

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. MÁS ALLÁ DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SURROGACY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW: BEYOND THE SPANISH SUPREME COURT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 18.07.2015 / Aceptado: 22.07.2015

Resumen: La filiación determinada en el extranjero tras una gestación por sustitución suscita la cuestión de sus efectos legales en España. Se trata de una cuestión tanto técnica como valorativa en la que se han visto implicados la DRGN, los tribunales de justicia y en especial el Tribunal Supremo así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El centro de la polémica real estriba en el alcance de la excepción de orden público internacional en relación con las certificaciones o sentencias extranjeras. Mientras que el TS emplea un orden público antiguo anclado en la férrea defensa de la legalidad española y del modelo español de filiación considerado en abstracto, el TEDH se mueve en una dimensión totalmente diferente. El TEDH sí que ha defendido los derechos individuales y no la autoridad de la Ley. El TEDH sí que ha apostado por el interés del menor y ha dejado claro que la intervención del orden público internacional frente a las decisiones extranjeras relativas a la filiación de los menores nacidos tras una gestación por sustitución debe ser razonada y proporcionada. Sólo de ese modo se protege el derecho a la vida privada y a la identidad personal transfronteriza de los menores.

Palabras clave: maternidad subrogada, gestación por sustitución, filiación, Conflicto de leyes, Ley aplicable, menores.

Abstract: Surrogacy abroad arises difficult problems concerning filiation or the child. With regard to Spain, surrogacy abroad has provoked the intervention of the Spanish “Dirección General de los Registros y del Notariado”, as well as other courts including the Spanish Supreme Court. Finally, the European Court of Human Rights has also rendered different judgments on the matter. The center of the controversy lies in the scope of the public policy clause when it is invoked against the legal effects in Spain of certificates or foreign judgments on surrogacy. While the Spanish Supreme court preferred to use an old public policy anchored in a strong defense of the Spanish law and the Spanish model of filiation, the ECHR is moving in a completely different direction. The ECHR has defended the individual rights above the authority of the Law. The ECHR has committed itself to the interests of the child and has made clear that the involvement of the public policy exception against the recognition of foreign decisions concerning the filiation of the child born after a surrogacy process should be

reasonable and proportionate. Only in this way the right to privacy and to a personal identity of the child may be guaranteed.

Keywords: surrogacy, Conflicts of law, Applicable Law, human rights, welfare of the child, property.

Sumario: II. Introducción. El *Fertility Tourism*. II. Filiación acreditada en el extranjero y sistema jurídico español. 1. Recorrido judicial y registral. La Dirección General de los Registros y del Notariado, los tribunales de Valencia, el TS y el TEDH. 2. Tres tesis en busca de una solución ajustada a Derecho. A) La tesis legeforista. El Derecho español a la conquista del mundo. B) La tesis de la exigencia de la resolución judicial extranjera. La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. a) Puntos clave de la Instrucción. b) Análisis crítico de la Instrucción. C) La tesis de los efectos en España de la filiación determinada en el extranjero mediante decisión registral. III. Orden público internacional español y filiación extranjera de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. 1. Marco legal del orden público internacional español como motivo de denegación de los efectos en España de una filiación acreditada por autoridades extranjeras. 2. La posición del TS español: vulneración del orden público internacional español. A) Aciertos de la STS 6 febrero 2014. B) La vulneración del orden público internacional español según el TS. C) Crítica de la posición del TS sobre el orden público internacional español. a) El interés inferior del menor. b) Falsas soluciones: adopción de los menores / reclamación de la paternidad biológica. 3. La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el interés del menor obliga a limitar la intervención del orden público internacional. A) El atlante dormido despierta. El TEDH y el Derecho internacional privado. B) Los casos suscitados ante el TEDH: “*Labasee*” y “*Menesson*” (2014) y “*Paradiso e Campanelli*” (2015). C) Doctrina del TEDH y la filiación, establecida en el extranjero, de los niños nacidos en virtud de técnicas de gestación por sustitución. D) La teoría (lo que el TEDH dice) y la práctica (lo que el TEDH hace). V. Conclusiones y reflexión crítica final. Filiación extranjera, gestación por sustitución y orden público internacional español.

I. Introducción. El *Fertility Tourism*

1. La gestación por sustitución constituye una técnica de reproducción humana asistida que suscita encontrados y enconados debates éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos y jurídicos¹. Esta técnica no sólo plantea interrogantes jurídicos en sí misma, sino que cuestiona, indica G. CASSANO, el verdadero concepto de “familia” desde el punto de vista social, moral y legal². No se trata de un conjunto nuevo de problemas, pues ya desde hace décadas estos casos eran conocidos³. Y también ya

¹ Las diversas técnicas médicas para una gestación por sustitución aparecen muy bien expuestas, desde el punto de su repercusión jurídica, en C. CAMPIGLIO, “Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo dell’ giurisprudenza (Italian Provisions on Assisted Procreation and International Parameters: The Creative Role of the Courts)”, *RDIPP*, 2014, pp. 481-516. Sobre sus antecedentes, incluso bíblicos, *vid.* muy atinadamente, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood”, *Yearbook of Private International Law*, volume 12, 2010, pp. 619-637. Aspectos de tipo ético ligados a la práctica médica pueden seguirse, entre otros estudios, en E. BLYTH / A. FARRAND, “Reproductive tourism: a price worth paying for reproductive autonomy?”, *Critical Social Policy*, 2005, n.25, pp. 91-114; J.M. CAMACHO, *Maternidad Subrogada: Una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009, <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>. Desde el punto de vista económico las aportaciones revisten el máximo interés. Así, I. LEBOWITZ-DORI, “Womb for Rent: The Future of International Trade in Surrogacy”, *Minnesota Journal of Global Trade*, 1997, n.6, pp. 329-349, explica el fenómeno en términos de “*demand and supply*” en el mercado global del planeta, mientras que A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”, *Diario La Ley*, N° 8055, sección Doctrina, 4 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-11, contempla estos casos como el nacimiento de un nuevo mercado que puede ayudar a minorar la crisis económica en España.

² G. CASSANO, “Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. Brevi cenni per le riforme del terzo millennio”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, pp. 1160-1199. También N. BOUZA VIDAL, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, 2010, pp. 283-306.

³ Ya en los años ochenta del pasado siglo se verificaron los primeros casos de gestación por sustitución (*surrogacy*) (= *vid.* caso *In Re C, (A Minor)* en el Reino Unido, texto en *Family Law Reports*, 1985, p. 846, así como el caso *In The Matter of Baby M*, New Jersey, 1988, texto en www.biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby_m.htm, con nota de S. SANGER, *Harvard Journal*

desde hace años la doctrina ha reflexionado sobre los aspectos legales de la gestación por sustitución⁴. Sin embargo, en fechas recientes se han multiplicado las opiniones y los estudios de todo tipo sobre esta técnica con ocasión de diversos casos que han sido resueltos por tribunales y órganos registrales españoles, extranjeros e internacionales.

2. Desde una óptica del Derecho civil son innumerables las propuestas que han tenido lugar sobre la cuestión desde hace unos años y, especialmente, en España.

Ciertos autores coinciden con el criterio legal vigente en Derecho español, que, como es ampliamente sabido, indica que estos contratos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)⁵ y que el nacido como consecuencia de estos contratos de gestación por sustitución es “hijo” de la mujer que da a luz (art. 10.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Estos especialistas no ven razón alguna para cambiar el criterio legal vigente en España. Aluden al hecho de que, desde su punto de vista, la prohibición debe permanecer para evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre las personas, así como la explotación de la mujer gestante, de forma que se debería confirmar que el estado civil es indisponible por los particulares⁶.

Otros especialistas entienden, por el contrario, que dicha prohibición ha quedado desfasada por la realidad social y que, en consecuencia, debe ser derogada y superada. En esta línea, son numerosos los expertos de Derecho civil que afirman que la Ley española debe admitir la gestación por sustitución, al menos en ciertos casos. En suma, estos especialistas han puesto de relieve que el Derecho español debería admitir la celebración y ejecución de estos contratos así como la filiación de los nacidos en relación con los comitentes (= “*intended parents*”) y no con la madre que da a luz⁷. Claro que a partir de aquí se abre la caja de Pandora y la doctrina civilista, con la mejor de las intenciones, entra con gran frecuencia en auténticos ejercicios de “legefereñismo”, esto es, en la formulación de consejos dirigidos al legislador en los que se le dice a éste “qué es lo que tiene que hacer”⁸.

of Law and Gender, 2007, pp. 67-71), como ilustra M. DISTEFANO, “Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre”, *GenJus*, año II, núm.1, junio 2015, pp. 160-173.

⁴ Vid. en España, la temprana obra de M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ / J.M. MASSIGOGUE BENEGUI, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994. Desde el punto de vista del paradigma contractual, vid. pionero, I. DAVIES, “Contracts to bear children”, *Journal of Medical Ethics*, 1985, vol. 11, pp. 61-65.

⁵ BOE núm. 126 de 27 mayo 2006.

⁶ Vid. *ad ex.*, M.A. SÁEZ-SANTURÚN PRIETO, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8293, sección Tribuna, 15 abril 2014, año XXXV, pp. 1-99; L. BONILLO GARRIDO, “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución” *Diario La Ley*, N° 8070, sección Doctrina, 25 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-2.

⁷ M. ALBERT MÁRQUEZ, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, N° 7863, sección Doctrina, 22 mayo 2012, año XXXIII, pp. 8-13; J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). *Diario La Ley*, N° 7527, sección Doctrina, 3 noviembre 2010, año XXXI, pp. 13-15; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español”, *Diario La Ley*, N° 8415, sección Tribuna, 6 noviembre 2014, año XXXV, pp. 9-15; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, N° 8457, sección Doctrina, 13 enero 2015, año XXXVI, pp. 9-16; M.J. PARRÓN CAMBERO, “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *La Ley*, 1133/2014, 12 marzo 2014, pp. 1-4.

⁸ M. SÁEZ-SANTURÚN PRIETO, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8293, sección Doctrina, 15 abril 2014, año XXXV, pp. 16-18; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8279, sección Doctrina, 26 marzo 2014, año XXXV, pp. 1-14; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso de las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”. *Diario La Ley*, N° 7621, sección Doctrina, 3 mayo 2011, año XXXII, pp. 1-7. A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley*, N° 8162, sección Doctrina, 3 octubre 2013, año XXXIV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, N° 7608, sección Doctrina, 11 abril 2011, año XXXII, pp. 1-6; A.J. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación de la maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, N° 7815, sección Doctrina, 9 marzo 2012, año XXXIII, pp. 8-12; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por

3. Desde la perspectiva del DIPr. el análisis de las cuestiones que plantea la gestación por sustitución suscita tres reflexiones preliminares, bien remarcadas por L. BRUNET⁹.

4. En primer término, debe ponerse de relieve que los conflictos de Leyes son muy acusados en esta materia, tal y como se percibe en el acabado estudio de K. TRIMMINGS / P. BEAUMONT¹⁰. Se observan, en efecto, indica E. LAMM, unas muy profundas divergencias de regulación legal de Estado a Estado¹¹. En efecto, estas diferencias regulativas se aprecian de manera muy significativa en el campo del Derecho privado y en relación, en concreto, con dos cuestiones de capital importancia: (i) la filiación de los menores nacidos tras una gestación por sustitución y (ii) la licitud de los contratos de gestación por sustitución. Además, existen Estados plurilegislativos que cuentan con normativas de signo diverso y contrario sobre la cuestión, como es el caso de los EE.UU. Por otra parte, precisa H. FULCHIRON, la diversidad de legislaciones es muy acusada incluso entre los países miembros del Consejo de Europa y entre los Estados miembros de la UE¹². En suma, desde el punto de vista de las tendencias regulatorias, pueden distinguirse, con A. DURÁN AYAGO y L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, dos grupos de Estados¹³.

