicto española la que se ve mayormente satisfecha con el pronunciamiento. La parte que únicamente contaba con una mera expectativa acaba asumiendo un menor coste que resulta siendo repartido, incomprensiblemente, entre el resto de actores implicados. De este modo, entendemos que, en el presente asunto, no hay excusa para la no aplicación de la cláusula del orden público internacional.

Así las cosas, el trato que el Tribunal Supremo otorga a asuntos como el brevemente comentado es, tal y como hemos venido insistiendo, desafortunado para la totalidad de las partes involucradas, por lo que habremos de estar pendientes a futuras argumentaciones que puedan arrojar luz sobre esta delicada cuestión. Hasta entonces, sin duda, continuará siendo objeto de debate e inspiración de textos como el presente.

---

## Referencias bibliográficas

- CUARTERO RUBIO, M.V. (2022) “*E pur... es internacional: una observación a la STS de 31 de marzo de 2022 sobre gestación subrogada*” Centro de Estudios de Consumo, disponible aquí.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008) “Orden público internacional y externalidades negativas” Boletín del Ministerio de Justicia, Año 62, núm. 2065, págs. 2351-2378.
- GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M. Y DELGADO MARTÍNEZ, A. S. (2020) “Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿cuáles son sus límites? una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada” Revista de Derecho. Vol. 22, págs. 115-136.
- LARA AGUADO, A. (2022) “La encrucijada entre el derecho a la identidad personal de menores nacidos por contratos de gestación por sustitución y el respeto a los derechos fundamentales” Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 120, págs. 243-270.

- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012) "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término"  
Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación, Vol. 30, Núm. 2, (Ejemplar dedicado a: Infancia, derechos y educación), págs. 89-108.
- ROCA TRÍAS, E. (1994). "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado", discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Revista Jurídica de Cataluña, núm. 4. págs. 915-992.
- SANTANA RAMOS, E.M. (2014) "Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad" en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 29, págs. 99-113.