Un primer grupo de Estados consideran, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, que los nacidos en virtud de estas técnicas deben ser considerados “hijos” de los comitentes o “*intended parents*” (= sujetos que encargan la gestación por sustitución) y que, en general, estos contratos de gestación por sustitución son válidos y obligan a las partes. En este primer grupo de Estados pueden incluirse Rusia (arts. 51-52 Código de Familia y art. 16 Ley del Estado civil), el Reino Unido (*Human Fertilisation and Embryology Act* 1990), Escocia, State of California, Arkansas, North Dakota, Virginia, Nevada, Grecia (Ley de 19 diciembre 2002), Ucrania (art. 123 Código de Familia), Tailandia, India, Nueva Zelanda, Israel, Sudáfrica, etc. Debe aclararse que en la legislación británica no se admite directamente la filiación del nacido en relación con sus “*intended parents*” sino que la Ley permite una “transferencia de paternidad” en favor de tales sujetos una vez producido el nacimiento¹⁴. En los países que admiten estos contratos de gestación por sustitución y atribuyen la filiación a los comitentes, esta técnica de reproducción humana asistida puede perseguir distintas finalidades que da lugar a los tres grandes modelos ampliamente conocidos al respecto, muy bien expuestos por H. FULCHIRON¹⁵.

Un segundo grupo de Estados entienden que el nacido es, ante la Ley, hijo, exclusivamente, de la mujer que da a luz y no de los comitentes (“*intended parents*”) y que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y carecen de efecto legal alguno. En este grupo de Estados, bien analizados por L. SCOTTI, se encuentran, entre otros muchos países, Alemania, Noruega, Bulgaria, Québec, Portugal, China, Italia, Francia, Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía y, como se ha indicado, España¹⁶. En efecto, el art. 10.1 Ley

encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8309, sección Doctrina, 13 mayo 2014, año XXXV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”, *Diario La Ley*, Nº 8055, sección Doctrina, 4 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-11.

⁹ L. BRUNET, «La globalisation internationale de la gestation pour autrui», *Travail, genre et société*, 2012, n. 28, pp. 199-205.

¹⁰ K. TRIMMINGS / P. BEAUMONT (EDS.), *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

¹¹ E. LAMM, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, Nº 3/2012, pp. 1-49.

¹² H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. p. 566.

¹³ Muy bien sistematizados por A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. pp. 277-283. También L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. pp. 39-42.

¹⁴ C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, XLV, nº 3, 2009, pp. 589-604, esp. pp. 590-591.

¹⁵ H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. 567-568.

¹⁶ L. SCOTTI, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, pp. 267-289, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>. Muy bien sistematizados por H. FULCHIRON, “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. 567-569.

14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida indica que la “madre” de los nacidos será la mujer que da a luz al hijo, no la que contrata a dicha mujer que da a luz, pues “*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*” (art. 10.2 Ley 14/2006). El art. 10.1 de la misma ley 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 renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”. Otros Estados carecen de toda legislación al respecto, pero ante dicho silencio legal, la práctica se muestra contraria a los efectos legales de estos contratos y a la filiación de estos nacidos en relación con sus “*intended parents*”.

5. En segundo término, debe ponerse de relieve que la diferente regulación jurídica de la gestación por sustitución en los distintos Estados provoca, de manera inevitable, que las prácticas de estas técnicas de reproducción humana se internacionalicen. Las personas que residen habitualmente en países con legislaciones restrictivas al respecto tienden a acudir a países con legislaciones más abiertas sobre el particular. Desde el punto de vista jurídico, apunta S. MORTAZAVI, la gestación por sustitución es casi siempre “*internacional*”¹⁷. Por ello, debe aclararse que no es apropiado enfocar el estudio y análisis de la gestación por sustitución en los casos internacionales desde las normas de Derecho Civil español. Más bien al contrario, debe seguirse una óptica estricta de Derecho internacional privado que arranca de las normas legales de Derecho internacional privado aplicables en España, ya sean normas de Derecho de la UE o normas de Derecho español. La proyección y aplicación directa, a los casos internacionales, de la legislación civil española sobre gestación por sustitución resulta completamente impropio y constituye un error metodológico de envergadura que debe evitarse del modo más radical si no se quieren alcanzar conclusiones equivocadas.

6. En tercer lugar, el campo de estudio del Derecho internacional privado debe ceñirse, naturalmente, a los supuestos internacionales de gestación por sustitución (= “*casos con elementos extranjeros*”). En general, los casos más frecuentes son los que se verifican cuando numerosos ciudadanos con residencia habitual en un Estado, como España, cuya legislación es restrictiva sobre el particular se trasladan a países con legislaciones que admiten la gestación por sustitución y que consideran que el menor nacido tras estas técnicas es, legalmente, “*hijo*” de los comitentes, sea de quien sea el material genético aportado. En tales Estados, los comitentes contratan a la “*madre sustituta*” / “*mujer gestante*” y allí nace el hijo. Es frecuente también que regresen a España con el menor y con documentación oficial extranjera, registral o judicial, que indica que dicho menor es, en efecto, “*hijo*” de las personas que contrataron a la madre sustituta, y no de ésta. Bienvenidos al *Fertility Tourism*, -también llamado, de forma políticamente más correcta, “*Cross-border reproductive care*” (CBRC)-, un fenómeno que sólo debe y puede ser abordado con arreglo a los valores, normas y principios del Derecho internacional privado¹⁸. Las aportaciones de la doctrina española sobre los aspectos problemáticos de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado son ya muy abundantes¹⁹.

¹⁷ S. MORTAZAVI, “It Takes a Village To Make a Child. Creating a Guidelines on International Surrogacy”, *The Georgetown Law Journal*, 2012, pp. 2250-2290, (<http://georgetownlawjournal.org/files/2012/08/14Mortazavi.pdf>).

¹⁸ J. COLLINS, “Cross-border reproductive care: now and into the future”, *Fertility and Sterility*, 2010, vol. 94, pp. 25-26; H. FULCHIRON, “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. p. 589; A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. p. 272; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174, esp. pp. 148-149.

¹⁹ *Vid.* entre otros muchos, M. ALBERT MÁRQUEZ, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, N° 7863, sección Doctrina, 22 mayo 2012, año XXXIII, pp. 8-13; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; *Id.*, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BELFUS Y R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la STS 6 febrero 2014”, *REDI*, 2014, pp. 272-277; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (<http://dehesa.unex>).

También deben tenerse presentes las obras y los estudios, ya absolutamente inabarcables, que la doctrina española de Derecho civil ha dedicado estas cuestiones²⁰. Y las contribuciones en otros países

es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1); L. BONILLO GARRIDO “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución” *Diario La Ley*, Nº 8070, sección Doctrina, 25 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-2; N. BOUZA VIDAL, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, 2010, pp. 283-306; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *CDT*, 2009-II, pp. 294-319; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “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”, *CDT*, 2011, pp. 247-262; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, pp. 299-333, esp. pp. 315-331; G.J. CAMARERO GONZÁLEZ “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”. *Diario La Ley*, Nº 7910, sección Doctrina, 26 julio 2012, año XXXIII, pp. 9-12; J. CERDÁ SUBIRACHS, “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”, *Abogados de Familia*, nº 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre 2011, *Ed. La Ley*; A. DURÁN AYA-GO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308; J.M. ESPINAR VICENTE, “La Ley 20/2011 de registro civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *AEDIP*, Nº. 11, 2011, pp. 485-525; J.M. ESPINAR VICENTE, “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley”, en AA.VV., *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, coord. por Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno, Manuel Alejandro Penadés Fons, 2012, pp. 589-604; E. FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret.com*, enero 2010; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, “Gestación por subrogación: puertas en el campo”, en <http://www.economista.es/interstitial/volver/sghome/legislacion/noticias/5587271/03/14/Gestacion-por-subrogacion-puertas-en-el-campo.html> (3 diciembre 2014); J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 1-4; M. GUZMÁN ZAPATER, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731-743; Id., “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El Notario del siglo XXI*, nº 34, 2010, http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion_ver=0; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174; I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>; M.L. DE LA IGLESIA MONGE, “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, *RCDI*, núm. 725, 2001, pp. 1611-1797; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Nota a la Sentencias TEDH 26 junio 2014”, *REDI*, 2014, pp. 238-241; A. LARA AGUADO, “Comentario al artículo 98”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1347-1362; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, 17 enero 2012, pp. 1-7; N. MARCHAL ESCALONA, “Comentario al artículo 96”, J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1311-1329; A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional español”, *RCDI*, núm. 731, pp. 1363-1391; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en S. NAVAS NAVARRO (DRA.), S. CAMACHO CLAVIJO Y A. DE LAMA Y AYNÁ (coords.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516; Id., “Inscripción de la filiación conformada en el extranjero a favor de españoles a través de maternidad de sustitución: Nota a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1244-1252; Id., “Maternidad de sustitución: Nota a la Sentencia JPI nº 15 de Valencia, de 15 de octubre de 2010”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 1072-1078; Id., “Nota la Instrucción de 5 de octubre de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *REDI*, 2010, pp. 264-266; Id., “Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood”, *Yearbook of Private International Law*, volume 12, 2010, pp. 619-637; M.A. PRESNO LINERA / P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014, pp. 9-44; A. QUINONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret*, julio 2009, versión *on line*; C. RUIZ SUTIL, “Comentario al artículo 97”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1331-1346; S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 126, septiembre 2012; J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

²⁰ *Inter alia*, R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950; R. BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR*, n. 8, diciembre 2010, pp.

son extraordinariamente cuantiosas, lo que da una idea de la envergadura de estos fenómenos y de su repercusión teórica y práctica²¹.

25-37, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf>; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, pp. 2117-2119; M.R. DÍAZ ROMERO “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, N° 7527, sección Doctrina, 14 diciembre 2010, año XXXI, pp. 1-7; A.S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 6, 2011, pp. 127-146; M.P. FERRER VANRELL, “Comentario al artículo 10”, en E. LLEDÓ YAGÜE (dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 159-166; J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 1-4; J. HIERRO HIERRO, “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Aranzadi Social*, 2012, n.6, (BIB 2012/2899); T. HUALDE MANSO, “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012, n.10, BIB 2012/132; M.V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2012, pp. 365-381; M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ / J.M. MASSIGOGE BENEIGU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994; L.-F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, *El notario del siglo XXI*, sept. - oct. 2009 n. 27, versión *on line*; L.F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “La posesión del estado de padre como fuente de la filiación”, *diario La Ley*, 27 mayo 2015, pp. 1-10; L. MUÑOZ DE DIOS, “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, n° 34, pp. 45-50; M.J. PARRÓN CAMBERO, “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *La Ley*, 1133/2014, 12 marzo 2014, pp. 1-4; M. PÉREZ MONGE, “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, *RDP*, Julio-Agosto, 2010, pp. 41-64; M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002; F. ROSALES, “Vientres de alquiler”, en <http://www.notariofranciscorosales.com/vientres-de-alquiler/> (18 mayo 2015); S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html); E. RUBIO TORRANO, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 9, 2011, pp. 11-14; M. SÁEZ-SANTURÚN PRIETO, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8293, sección Doctrina, 15 abril 2014, año XXXV, pp. 16-18; A. SALAS CARCELLER, “El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011, BIB 2012/2946; A. SEIJAS QUINTANA, “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”, *Diario La Ley*, N° 8363, sección Comentarios de Jurisprudencia, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 8-10; A. SELMA PENALVA, “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Aranzadi Social*, enero 2013, núm. 9, pp. 223-244; A.J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: Estudio ante un reto normativo*, Granada, 2012; Id., “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el deseo a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp. 1-2.; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, n° 7608, de 11 de abril de 2011; A.J. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación de la maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, año XXXIII, N. 7815, 9 marzo 2012; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”, *Diario La Ley*, N° 8055, sección Doctrina, 4 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-11; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8279, sección Doctrina, 26 marzo 2014, año XXXV, pp. 1-14; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso de las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”. *Diario La Ley*, N° 7621, sección Doctrina, 3 mayo 2011, año XXXII, pp. 1-7; A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley*, N° 8162, sección Doctrina, 3 octubre 2013, año XXXIV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8309, sección Doctrina, 13 mayo 2014, año XXXV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español”, *Diario La Ley*, N° 8415, sección Tribuna, 6 noviembre 2014, año XXXV, pp. 9-15; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, N° 8457, sección Doctrina, 13 enero 2015, año XXXVI, pp. 9-16; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). *Diario La Ley*, N° 7527, sección Doctrina, 3 noviembre 2010, año XXXI, pp. 13-15.

²¹ Las aportaciones de la doctrina comparada son incontables. *Vid.* entre otros muchos, S. BOLLÉE, “Nota a Sent. Cass. Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 577-586; S. BOLLÉE, “Nota a Sent. Cour Cassation 10 marzo 2014 y Sent. TGI Versailles 29 abril 2014”, *RCDIP*, 2014, pp. 619-629; L. BRUNET, “La globalisation internationale de la gestation pour autrui”, *Travail, genre et société*, 2012, n. 28, pp. 199-205; C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, 2009, pp. 589-604; C. CAMPIGLIO, “Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo del giurisprudenza (Italian Provisions on Assisted Procreation and International Parameters: The Creative Role of the Courts)”, *RDIPP*, 2014, pp. 481-516; C. CAMPIGLIO, “La filiazione nel diritto internazionale privato”, en P. ZANTI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. 2, Giuffrè Ed., Milano, 2012, pp. 733-763; G. CASSANO, “Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. Brevi cenni per le riforme del terzo millennio”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, pp. 1160-1199; M. CASTELLANETA, “Dietro l’interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo”, *Famiglia e minori*, 2005-5, pp. 66-69; G. CUNIBERTI, “Nota a la Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. Civile 25 octobre 2007

II. Filiación acreditada en el extranjero y sistema jurídico español

7. La cuestión jurídica por excelencia que surge en estos casos es, desde un estricto enfoque de DIPr., la precisión de la filiación en el orden jurídico español de los menores nacidos en otro país tras una gestación por sustitución. En efecto, tales menores son considerados en ese otro país como “hijos” de los comitentes, lo que contrasta con la postura radical en contrario que existe en España en relación con estos contratos y con la regla de “filiación en favor de la madre gestante” (= “es madre la que pare”)²². Se trata éste de un tema de extraordinaria complejidad técnico-valorativa sobre la que se han sostenido, fundamentalmente, tres tesis. Estas tres tesis han sido defendidas por diferentes órganos judiciales y administrativos españoles así como por autores diversos. Conviene, pues, recordar cuáles son estas tesis y también apropiado resulta tratar de dejar claro cuál de ellas es la más correcta en el sistema legal jurídico español.

1. Recorrido judicial y registral. La Dirección General de los Registros y del Notariado, los tribunales de Valencia, el TS y el TEDH.

8. Diversos actores jurídicos se han pronunciado sobre esta compleja cuestión. Es preciso, por ello, poner *aufs Tapet* el recorrido básico de los casos registrales y judiciales más importantes que han tenido lugar en España o que pueden influir en la solución jurídica de estos casos en España²³.

9. En primer lugar, debe destacarse la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009. Esta RDGRN 18 febrero 2009 se pronunció en relación con el acceso al Registro Civil español de una certificación registral californiana en la que consta la filiación de dos menores nacidos en California a través de procedimientos de filiación por sustitución. La DGRN consideró que dicha certificación registral podía operar como título para la inscripción en el Registro Civil español, que no hacía falta una sentencia judicial sobre la filiación de tales menores y que el orden público internacional español no impedía los efectos jurídicos de la filiación californiana en España. La DGRN ordenó practicar la inscripción registral.

[gestación por sustitución en California]”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 144-153; F. CHÉNÉDÉ, «Les arrêts Mennesson et Labassée ou l’instrumentalisation des droits de l’homme», *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1797-1802; M. DISTEFANO, «Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre», *GenJus*, año II, núm.1, junio 2015, pp. 160-173; M. FABRE-MAGNAN, «Les conséquences vertigineuses de l’arrêt de la CEDH sur la GPA», *Le Figaro* 26/06/2014 (<http://www.lefigaro.fr>); C. FENTON-GLYNN, “Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy”, *Journal of Private International Law*, vol. 10,2014-1, pp. 157-169; H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588; J. GUILLAUMÉ, «Nota a Sents. Cour Cass Francia 13 septiembre 2013», *JDI Clunet*, 2014, pp. 133-148; J. GUILLAUMÉ, «Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014», *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281; P. HAMMJE, «Nota a sents. Cour Cass. Francia de 13 septiembre 2013», *RCDIP*, 2013, pp. 909-915; P. LAGARDE, “Nota a Sent. Cass Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]”, *RCDIP*, 2009, pp. 320-331; E. LAMM, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, Nº 3/2012, pp. 1-49; B. LURGER, «The Austrian choice of law rules in cases of surrogate motherhood abroad – the best interest of the child between recognition, European human rights and the Austrian prohibition of surrogate motherhood», *IPRax*, 2013-III, pp. 282-289; C. MAYER, «Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterchaftsfällen (KG, S. 72, OLG Düsseldorf, S. 77 und VG Berlin, S. 80)», *IPRax*, 2014-1, pp. 57-63; L. SCOTTI, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, pp. 267-289, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>; M. SESTA, «La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale», *Il Corriere giuridico*, 4, 2002, pp. 488-495; S. TONOLO, «Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni», *RDI*, 2014, pp. 1123-1147; S. TONOLO, «La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore», *RDIPP*, 2014, pp. 81-104; K. TRIMMINGS / P. BEAUMONT (Eds.), *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

²² P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1).

²³ A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. pp. 292-295; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. pp. 8-12.

10. En segundo lugar, intervino, a instancias del Ministerio Fiscal, el juzgado de primera Instancia núm. 15 de Valencia mediante sentencia dictada el 15 septiembre 2010, que fue confirmada por la SAP Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011. Ambas sentencias estimaron que la citada RDGRN 18 febrero 2009 era nula y así lo declararon. Entendió la AP de Valencia que debía aplicarse el art. 10 Ley 14/2006 y que, por tanto, el contrato de gestación por sustitución era nulo de pleno derecho y que la filiación debía corresponder a la mujer que dio a luz. En suma, los tribunales valencianos estimaron que la certificación registral californiana no podía surtir efectos jurídicos en España porque no se ajustaba al art. 10 Ley 14/2006. La abogacía del Estado, que representaba a la DGRN en estos procesos, no parece que desarrollara un papel muy beligerante en la defensa de la posición de la DGRN²⁴. En estos procesos del Estado español (= Ministerio Fiscal) contra el Estado español (= DGRN) ganó, lógicamente, el Estado español y en concreto, la posición defendida por el Ministerio Fiscal.

11. En tercer lugar, la Dirección General de los Registros y del Notariado volvió a pronunciarse sobre la gestación por sustitución en los casos internacionales a través de la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución²⁵. En la misma, la DGRN indicó que era posible trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución tal y como había sido acreditada en el extranjero. Para ello era preciso, según la citada Instrucción DGRN, presentar ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acreditase dicha filiación y que se comprobase que la mujer gestante renunció, mediante su libre consentimiento, a su patria potestad y que quedase claro que el menor no había sido objeto de comercio. Esta instrucción produjo un impacto inmediato, muy positivo, en la práctica registral cotidiana de las autoridades españolas.

12. En cuarto lugar, entró en escena el TS, que resolvió el recurso de casación presentado contra la citada sentencia dictada por la AP de Valencia. De manera sintética, conviene recordar que la STS 6 febrero 2014 sostuvo lo siguiente: (i) Que la cuestión no podía resolverse mediante la aplicación pura y simple del Derecho español, esto es, del citado art. 10 de la Ley 14/2006; (ii) Que tampoco era aplicable el art. 9.4 CC, según el cual la filiación se rige por la Ley nacional del hijo; (iii) Que no hacía falta ninguna sentencia o resolución judicial extranjera que acreditase la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución; (iv) Que el único requisito que se exigía para aceptar la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de estos menores contenida en el acta registral extranjera, consistía en acreditar que la certificación registral extranjera no vulneraba el orden público internacional español. El TS entendió que sí lo vulneraba y denegó los efectos jurídicos en España de dicha certificación registral extranjera. Esto es, visto que, a juicio del TS, la resolución o acta registral extranjera en la que constaba la filiación de estos menores en favor de sus comitentes con arreglo al Derecho extranjero vulneraba el orden público internacional español, dicha resolución registral no podía operar como título apto para inscribir tal filiación en el Registro Civil español.

13. En quinto lugar, tomó a palabra el TEDH de modo decidido a través de tres sentencias: (i) STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*; (ii) STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*; (iii) STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*. Ninguno de estos casos tiene relación directa con España. Sin embargo, su incidencia en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución en España desde el punto de vista del DIPr. es innegable. Prueba de ello es que el ATS 2 febrero 2015 se refiere a estos tres casos al resolver un recurso por nulidad de actuaciones en el marco del anterior recurso de casación. También se refiere a los casos fallados por el TEDH el ATS 11 marzo 2015, un auto dictado para subsanar errores materiales en el anterior ATS 2 febrero 2015.

En las citadas sentencias, el TEDH viene a concluir que la certificación registral expedida por autoridades de un Estado en la que consta la filiación de los menores en favor de los comitentes debe

²⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. pp. 8-12.

²⁵ BOE núm. 243 de 7 octubre 2010.

siempre producir efectos jurídicos en un Estado parte en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (= CEDH 1950)²⁶. La razón es que sólo con dichos efectos jurídicos se garantiza el respeto al “derecho a la vida privada” de los menores. De modo adicional, subraya el TEDH que muchas veces es también necesario conceder tales efectos para proteger así el “derecho a la vida familiar” de los menores y de sus comitentes, pues todos ellos constituyen una “familia *de facto*” que tiene derecho a ser protegida. En definitiva, el TEDH indica que la aceptación en un Estado parte de la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución y que consta en una certificación registral dictada en otro Estado, no vulnera, en principio, el orden público internacional del Estado de destino.

2. Tres tesis en busca de una solución ajustada a Derecho.

14. Como se ha puesto de relieve *supra*, la doctrina, la DGRN, el TS y el TEDH han sostenido tres tesis diferentes sobre los efectos legales en España de la filiación legalmente acreditada en otro Estado en relación con los menores nacidos en otro país en virtud de gestación por sustitución. Conviene ahora proceder al examen y valoración de cada una de estas tres tesis para ponderar sus defectos y virtudes y averiguar cuál de ellas encaja mejor con los principios y valores que presiden el sistema jurídico europeo y español.

A) La tesis legeforista. El Derecho español a la conquista del mundo.

15. Algunos estudiosos del tema opinan que la filiación de estos menores debe determinarse, en todo caso, con arreglo al Derecho sustantivo español. Debe aplicarse, siempre, el art. 10.1 Ley 14/2006, de modo que la madre del nacido mediante gestación por sustitución es siempre la mujer que da a luz.

16. Esta tesis legeforista (= se aplica el Derecho sustantivo español aunque la filiación se haya determinado en otro país) se basa en los siguientes argumentos.

1º) *El argumento de la negación del carácter de “decisión” en relación con el documento registral extranjero en el que consta la filiación del nacido en otro país.* El documento registral extranjero, advierten estos autores, no es una “decisión” extranjera. No es más que un mero soporte documental en el que constan “hechos”. Una vez ante el Registro Civil español, dicho documento registral extranjero debe ser calificado por el Encargado del Registro Civil español, que debe comprobar la “realidad del hecho” y la “legalidad” del mismo. Por tanto, según estos expertos, la determinación de la filiación para el Derecho español, de estos menores, constituye una cuestión de “Derecho aplicable” a la filiación y no una cuestión de validez en España de una “decisión (registral) extranjera” sobre filiación del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución.

2º) *El argumento de la consideración de las normas españolas que determinan la filiación en casos de gestación por sustitución como “normas internacionalmente imperativas”.* Al negar que la precisión de la filiación de estos menores constituya una cuestión de validez en España de “decisiones extranjeras”, podría parecer que los valedores de esta primera tesis colocan la solución de la cuestión en manos de las normas de DIPr. que señalan la Ley aplicable a la filiación en los procesos declarativos (= procesos de cognición y no de reconocimiento de decisiones extranjeras). Pues no. Impresión errónea. Nada es lo que parece. Los defensores de esta primera tesis indican, en realidad, que la Ley aplicable a la filiación discutida no se fija a través del art. 9.4 CC (= norma de conflicto española que determina la Ley aplicable a la filiación en los procesos cognitivos), sino que debe aplicarse, en todo caso, el art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Los adalides de esta tesis subrayan que el art. 10 Ley 14/2006 citado es una “norma material imperativa” que debe aplicarse en todos los casos, nacionales e internacionales, que se susciten ante los tribunales y autoridades espa-

²⁶ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243 de 10 octubre 1979).

ñolas. Indican que esta norma defiende intereses estatales, públicos y de la sociedad española de primer orden. Por ello, según ellos, resulta indispensable, forzoso, necesario y obligatorio aplicar dicha norma jurídica a todo supuesto, nacional o internacional, de determinación de filiación en los casos de filiación por sustitución que surjan ante las autoridades españolas. La norma de conflicto española (art. 9.4 CC) debe ignorarse y dejar paso a la aplicación necesaria de este art. 10.1 Ley 14/2006²⁷. Ciertos autores ni siquiera otorgan a este art. 10.1 Ley 14/2006 la calificación de “norma internacionalmente imperativa” sino que se limitan a afirmar que no se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación acreditada en el extranjero porque, simplemente, es “contraria a la legislación española”²⁸.

3º) *El argumento de la lucha contra el fraude*. Los valedores de esta tesis subrayan que, normalmente, en estos casos se produce un “fraude de Ley general” (art. 6.4 CC). Los españoles, se dice, se trasladan al extranjero con el único objetivo de sortear la aplicación del art. 10 Ley 14/2006 y de lograr, así, una concreta filiación del menor a su favor. Se trata, pues, de un fraude de Ley que debe ser sancionado con la ineficacia, en España, de la filiación atribuida al menor en el extranjero y con la aplicación del art. 10 Ley 14/2006, norma legal que se trató de eludir, pues “[l]os actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (art. 6.4 CC).

17. En suma, para los defensores de esta tesis, la filiación materna corresponde a la mujer que ha dado a luz al menor. Los sujetos que contrataron a dicha mujer no son, para el Derecho español, los padres del nacido, diga lo que diga la certificación registral extranjera y el Derecho extranjero del país donde el menor ha nacido.

18. Esta tesis ha sido sostenida, entre otros, por ciertos internacionalprivatistas españoles (J.M. ESPINAR VICENTE)²⁹. También ha sido defendida por una muy nutrida pléyade de expertos en Derecho civil español (C. LASARTE ÁLVAREZ, E. FARNÓS AMORÓS, A.J. VELA SÁNCHEZ, etc.)³⁰. Esta tesis ha sido

²⁷ Muy bien explicado por L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. pp. 12-14.

²⁸ S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 126, septiembre 2012, pp. 1-8, esp. p. 5.

²⁹ J.M. ESPINAR VICENTE, “La Ley 20/2011 de registro civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *AEDIP*, Nº. 11, 2011, pp. 485-525; J.M. ESPINAR VICENTE, “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley”, en AA.VV., *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, coord. por Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno, Manuel Alejandro Penadés Fons, 2012, pp. 589-604.

³⁰ *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, pp. 2117-2119; E. FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret.com*, enero 2010; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, 17 enero 2012, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: Estudio ante un reto normativo*, Granada, 2012; *Id.*, “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el deseo a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp. 1-2.; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 7608, de 11 de abril de 2011; A.J. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación de la maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, año XXXIII, N. 7815, 9 marzo 2012; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”, *Diario La Ley*, Nº 8055, sección Doctrina, 4 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-11; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8279, sección Doctrina, 26 marzo 2014, año XXXV, pp. 1-14; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso de las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”. *Diario La Ley*, Nº 7621, sección Doctrina, 3 mayo 2011, año XXXII, pp. 1-7; A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley*, Nº 8162, sección Doctrina, 3 octubre 2013, año XXXIV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8309, sección Doctrina, 13 mayo 2014, año XXXV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español”, *Diario La Ley*, Nº 8415, sección Tribuna, 6 noviembre 2014, año XXXV, pp. 9-15; A.J.

también apoyada por la SAP Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011 que anuló la RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y padres españoles]. En general, debe ponerse de relieve que la magistratura española sigue esta tesis quizás también porque es una tesis simple: se aplica el Derecho sustantivo español a todo supuesto internacional y no hay que complicar la argumentación con la aplicación de un Derecho extranjero y/o con los efectos en España de una certificación registral extranjera. La Ley española lo resuelve todo (S. SALVADOR GUTIÉRREZ)³¹. Basta repasar de modo somero las afirmaciones de la citada SAP Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011. En efecto, la AP de Valencia indicó que: (i) El contrato de gestación por sustitución era nulo por aplicación del Derecho sustantivo español; (ii) Es aplicable el art. 10 Ley 14/2006 y la filiación materna corresponde siempre a la mujer que dio a luz; (iii) La filiación establecida por las autoridades norteamericanas no puede surtir efectos legales en España por los dos motivos anteriores y porque los sujetos españoles que contrataron a la gestante operaron en “fraude a la Ley”, al trasladarse a California con la única intención de lograr que la resolución norteamericana relativa a la filiación del menor surtiera efectos legales en España.

19. Esta tesis, sin embargo, es incorrecta. No encaja con la regulación positiva de DIPr. aplicable en España. También conviene recordar que esta tesis no ha sido seguida en ningún momento ni por la DGRN ni por el TS ni por el TEDH. En efecto, esta tesis incurre en una serie relevante de errores y por ello debe ser rechazada.

20. a) Primer error: considerar que el acta o certificación registral extranjera no es una “decisión” adoptada por una autoridad extranjera. En esos casos no se trata de determinar la filiación del menor nacido en el extranjero en virtud de gestación por sustitución. Se trata de decidir si una filiación ya establecida legalmente en el extranjero e inscrita en un Registro civil extranjero debe aceptarse o no en España y acceder o no al Registro civil español. No surge ningún “problema de cognición” en el que haya que precisarse la filiación del menor. Surge, por el contrario, un problema de efectos extraterritoriales de decisiones extranjeras en España. El menor ya tiene una filiación. Una filiación otorgada legalmente por autoridades extranjeras. Se trata ahora, simplemente, de decidir si la filiación legalmente asignada por autoridades extranjeras debe y/o puede hacerse constar igualmente en los Registros españoles.

La filiación determinada en un Registro civil extranjero no es un mero “hecho”. En efecto, cuando una autoridad pública extranjera inscribe, en un Registro Público extranjero, el nacimiento de un menor y su correspondiente filiación, no sólo hace constar “hechos”. Hace constar, en realidad “hechos calificados jurídicamente” por dicha autoridad. Hechos que comportan consecuencias legales jurídicas de extraordinaria relevancia. El funcionario del Registro civil extranjero no inscribe el mero hecho de que, por ejemplo, “ha nacido un varón en el hospital X de la ciudad Y, cuyos progenitores son A y B”, sino que inscribe que “ha nacido un varón en el hospital X de la ciudad Y, cuyos padres ante la Ley son A y B”. El funcionario del registro civil extranjero realiza una operación jurídica de primera magnitud, pues hace constar en el registro civil local la filiación del nacido según las normas jurídicas aplicables en dicho país. Así, por ejemplo, el Encargado de un Registro Civil extranjero puede inscribir que ha nacido un varón en el hospital W de la ciudad Z, cuyos padres ante la Ley son las mujeres A y B, porque A es la madre que ha dado a luz y B la esposa de dicha mujer. Es evidente que el funcionario adopta una “decisión jurídica” y que inscribe, precisamente, un hecho con su previa calificación jurídica. En consecuencia, la filiación determinada en un Registro civil extranjero constituye una auténtica “decisión” acordada por una autoridad registral (pública) extranjera. El Registro civil extranjero refleja dicha decisión. Como es natural, los hechos inscritos en el Registro civil español y que constan en una certificación registral extranjera no reflejan una verdad jurídica plena. Tales hechos inscritos en el Registro Civil español se prueban, efectivamente, a través de su inscripción en el Registro civil y se presumen válidos. Ahora bien, tales hechos no reflejan una verdad jurídica inamovible ni matemática. Tales hechos y su inscripción registral pueden

VELA SÁNCHEZ, “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, Nº 8457, sección Doctrina, 13 enero 2015, año XXXVI, pp. 9-16.

³¹ S. SALVADOR GUTIÉRREZ. “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 126, septiembre 2012.

ser impugnados ante los tribunales (arts. 2 y 3 LRC)³². De ese modo, una filiación que consta en acta registral extranjera y que accede al Registro Civil español puede ser perfectamente impugnada ante los tribunales por cualquier motivo establecido en la Ley. Por ejemplo, tras haberse practicado las correspondientes pruebas de ADN. Con arreglo a lo anterior, los arts. 81 y 85 RRC regulan el acceso al Registro Civil español de los hechos y situaciones jurídicas que constan en un documento público extranjero, como un acta registral, y no su “reconocimiento” en el sentido técnico-procesal del término. Por eso la inscripción en el Registro civil español de un acta registral extranjera no produce ningún efecto de cosa juzgada, como sí lo produce, por el contrario, el reconocimiento judicial de una sentencia extranjera dictada en un procedimiento contencioso de filiación. En realidad, los arts. 81 y 85 RRC no regulan ningún “reconocimiento” en el sentido técnico jurídico del término (= procedimiento que dota a la resolución extranjera de los típicos efectos procesales y, en especial, del efecto de “cosa juzgada”). Como es natural, tales preceptos no mencionan, en ningún momento, el término “reconocimiento”. Los preceptos citados se refieren a “practicar inscripción en virtud de certificación de Registro extranjero”, pese a lo sostenido por ciertos autores³³. Como muy bien subraya S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, la inscripción de la filiación en el Registro Civil español no supone “reconocimiento” en España de la misma, por más que la inscripción en el Registro civil posea una importancia práctica muy elevada³⁴.

Por tanto, esta tesis (= “tesis legeforista de la aplicación sistemática del Derecho sustantivo español”) está construida sobre un error clarísimo. El error consiste en no percibir que estos casos plantean una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones” y no una cuestión de Derecho aplicable a la filiación³⁵. Esta tesis arranca del prejuicio, obsoleto y superado, de que sólo las “sentencias extranjeras” son “decisiones extranjeras”, lo que, evidentemente no es así, pues el DIPr. español dispone de cauces para dar efectos jurídicos en España a decisiones pronunciadas por autoridades extranjeras que no son “sentencias judiciales” (*vid.* arts. 81-83 RRC, por ejemplo). Tras haber cometido este primer error de enfoque jurídico, los defensores de esta tesis perseveran en su desacierto al creer que estos casos deben resolverse mediante las “normas que determinan el Derecho aplicable” en DIPr. español, lo que, como se ha visto, no es correcto. El mismo TS ha corroborado sin ambages el palmario error de este enfoque³⁶.

Esta tesis ignora y desdeña la intervención del funcionario registral extranjero. La reduce a la nada. Para esta tesis, lo que consta en el documento público registral extranjero tiene el mismo valor jurídico que lo que consta en una mera y simple certificación expedida por un hospital en la que se refleja el nacimiento de una persona: son “puros y meros hechos”. Es evidente que, si esto fuera así, los arts. 81 y 83 RRC no existirían. Sin embargo, tales preceptos existen y se ocupan de posibilidad de aceptar la inscripción en el Registro Civil español los hechos jurídicos que constan en documentos públicos extranjeros y certificaciones registrales extranjeras. El art. 23 LRC debe ser interpretado en esta misma clave. Es decir, la certificación registral extranjera debe ajustarse a la legalidad española, y en esos casos, la legalidad española está representada por los arts. 81 y 83 RRC y por el ajuste de la certificación

³² Art. 2 LRC: “El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento”. Art. 3 LRC: “No podrán impugnarse en juicio los hechos inscritos en el Registro sin que a la vez se inste la rectificación del asiento correspondiente”.

³³ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood”, *Yearbook of Private International Law*, volume 12, 2010, pp. 619-637, esp. p. 626; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en S. NAVAS NAVARRO (DRA.), S. CAMACHO CLAVIJO Y A. DE LAMA Y AYNÁ (COORDS.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516.

³⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; *id.*, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRÉ (COORDS.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90, esp. p. 79.

³⁵ Es el caso de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 7ª ed., 2013, p. 459.

³⁶ STS 6 febrero 2014, FD 3.2: “La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento (...) Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español”.

extranjera al orden público internacional español en el marco de dichos preceptos³⁷. El art. 23 LRC no significa que todos los actos que afectan al estado civil y que deben acceder al Registro Civil español deben ajustarse a la Ley material española³⁸. Si ello fuera así, sería imposible, por ejemplo, que un matrimonio válidamente contraído en el extranjero en la forma local accediera al Registro Civil español, lo que además de ser absurdo, es contrario a la Ley (*vid.* art. 49 CC).

21. b) Segundo error: otorgar al art. 10 Ley 14/2006 un ámbito de aplicación espacial universal. En realidad, al suscitar problemas de “reconocimiento de decisiones” y no cuestiones relativas a la “declaración de la filiación”, no es aplicable ninguna de las normas españolas que regulan la determinación de la filiación en los procesos declarativos o cognitivos. El art. 10 Ley 14/2006 no es aplicable en estos casos. Sin embargo, como un error conduce inexorablemente a otro error (“*Fallacia alia aliam trudit*”, Terencio, *Andria*, 778-779), resulta que estos autores invocan la aplicación de dicho precepto a estos casos y no sólo eso: creen que el citado artículo presenta un ámbito de aplicación universal, que se aplica en todos los casos posibles e imaginables, nacionales e internacionales.

Conviene recordar que el legislador no ha establecido un ámbito de aplicación en el espacio de la regla de asignación de la filiación recogida en el art. 10 Ley 14/2006 en favor de la mujer que da a luz³⁹. Dicho precepto no indica que “esta prohibición se aplicará con independencia de la nacionalidad, residencia y país de nacimiento del menor y/o de sus comitentes o de la mujer gestante”. El precepto citado es una norma de Derecho civil que se aplica a los casos que no presentan elementos extranjeros (= casos “meramente internos”) y también a los casos que sí contienen elementos extranjeros pero que resultan regulados por la Ley española debido a la nacionalidad española del (presunto) hijo en virtud del art. 9.4 CC. Estos autores ignoran de modo palmario el art. 9.4 CC (= que establece cuál es la Ley estatal aplicable a la filiación en los casos internacionales), y se inventan el ámbito de aplicación en el espacio del art. 10 Ley 14/2006 contra la voluntad del legislador, que nada dispone al respecto. Muy al contrario, y como expone S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, este precepto no constituye una norma internacionalmente imperativa⁴⁰. Para demostrar que el precepto no está dotado de una imperatividad radical en términos de DIPr. basta recordar dos datos. En primer término, como ya se ha avanzado, el precepto carece de un indicador espacial que proclame su propia aplicación a los casos internacionales de filiación y gestación por sustitución. Y en segundo lugar, observa J.M. DE TORRES PEREA que el art. 10.3 Ley 14/2006 permite que los nacidos tras una gestación subrogada puedan ser inscritos como hijos de un comitente⁴¹. En efecto, un varón comitente puede contratar con una mujer para que ésta geste a su hijo genético. Tras el nacimiento, el varón puede reclamar la filiación del nacido, que será inscrito como su hijo en el Registro civil español. El contrato de gestación por sustitución ha surtido su efecto⁴². Por otra parte, aunque según la legislación española este contrato sea nulo, no se establece ninguna sanción legal para los sujetos que intervienen en estos contratos⁴³. Visto que el art. 10 Ley 14/2006 admite los efec-

³⁷ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174, esp. p. 157.

³⁸ I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>.

³⁹ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 43.

⁴⁰ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; *id.*, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRÉ (COORDS.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90, esp. p. 84.

⁴¹ Art. 10.3 Ley 14/2006: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

⁴² J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

⁴³ I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>; E. FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad

tos legales de una gestación por sustitución, puede afirmarse que el precepto citado no constituye una “norma de policía” porque su observancia no resulta “*crucial para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado*”⁴⁴. Si así lo fuera, no habría excepción posible. Y la hay. Esta tesis es, por ello, una tesis *contra legem* fruto de la febril imaginación nacionalista y de la irrefrenable tendencia legefórista de ciertos autores. Autores que creen, en su fuero interno, que el Derecho español es el más perfecto del mundo y que por ello debe ser aplicado en todos los casos que se planteen ante las autoridades españolas incluso aunque la cuestión no sea determinar la filiación del menor, que no lo es, sino decidir si una filiación ya establecida legalmente en el extranjero debe aceptarse o no en España. Tras ello, naturalmente, como bien apunta G. PENNINGS, latan argumentos no jurídicos que persiguen la imposición de una determinada moral a través del inapropiado cauce del Derecho⁴⁵.

Como consecuencia de lo anterior, estos estudiosos convierten al Derecho español en un “Derecho imperialista”. Es, para ellos, un Derecho aplicable, diga lo que diga el legislador, a todo caso que se suscite ante autoridades españolas, ya tenga muchos o pocos elementos de vinculación con España. Para estos autores, eso da igual: el Derecho español se aplica siempre (= legefórista en estado puro), lo que atenta contra la más elemental seguridad jurídica. En suma, y frente a lo anterior, debe recordarse que el art. 10 Ley 14/2006 sólo es aplicable cuando el Derecho español rige la cuestión *ex art. 9.4 CC* y además, sólo es aplicable, exclusivamente, cuando la cuestión planteada sea una cuestión de determinación de la filiación de una persona nacida tras una gestación por sustitución (= cuestión de “Derecho aplicable”). No es aplicable cuando se trata de precisar si una filiación ya determinada en un Estado extranjero puede ser “importada” con destino a España (= cuestión de validez extraterritorial de decisiones).

B) La tesis de la exigencia de la resolución judicial extranjera. La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

a) Puntos clave de la Instrucción

22. Otros expertos han indicado que es posible trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución tal y como ha sido acreditada por autoridades de otros países y tal y como consta en un Registro civil extranjero. Para ello, indican, es preciso que se presente ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación y que se compruebe que la mujer gestante dio su libre consentimiento para perder su patria potestad y que el menor no ha sido objeto de comercio.

23. Ésta es la tesis que sigue la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243 de 7 octubre 2010). Debido a la citada Instrucción, esta tesis ha sido observada con religiosa fidelidad por los Registros Civiles españoles y a la que hay que atenerse en la práctica todavía hoy día (mayo 2015) si se desea que la filiación determinada en el extranjero en relación con los nacidos mediante técnicas de gestación por sustitución, conste en el mismo sentido en el Registro Civil español. La DGRN abandonó así la tesis que mantuvo en su RDGRN 18 febrero 2009 y cambió de criterio.

subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret.com*, enero 2010; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; Id., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90; M. ATIENZA, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El notario del siglo XXI*, sept oct 2009 n. 27, versión *on line*; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, Barcelona, 2012.

⁴⁴ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174, esp. p. 160.

⁴⁵ G. PENNINGS, “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, *Journal of Medical Ethics*, 2002, n. 28, pp. 337-341.

24. Debe recordarse que tal y como ha indicado la Consulta DGRN 11 julio 2014, esta instrucción de 5 octubre 2010 sigue en perfecto estado de vigencia⁴⁶. No ha sido, en absoluto, derogada por la STS 6 febrero 2014 y ello por dos razones.

En primer lugar, por una razón estrictamente formal. Debe recordarse que una sola sentencia del TS no crea jurisprudencia, por lo que no existe jurisprudencia que pueda ser empleada como “complemento” del sistema legal. Debe igualmente recordarse que los tribunales no pueden derogar normas legales salvo en los casos expresamente contemplados en el ordenamiento jurídico y no es el caso, naturalmente. Compete al legislador el cambio normativo, las derogaciones y la elaboración de nuevas normas legales.

En segundo lugar, por una razón procesal, ya que el objeto del proceso en el caso de la STS 6 febrero 2014 no coincide con el objeto que persigue regular la Instrucción DGRN 5 octubre 2010, lo que debe combinarse con el alcance estrictamente singular, ceñido al caso concreto, que presenta toda intervención del orden público internacional. En efecto, la instrucción DGRN 5 octubre 2010 sólo regula el acceso al Registro Civiles español de sentencias y otras resoluciones judiciales en las que consta la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución en el extranjero y no el acceso de dicha filiación cuando ésta consta en documentos registrales. Por ello, la citada Instrucción está “*plenamente vigente y debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación*” (Consulta DGRN 11 julio 2014). El pleno vigor de la Instrucción se deduce con meridiana claridad de la misma STS 6 febrero 2014, FJ 3, apartado dos, cuyo texto indica: “[c]iertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California. Pero este problema no ha sido planteado en ningún momento en el litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y solo obscurecería la solución del recurso”. A favor de dicho vigor se pronuncia la práctica registral española, que continúa aplicando la instrucción tras el 6 febrero 2014, así como cierta doctrina autorizada que subraya la vigencia de dicha Instrucción de la DGRN⁴⁷. En definitiva, la STS 6 febrero 2014 no impide la inscripción del nacimiento del menor, de su nacionalidad y de su nombre. Sólo impide la inscripción de su filiación en el Registro Civil español y ello sólo en los casos en los que deba intervenir el orden público internacional español.

25. Tampoco ha afectado esta STS 6 febrero 2014 a la efectividad de los permisos de maternidad - paternidad en relación con los nacidos tras una gestación por sustitución, como precisan A. SELMA PENALVA y J. HIERRO HIERRO⁴⁸. En efecto, existe un cuerpo cada vez más nutrido de jurisprudencia que estima que los padres que sean considerados como tales por una resolución o acta registral extranjera o por sentencia extranjera, de los nacidos en virtud de gestación por sustitución, pueden disfrutar del derecho a permiso de maternidad y la subsiguiente prestación (STSJ Madrid, Social, 23 diciembre 2014 [menor nacido en India], STSJ Asturias, Social, 20 septiembre 2012, STSJ Madrid Social 13 enero 2015 [prestaciones por maternidad], STSJ Madrid, Social, 18 octubre 2012 [nacido en California por gestación por sustitución hijo de dos varones]). Estas sentencias se basan para ello en el art. 2.2 RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural,

⁴⁶ Se trata de una consulta y no de una instrucción ni de una resolución como ha sido indicado de modo confuso en F. ROSALES, “Vientres de alquiler”, en <http://www.notariofranciscorosales.com/vientres-de-alquiler/> (18 mayo 2015).

⁴⁷ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. 34; I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>.

⁴⁸ A. SELMA PENALVA, “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Aranzadi Social*, enero 2013, núm. 9, pp. 223-244; J. HIERRO HIERRO, “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Aranzadi Social*, 2012, n.6, (BIB 2012/2899).

cuyo texto indica: “2. *Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento pre-adoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación (...)*”. Estima el tribunal que a estas situaciones es equiparable la filiación por naturaleza establecida por resolución extranjera sin que resulte preciso *exequatur* de la misma en España. Desde el punto de vista del Derecho europeo, las STJUE 18 marzo 2014, as. C-167/12 (CD) y as. C-363/12 (Z) han subrayado que la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente. Igualmente, han señalado que el art. 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, puesto en relación con el artículo 2, apartados 1, letras a) y b), y 2, letra c), de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo. Estas Directivas no se aplican a la situación de la maternidad subrogada y no impiden que un Estado miembro proteja estas situaciones si así se establece en su legislación.

26. A favor de las soluciones aportadas por la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm 243 de 7 octubre 2010), debe subrayarse que ha dado lugar a muy numerosas resoluciones que admiten la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución. Ello significa que la Instrucción citada ha resuelto un problema social y legal de cientos de personas atrapadas, hasta entonces, en un laberinto cretense del que parecía no haber salida (RDGRN [1ª] 30 noviembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos], RDGRN [2ª] 30 noviembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos], RDGRN [1ª] 12 diciembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos], RDGRN [5ª] 23 septiembre 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN [4ª] 23 septiembre 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN [2ª] 23 septiembre 2011 [gestación por sustitución en India: rechazo de la inscripción], RDGRN [1ª] 9 junio 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN [2ª] 9 junio 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN [3ª] 9 junio 2011 [gestación por sustitución], RDGRN [1ª] 27 junio 2011 [gestación por sustitución en Chicago], RDGRN [1ª] 3 mayo 2011 [gestación por sustitución en Estados Unidos], RDGRN [4ª] 6 mayo 2011 [gestación por sustitución en Estados Unidos], RDGRN [5ª] 6 mayo 2011 [gestación por sustitución en India: falta de resolución judicial extranjera], RDGRN [6ª] 6 mayo 2011 [gestación por sustitución en Estados Unidos]).

27. Indica la DGRN que con esta Instrucción de 5 octubre 2010, se persigue “*dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor*” y también proteger “*otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución*”, especialmente, se persigue “*la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres*” y también “*controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato*” de gestación por sustitución. Para asegurar la protección de dichos intereses, la Instrucción citada establece lo siguiente.

1º) *Exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación.* La DGRN exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución en relación con el padre biológico. Los interesados deberán presentar, junto a la solicitud de inscripción de nacimiento, dicha resolución judicial dictada por Tribunal competente ex-

tranjero en la que se determine la filiación del nacido. En consecuencia, y como indica la misma Instrucción, en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, 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. En el fondo, la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 viene a indicar que los títulos registrales extranjeros no son aptos para sustentar la inscripción de la filiación en España, sino que sólo es título determinante la resolución judicial extranjera. Así, indica la RDGRN [5ª] 23 septiembre 2011 [gestación por sustitución en California] que: “[d]ado que, la inscripción practicada en ese Estado de la Unión es mero reflejo de una previa resolución judicial que es la que, en realidad, determina el régimen de filiación de los nacidos, por lo que el reconocimiento de tal resolución ha de constituir un trámite previo e imprescindible para lograr el acceso al registro español de tales relaciones de filiación, tal y como estipula el artículo 83 del Reglamento del Registro Civil” (también RDGRN [4ª] 22 diciembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos]).

2º) *Exigencia de exequatur en España de la resolución judicial extranjera.* Precisa la DGRN que dicha resolución judicial extranjera debe haber obtenido el *exequatur* en España según los convenios internacionales vigentes para España o en su defecto, a través del procedimiento contemplado en las normas españolas de producción interna, esto es, en el art. 954 LEC 1881 o normativa que sustituya a este precepto. Deberá adjuntarse a la solicitud de la inscripción, el auto judicial definitivo, expedido por autoridad judicial española, que ponga fin al *exequatur*.

3º) *Exigencia de reconocimiento incidental.* Si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un “procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”, no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral. En tal caso, el mismo Encargado del Registro Civil controlará, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España (RDGRN [2ª] 30 noviembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos]).

4º) *Extremos a controlar en el reconocimiento incidental.* Cuando el Encargado del Registro Civil español debe controlar, incidentalmente, el reconocimiento de la resolución judicial en España, deberá acreditar varios extremos: (a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; (b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; (d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; (e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado. Estas exigencias persiguen constatar: (a) 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 del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen; (b) Que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores; (c) Una correcta protección del interés del menor y la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

5º) *Decisión del Encargado en torno a la necesidad de exequatur por homologación judicial previo o de reconocimiento incidental registral.* Si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución en el Registro civil español, pues tal resolución extranjera requerirá un previo *exequatur* de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si el encargado del Registro estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción, tal y como se ha visto anteriormente.

b) Análisis crítico de la Instrucción

28. La Instrucción objeto de análisis no ha resuelto satisfactoriamente los problemas jurídicos derivados de la errónea aplicación práctica de la normativa vigente por los Encargados del Registro Civil español. Y no sólo eso. Esta Instrucción ha introducido nuevas exigencias contrarias a la Ley. Diversas críticas generales pueden realizarse en torno al contenido de la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010.

29. a) Primera crítica. *El art. 10 Ley 14/2006 no es aplicable a la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución ya declarada por autoridades públicas extranjeras.* Para que el art. 10 Ley 14/2006 sea aplicable, -algo que la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 toma como presupuesto indiscutible-, debe serlo también, lógicamente, con carácter previo, toda la Ley 14/2006. Y ello sólo ocurrirá si se suscita un “caso declarativo” (= proceso de cognición) que afecta a la filiación de un hijo español (art. 9.4 CC) y no si el hijo es extranjero (= caso en el que se aplica la Ley nacional del hijo y no la Ley española) o si existe una decisión pública extranjera en la que consta ya la filiación del hijo. En este último caso, la cuestión que se suscita no es una cuestión de “Ley aplicable” a la filiación, sino una cuestión de “reconocimiento”, en España, de actas registrales extranjeras. El art. 10 Ley 14/2006 sólo es aplicable cuando la cuestión jurídica suscitada constituye una cuestión de “tutela por declaración”, es decir, cuando se trata de una controversia relativa al Derecho aplicable a la filiación que debe decidirse por las autoridades españolas en el marco de un “proceso de cognición directo”.

30. b) Segunda crítica. *La exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos tras gestación por sustitución es una exigencia contraria a la Ley.* Los arts. 81 y 85 RRC permiten la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento acaecido en país extranjero mediante la presentación de un acta registral extranjera, que opera como “título válido” para la inscripción en España. Tales preceptos no exigen, a los efectos de la inscripción del hecho en el Registro Civil español, que los funcionarios del Registro Civil extranjero hayan aplicado el Derecho sustantivo español. Tampoco exigen que se haya dictado una “resolución judicial” relativa a la gestación por sustitución. De hecho, cientos de certificaciones registrales de nacimiento y filiación, expedidas por Registros civiles extranjeros se emplean como títulos válidos de la inscripción en el Registro Civil español cada día y a nadie se le ocurre pedir a los solicitantes que aporten una “sentencia judicial”. La certificación registral extranjera es válida en sí como título para la inscripción, pues de modo transparente así lo indica el art. 85 RRC⁴⁹.

Una Instrucción de la DGRN no puede vulnerar un Reglamento contenido en un Decreto aprobado por el Consejo de Ministros (Decreto de 14 noviembre 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil). Ni tampoco puede vulnerar el art. 9.4 CC, precepto contenido en una norma con rango de Ley ordinaria (art. 1.2 CC). Por lo tanto, esta Instrucción de la DGRN, que exige condiciones no requeridas por el art. 81 y 85 RRC para la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento que ya consta en un acta registral extranjera, carece de validez. En definitiva, la tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante sentencia judicial es una tesis equivocada, pues ignora la existencia y significado de los arts. 81, 83 y 85 RRC, que para algo están.

31. c) Tercera crítica. *Judicialización de la función registral.* Esta exigencia de previa resolución judicial persigue eximir de sus responsabilidades legales a los encargados del Registro. Éstos quedan exonerados de tener que calificar e inscribir actas registrales extranjeras de nacimiento en estos casos de gestación por sustitución. Sólo inscribirán tales nacimientos si, previamente, los jueces españoles han otorgado un “reconocimiento” a la resolución judicial extranjera. Sin embargo, esta “judicialización artificial” e innecesaria de los hechos con relieve registral resulta contraria, precisamente, a la

⁴⁹ A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. p. 295: “*Es simple y llanamente equivocar el objetivo. El problema no es que una certificación registral extranjera no pueda acceder al Registro Civil español, sino el procedimiento que debería seguir si el asiento del que da fe está basado en una resolución judicial, en cuyo caso, sería ésta la debería ser objeto de reconocimiento*”.

función primordial del Registro Civil: proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria cada vez que haya que probar un hecho relativo al estado civil de las personas (arts. 2 y 92 LRC). Con esta Instrucción de 5 octubre 2010, la DGRN ha judicializado el Registro Civil en estos casos de gestación por sustitución, lo que perjudica gravemente el cumplimiento de la función primordial de tal Registro. Además, esta Instrucción ha descubierto lo evidente: que una sentencia extranjera puede surtir efectos jurídicos en España si obtiene su reconocimiento a través de los mecanismos legales previstos en el Derecho español. Para ese viaje, las pesadas alforjas contenidas en la Instrucción no eran necesarias.

32. d) Cuarta crítica. Judicialización en el extranjero. Esta exigencia obliga a los promotores de la inscripción a “judicializar”, ante tribunales de un país extranjero, el nacimiento de los menores. En efecto, tales sujetos se ven obligados a acudir a un tribunal extranjero aun cuando no haya necesidad de ello por no haber litigio alguno o por no requerir el Derecho extranjero, para acreditar la filiación del nacido, un pronunciamiento judicial (= pues basta que quede acreditado por las autoridades registrales extranjeras).

33. e) Quinta crítica. Requisito de imposible cumplimiento en ciertos casos. Esta exigencia resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. Puede suceder, en efecto, que en el país extranjero del que se trate, la filiación se acredite, exclusivamente, por actas del Registro Civil extranjero del lugar del nacimiento que se extienden a la vista del certificado médico de nacimiento, en el que, con frecuencia, no constan los datos de la mujer que da a luz para salvaguardar su privacidad. Países como India no disponen en su ordenamiento jurídico de un procedimiento judicial destinado a acreditar la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución⁵⁰. Los españoles que han acudido a estas técnicas en la India no pueden beneficiarse del mecanismo recogido en la citada Instrucción (*vid. inter alia*: RDGRN [5ª] 6 mayo 2001, RDGRN [2ª] 23 septiembre 2011, RDGRN [1ª] 30 noviembre 2011).

34. f) Sexta crítica. Olvido del “orden público internacional” como motivo de rechazo del “reconocimiento incidental” en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución. Resulta extremadamente curioso que entre los extremos que, según la DGRN, debe controlar el encargado del Registro Civil español, de modo incidental, cuando se le presenta una resolución judicial extranjera dictada como consecuencia de un proceso de jurisdicción voluntaria o similar, no se haya incluido el “orden público internacional”⁵¹. Mediante *reductio ab absurdo*, podría afirmarse que, si en el futuro un país permitiese que un nacido tras una gestación por sustitución tuviese tres progenitores legales, la resolución judicial de jurisdicción voluntaria en la que constase tal “filiación múltiple” del menor, debería ser reconocida en España, pues la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 no ha incluido esta circunstancia como motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones extranjeras.

35. g) Séptima crítica. El sistema bilateralista de control de la competencia judicial internacional de los tribunales extranjeros es inadecuado. Exigir, para el reconocimiento incidental de la resolución extranjera que ha establecido una filiación en casos de gestación por sustitución, que “el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contem-

⁵⁰ M. AMADOR JIMÉNEZ, “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, en CS, nº 6, julio-diciembre de 2010, pp. 193-217, http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf; A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. p. 266.

⁵¹ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 34; M.A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, (2014), pp. 9-44; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Nota a la Sentencias TEDH 26 junio 2014”, *REDI*, 2014, pp. 238-241; R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950.

plados en la legislación española” es exigir lo que no puede ni debe exigirse. Este “sistema bilateralista” no tiene el más mínimo sentido. Dicho sistema pretende “imponer” al resto del mundo los criterios de competencia internacional de los tribunales españoles. Este sistema arranca del presupuesto, falso y equivocado, de que todos los tribunales de todos los Estados del mundo deben comportarse como los tribunales españoles y que deben aplicar, para declararse competentes, en los casos internacionales, la legislación española. Por estas razones, en 1998 el TS abandonó este criterio y adoptó el “nuevo modelo francés” de control de la competencia judicial internacional del juez que dicta la resolución que ahora pretende ser reconocida en España (Sent. Cour Cass.Civ.I, 6 febrero 1985, *Simitch*: “*existence d’un lien caractérisé entre le pays dont le juge a été saisi et le litige*”): el “sistema de los contactos razonables”. Con arreglo al mismo, el tribunal extranjero que dictó la sentencia debe considerarse como “internacionalmente competente” si el litigio en cuestión presenta “contactos razonables” con el país donde se desarrolló el proceso. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, con buen criterio, y en la línea trazada por el TS, eliminó este sistema bilateralista y lo sustituyó por el sistema de los “contactos razonables” a la hora de controlar los requisitos que debe satisfacer una resolución extranjera de adopción para lograr su reconocimiento en España (art. 26.1.1º LAI).

36. g) Octava crítica. *La confusión entre la filiación paterna y la filiación del padre biológico.* La DGRN estima que el art. 10.3 Ley 14/2006 exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial “*para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución*”. Esta afirmación constituye un error jurídico. En realidad, el precepto no dice lo que la DGRN dice que dice. El art. 10.3 Ley 14/2006 afirma: “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”. Es decir, el precepto sólo exige una resolución judicial para determinar la paternidad “*respecto del padre biológico*” (= y no para determinar la “filiación paterna” como incorrectamente indica la DGRN). Si el nacido ostenta nacionalidad española y la mujer que da a luz al mismo está casada, el padre (legal) de la criatura es el marido de ésta y no hace ninguna falta, diga lo que diga la DGRN, acudir a ningún tribunal ni obtener ninguna sentencia judicial que acredite la “filiación paterna”, ya que para eso existen las reglas de presunción de paternidad recogidas en el Código Civil. Sólo es preciso acudir a la vía judicial en el caso de que el varón que haya aportado material genético en un supuesto de gestación por sustitución impugne la paternidad atribuida *ope legis* al marido de la mujer que dio a luz.

37. En favor de esta instrucción debe subrayarse que ha conseguido que numerosos supuestos de filiación acreditada en el extranjero puedan inscribirse en el Registro Civil español en casos en los que no existe ninguna vulneración del orden público internacional español. Pese a sus carencias técnicas, -nadie es perfecto-, esta Instrucción ha proporcionado un tratamiento jurídico bastante correcto de estos supuestos. En ningún caso, pese a las injustas diatribas recibidas en dicho sentido, se ha legalizado la gestación por sustitución en el Derecho español por vía reglamentaria⁵². La instrucción aborda problemas de Derecho internacional privado, no de Derecho civil. En ese escenario, ha procurado poner en claro los motivos concretos que sí suponen una vulneración del orden público internacional español y aquéllos que no implican violación de dicho orden público⁵³. No potencia ni fomenta ni permite el

⁵² En este sentido, J. CERDÁ SUBIRACHS, “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”, *Abogados de Familia*, nº 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre 2011, *Ed. La Ley*; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, 17 enero 2012, pp. 1-7; R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950; R. BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR*, n. 8, diciembre 2010, pp. 25-37, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf>; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, , 2009, pp. 2117-2119; L. MUÑOZ DE DIOS, “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, nº 34, pp. 45-50.

⁵³ M. GUZMÁN ZAPATER, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731-743; Id., “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El Notario del siglo XXI*, nº 34, 2010, http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion_ver=0; I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal

fraude a la ley española, sino que trata de dar solución a casos en los que la filiación de los nacidos en el extranjero tras una gestación por sustitución ha sido legalmente fijada.

C) La tesis de los efectos en España de la filiación determinada en el extranjero mediante decisión registral

38. Otros especialistas han subrayado que existen normas legales específicas en DIPr. español que permiten “trasladar” al Registro Civil español la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución tal y como consta en la certificación registral extranjera. Tales normas españolas de DIPr. son los arts. 81 y 85 RRC. Estas disposiciones legales exigen el control de ciertos extremos y, especialmente, exigen el respeto del orden público internacional español para poder trasladar al Registro Civil español la filiación que consta en el Registro civil extranjero en relación con los nacidos en virtud de gestación por sustitución.

39. Ésta fue la tesis defendida por la RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y comitentes españoles], por la STS 6 febrero 2014 y por las STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Menesson vs. Francia*, STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, y STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*. En todos estos casos, ni la DGRN, ni el TS ni el TEDH han defendido la aplicación directa del Derecho del Estado de destino (= se rechaza, pues la tesis legeforista del Derecho del Estado de destino), ni se ha exigido que la filiación de los menores haya quedado fijada por resolución judicial y no registral extranjera. Basta, pues, la certificación registral extranjera. Hasta aquí reina el acuerdo entre la DRGN (versión de 2009), el TS y el TEDH. Puede afirmarse, por tanto, que esta tesis es la que encaja de manera más correcta en el sistema español de DIPr.⁵⁴

40. A partir de aquí, una nueva tormenta jurídica se desata y su nombre es “orden público internacional”. En efecto, mientras que el TS entiende que la aceptación en el orden jurídico español de la filiación contenida en la certificación registral extranjera daña el orden público internacional español (= España, Estado de destino), el TEDH en su STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Menesson vs. Francia*, y en su STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, así como la DGRN en su RDGRN 18 febrero 2009, sostienen que ello no es así. A juicio del TEDH y también de la DGRN (versión de 2009), la introducción en el orden jurídico español de la certificación registral extranjera que acredita la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución no sólo no daña el orden público internacional del Estado de destino (= España, en el caso decidido por la DGRN), sino que ésta constituye una solución necesaria para defender, proteger y promover el interés superior del menor.

41. Se trata, por tanto, en este momento, de decidir si la introducción en el orden jurídico del Estado de destino (= *ex hypothesi*, España) de la filiación contenida en la certificación registral extranjera que vincula al menor con sus “padres comitentes” vulnera o no vulnera el orden público internacional español.

III. Orden público internacional español y filiación extranjera de los nacidos en virtud de gestación por sustitución.

1. Marco legal del orden público internacional español como motivo de denegación de los efectos en España de una filiación acreditada por autoridades extranjeras.

42. El art. 81 RRC dispone que el documento auténtico extranjero, “*con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales*”, es título válido para practicar la inscripción del

Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, El notario del siglo XXI, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>.

⁵⁴ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret*, julio 2009, versión *on line*.

hecho de que da fe en el Registro civil español. El documento extranjero debe cumplir diversas exigencias para acceder al Registro Civil español. Así, el documento extranjero debe ser “público” (= debe haber sido autorizado por una autoridad extranjera). Igualmente, el documento extranjero debe haber sido intervenido por autoridad pública extranjera que desempeña funciones equivalentes a las desarrolladas por la autoridad española en la materia. Además, dicho documento debe ser auténtico, para evitar falsificaciones y fraudes. Por último, debe tenerse en cuenta que al Registro Civil español sólo acceden documentos en los que constan actos jurídicamente “válidos”. Sin embargo, el art. 81 RRC no es nada claro en relación con el mecanismo que debe seguirse para acreditar la “validez” del acto o negocio contenido en el documento que pretende acceder al Registro Civil español. Visto que el funcionario extranjero ha aplicado ya una determinada Ley estatal al fondo de la cuestión, lo más oportuno para calibrar si el acto es válido o no lo es, es analizar el encaje de los efectos constitutivos de dicho acto con el orden público internacional español. Esto es, para admitir la inscripción en el Registro civil español del hecho que consta en una certificación registral extranjera, resulta necesario que ésta no produzca efectos que vulneren los principios básicos y fundamentales del Derecho español y que constituyen la estructura jurídica de la convivencia de la sociedad española.

43. Mucho se ha escrito y argumentado sobre la posible vulneración del orden público internacional español derivada de la certificación registral extranjera que acredita la filiación del menor nacido en virtud de gestación por sustitución. Dos grandes tendencias existen al respecto.

En primer lugar, la perspectiva encabezada por el TS, que afirma que una certificación extranjera, registral o judicial, que acredita la filiación de un menor nacido a través de un proceso de gestación por sustitución vulnera, necesariamente, esto es, en todo caso, el orden público internacional español.

En segundo lugar, el enfoque seguido por el TEDH y por la RDGRN 18 febrero 2009, que indica todo lo contrario, esto es, que una decisión extranjera, registral o judicial, que acredita la filiación de un menor nacido a través de un proceso de gestación por sustitución no vulnera *per se / ex ipsa natura sua* el orden público internacional español y aún más: que el reconocimiento de dicha decisión en el Estado de destino es, con extrema frecuencia, necesario para salvaguardar el “interés del menor”.

2. La posición del TS español: vulneración del orden público internacional español.

44. El TS se pronunció sobre la cuestión debatida en su muy interesante STS 6 febrero 2014. Esta sentencia contiene indudables aciertos pero también pronunciamientos muy discutibles.

A) Aciertos de la STS 6 febrero 2014

45. Los aciertos de la STS 6 febrero 2014 son variados y justo es admitirlos. En efecto, no cabe duda de que el TS enfoca muy correctamente diversos aspectos relativos a la cuestión de los efectos jurídicos en España de las certificaciones registrales extranjeras en las que consta la filiación de un menor nacido en virtud de gestación por sustitución.

46. a) Acierto de método: el “método del reconocimiento” vence al “método de los conflictos de Leyes”. El TS acierta de lleno al enfocar el litigio planteado como una cuestión relativa a la validez en España de un acto reflejado en una certificación registral extranjera. No se trata de fijar la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución. No es un proceso de cognición⁵⁵. La cuestión de la inscripción en el Registro Civil español de una filiación ya determinada por autoridades registrales de California constituye, por tanto, una cuestión de validez extraterritorial de decisiones y no una cuestión de “con-

⁵⁵ I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, El notario del siglo XXI, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>.

flicto de Leyes”. El acierto del TS al seguir esa perspectiva es total⁵⁶. En consecuencia, no es aplicable al caso la legislación española, esto es, ni es aplicable al supuesto la Ley 14/2006 ni lo es el art. 9.4 CC. En efecto, hay que poner en su sitio a la norma de conflicto⁵⁷. No se trata ahora de fijar la filiación de un menor sino de decidir, simplemente, si una filiación ya acreditada legalmente por autoridades de otro país y reflejada en una certificación registral extranjera puede producir efectos jurídicos en España mediante su inscripción en el Registro Civil español (STS 6 febrero 2014, FD 3.2)⁵⁸. Las bases académicas y metodológicas del método del reconocimiento han sido correctamente expuestas por doctrina solvente⁵⁹. En el método del reconocimiento, la base del razonamiento judicial no es la norma de conflicto, sino las normas que regulan la cuestión de saber si las decisiones extranjeras deben surtir efectos jurídicos en un concreto Estado (= las normas que regulan la validez de las decisiones extranjeras en España).

Debe recordarse que el TJUE ha calificado como “decisión” un acta registral en la que consta el nombre de un menor y, en consecuencia, la ha tratado como tal (= mediante las normas que siguen el “método del reconocimiento” y no mediante “normas de conflicto”)⁶⁰. La STJUE 14 octubre 2008, as.

⁵⁶ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 12. R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950.

⁵⁷ G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. C de 25 octubre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. p. 148; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *CDT*, 2009-II, pp. 294-319.

⁵⁸ STS 6 febrero 2014, FD 3.2: “Tal como ha sido planteada la cuestión ante este tribunal, no estamos ante un “hecho” que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable. La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español”.

⁵⁹ Explican D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44, que esta distinción clave entre el “método de la norma de conflicto y el “método del reconocimiento” arranca de las valiosas aportaciones de R. AGO, “Règles générales des conflits de lois”, *RCADI*, 1936, vol.58, pp. 245-469, esp. p. 243 y de H. MOTULSKI, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Lib. Recueil Sirey, 1948, *passim*; *vid.* también, H. MOTULSKY, “Les actes de jurisdiction gracieuse en droit international privé”, *TCFDIP*, 1948-1952, pp. 16-31. Estas primeras aproximaciones fueron brillantemente reformuladas e inmejorablemente presentadas por P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, *passim*, cuyas tesis ha seguido la doctrina posterior, como es el caso de H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l’ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2005; P. CALLÉ, *L’acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004; *Id.*, “L’acte authentique établi à l’étranger. Validité et exécution en France”, *RCDIP*, 2005, pp. 377-412; S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004, entre otros muchos.

⁶⁰ *Vid.* al respecto, *inter alia*, J.-J. KUIPERS, “Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law”, *European Journal of Legal Studies*, 2009, vol. 2 num. 2, pp. 66-96; P. LAGARDE, “Nota a STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*”, *RCDIP*, 2009, pp. 86-93; P. LAGARDE, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, Paris, 2013; L. D’AVOUT, “État civil constitué à l’étranger et méthode communautaire de reconnaissance”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 203-216; S. BOLLÉE, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *RCDIP*, 2007, pp. 307-355; D. COESTER-WALTJEN, “Das Anerkennungsprinzip im Domröschenshalf”, en *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 121-132; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243, esp. p. 227; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360; H. GAUDEMÉT-TALLON, “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *RCDIP*, 2008, pp. 513-560; H. MUIR-WATT, “La reconte dans l’espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)”, *Rev. générale proc.*, 1998, pp. 291-311; G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipsée par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520; D. SARMIENTO, “A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista española de Derecho europeo*, núm. 26, abril-junio 2008, pp. 211-233; M.-P. WELLER, «Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?», *IPRax*, 2011-V, pp. 429-436; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Nota a STJCE 2 octubre 2003, *García Avelló*”, *JDI Clunet*, 2004, pp. 1219-1237; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avelló)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 18, 2004, pp. 507-529; M. REQUEJO ISIDRO, “Libertades comunitarias y registro civil: algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución”, *Homenaje R. Arroyo*, Madrid, 2003, pp. 95-107; M.

C-353/06, *Grunkin-Paul*, constituye una inmejorable prueba de ello. Acierta también plenamente el TS al considerar que sólo se puede negar en España el reconocimiento de la sentencia californiana si ésta provoca un resultado manifiestamente incompatible con los principios estructurales y básicos del Derecho español, en particular, con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Es, cómo no, la excepción de orden público internacional. En esta línea, es correcto también que el TS no cuestione las cuestiones de hecho y de derecho del caso objeto de la resolución registral californiana. El TS, al igual que hizo el BGH alemán en su sentencia de 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13, estimó, y nunca puso en duda, que la subrogación se había ajustado a la legislación de California y que la filiación establecida en California resultaba de la aplicación de las Leyes de dicho *State*. La legislación española, igual que la alemana, prohíbe la “revisión del fondo” (= “*révision au fond*”) de la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se pretende y lo mismo puede decirse del sistema de control de las certificaciones registrales extranjeras previo a su acceso al Registro civil (arts. 81 y 85 RRC). Se trata de un sistema de “control de requisitos tasados” y no de “revisión de fondo de la resolución extranjera”. Por tanto, no es correcto revisar las cuestiones de hecho y de Derecho apreciadas por el juez californiano o por la autoridad registral californiana, tales como las pruebas de la filiación, los consentimientos dados por la mujer gestante, la Ley que se aplicó al fondo del asunto, etc. En esto acierta de lleno el TS⁶¹.

47. b) Posibilidad de inscribir directamente en el Registro Civil español una filiación que consta en una certificación registral extranjera. Indica el TS que son aplicables los arts. 81 y 85 LRC y no es preciso exigir ninguna sentencia judicial extranjera en la que conste la filiación de los menores para que se inscriba la filiación de los menores (STS 6 febrero 2014, FD 3.2)⁶². De nuevo acierta el TS con pericia y pleno respeto a los mecanismos legales vigentes. Una certificación registral extranjera en la que consta la filiación de un menor puede acceder al Registro civil español porque así lo disponen los preceptos citados, que perderían todo su efecto útil si se exigiera una sentencia judicial que viniera a decir lo mismo que ya consta en la certificación registral extranjera⁶³.

48. c) No necesidad de que la filiación acreditada en el extranjero se ajuste a las normas legales del Derecho sustantivo español que regulan la filiación. El art. 23 LRC, observa el TS, no supone que todo acto contenido en una certificación registral extranjera deba ajustarse al Derecho sustantivo español. Es preciso un perfecto encaje de dicho acto con el orden público internacional español, que debe ser siempre respetado. Sin embargo, no es necesario que dicho acto contenido en una certificación registral extranjera siga al detalle todas las normas sustantivas españolas. En suma, debe respetarse el orden

SCHERER, *Le nom en droit international privé: étude de droit comparé français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 2004; E. SOMMER, *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern: zu den Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf hinkende Rechtslagen im internationalen Familien- und Namensrecht*, Jena, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2009; S. TONOLO, “La legge applicabile al diritto al nome dei bipoloidi nell’ordinamento comunitario”, *RDIPP*, 2004, pp. 957-976; P. LAGARDE, “Nota a STJCE 2 octubre 2003, García Avello”, *RCDIP*, 2004, pp. 193-202.

⁶¹ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, “Gestación por subrogación: puertas en el campo”, en <http://www.economista.es/interstitial/volver/sghome/legislacion/noticias/5587271/03/14/Gestacion-por-subrogacion-puertas-en-el-campo.html> (3 diciembre 2014).

⁶² STS 6 febrero 2014, FD 3.3: “La forma en que se ha procedido al reconocimiento del título extranjero, la certificación registral de California, es la prevista en el art. 85 en relación al último inciso del art. 81, ambos del Reglamento del Registro Civil. El control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará”.

⁶³ Este debate se encuentra muy bien expuesto, por lo que se refiere a la Ley 20/2001 de 21 de julio, del Registro Civil, en A. LARA AGUADO, “Comentario al artículo 98”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1347-1362, en N. MARCHAL ESCALONA, “Comentario al artículo 96”, J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1311-1329 y en C. RUIZ SUTIL, “Comentario al artículo 97”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1331-1346.

público internacional español, no el Derecho sustantivo español⁶⁴. Por ello, la inscripción de la filiación contenida en la certificación registral extranjera será posible si ésta no vulnera el orden público internacional español (STS 6 febrero 2014, FD 3.3 y 3.4)⁶⁵. El TS, con acierto, elimina, condena y descarta la lectura absurda y legefórista del art. 23 LRC, sostenida por ciertos autores, según la cual, toda certificación registral extranjera que se presente ante el Registro Civil español como soporte de una inscripción debe respetar el Derecho sustantivo español. No se trata de que el mundo entero se ajuste al Derecho sustantivo español. Se trata, simplemente, de que la certificación registral extranjera respete el orden público internacional. El orden público internacional está compuesto por “principios” jurídicos esenciales del Estado de destino y no por las “normas” del Derecho del Estado de destino. Esta afirmación (= el orden público está compuesto por “principios” y no por “normas”) se sustenta en el carácter restrictivo de la excepción de orden público internacional. En efecto, el orden público internacional sólo opera de manera restrictiva si se configura como un “conjunto de principios jurídicos y no como un “conjunto de normas jurídicas” del Estado de destino. Por ello, una mera diferencia de la legislación entre el Estado de origen de la resolución y el Estado de destino de la misma, no supone ni puede suponer una vulneración del orden público internacional de este último Estado. El orden público internacional sólo se activa en el caso de una contradicción intolerable entre, por un lado, el resultado de la introducción de una resolución extranjera en el orden jurídico del Estado de destino y por otro lado, los valores fundamentales del Derecho de dicho Estado de destino, como ha indicado la sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13 en relación con los efectos legales en Alemania de la filiación acreditada en los EE.UU en un supuesto de gestación por sustitución.

49. d) *Los comitentes y los nacidos en virtud de gestación por sustitución constituyen una “familia”*. El TS admite que el núcleo social formado por los padres comitentes españoles y los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución constituye una “familia” y así debe ser calificado. Esta familia merece una protección por parte del sistema jurídico español, pues así lo indica el art. 39 CE 1978⁶⁶.

50. e) *Correcto análisis del art. 10 Ley 14/2006 como una norma que contiene un principio que forma parte del orden público internacional pero no como una norma internacionalmente imperativa*. El art. 10 Ley 14/2006 no es una norma material imperativa que se aplique sistemáticamente en todos los casos en perjuicio de las normas de conflicto españolas. En este punto, las afirmaciones del TS al respecto deben ser analizadas *cum grano salis*. En efecto, el TS sólo indica que “*las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español*” (STS 6 febrero 2014, FD 3.7 *in primis*). Ello no significa que dicho precepto se aplique a todo caso internacional. Significa, en realidad, que, según el TS, de tal precepto se puede extraer un principio irrenunciable que forma parte del orden público internacional español y que está compuesto por dos elementos: (i) la nulidad de los contratos de gestación por sustitución; (ii) el establecimiento de una regla obligatoria sobre la filiación materna de los nacidos tras una gestación por sustitución, que corresponde a la mujer que da a luz⁶⁷. Nótese que el TS no indica que el art. 10 Ley 14/2006 sea una “norma de orden público”, ni que sea una “norma de aplicación necesaria” ni que opere como una “norma material internacionalmente imperativa” o algo semejante. El TS utiliza el verbo “*integrar*”, lo que significa que, para el TS el precepto citado

⁶⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 15.

⁶⁵ STS 6 febrero 2014, FD 3.4: “*De lo expuesto se deriva que la “legalidad conforme a la Ley española” de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación)*”.

⁶⁶ STS 6 febrero 2014, FD 5.11.

⁶⁷ Otra interesante lectura puede seguirse en L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 14.

contiene un “principio” que se debe incorporar al contenido del orden público internacional español. Como expresa el mismo TS (STS 6 febrero 2014, FD 3.11 *in fine*), la razón de la negativa a aceptar la filiación fijada en California no es que dicha filiación no se ajuste milimétricamente a lo dispuesto en el art. 10 Ley 14/2006, sino el hecho de que vulnera el principio que se contiene en dicho precepto legal y que forma parte del orden público internacional español⁶⁸. Si el TS hubiera considerado este precepto como una “norma de aplicación necesaria” o “norma internacionalmente imperativa” o “norma de orden público”, no habría dedicado tan numerosos párrafos a la intervención del orden público internacional español. Le habría bastado con afirmar que la certificación californiana es contraria al art. 10 Ley 14/2006 y que, por tanto, no surte efectos jurídicos en España al no acomodarse a la Ley. Y no es eso lo que expresa el TS. En efecto, si el TS hubiera calificado al art. 10 Ley 14/2006 como “norma internacionalmente imperativa”, la situación jurídica habría quedado regulada de modo necesario por dicha norma jurídica española. En consecuencia, si ello hubiera sido así, no habría ninguna necesidad de recurrir al orden público internacional español para rechazar los efectos jurídicos, en España, de una decisión pública extranjera. En este sentido, y sólo desde un enfoque estrictamente metodológico, el TS acierta. En efecto, el art. 10 Ley 14/2006 no es una “norma de orden público” o una “norma internacionalmente imperativa” o una “norma de policía”.

De todos modos, no hay que perder de vista la auténtica intención del TS. El TS ha querido asegurar que el art. 10 Ley 14/2006 se aplique a los casos de filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución y a través de la cláusula del orden público internacional. Se trata, como indican M.A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, de un fenómeno claro: “una prohibición de mera legalidad, como es la prevista en el citado art. 10 LTRHA, [es] elevada a la categoría de orden público. Tal opción no se justifica como mecanismo de control al reconocimiento”⁶⁹. Eso es lo que quiere hacer el TS y eso es lo que hace. Subraya S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ que, en realidad, el TS busca el respeto de “la legalidad española”, esto es, el respeto al art. 10 Ley 14/2006 tantas veces citado⁷⁰. Este último acierto del TS es, por tanto, un acierto estrictamente metodológico que no puede ocultar las fuertes tendencias legeforistas del TS, lo que ya no puede considerarse, de ningún modo, una solución correcta.

B) La vulneración del orden público internacional español según el TS

51. El TS indica que la resolución extranjera en la que consta la filiación de los menores en favor de los comitentes españoles es una “decisión extranjera” que produce efectos contrarios al orden público internacional español (STS 6 febrero 2014, FD 3.10). Se trata de una tesis compartida por numerosos autores⁷¹. Por ello no puede procederse a su inscripción en el Registro Civil español. En consecuencia, al no surtir efectos jurídicos en España la certificación registral norteamericana (= que “desaparece” del orden jurídico español, no puede tenerse en cuenta), resulta aplicable el Derecho sustantivo español. Así, según el TS, la madre de los menores es la mujer que da a luz, pues el TS da aplicación al art. 10 Ley 14/2006. Los “comitentes” no son, para el ordenamiento jurídico español, los padres legales de los menores. Pues bien, todos los puntos susceptibles de crítica en esta STS 6 febrero 2014 giran en torno a la vulneración del orden público internacional por la certificación registral extranjera.

⁶⁸ STS 6 febrero 2014, FD 3.1 *in fine*: “La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina”.

⁶⁹ M.A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014), pp. 9-44.

⁷⁰ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la STS 6 febrero 2014”, *REDI*, 2014, pp. 272-277, esp. p. 275.

⁷¹ STS 6 febrero 2014, FD 3.10: “Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. *Vid.* R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950.

52. Para el TS se produce una vulneración del orden público internacional español por las siguientes razones.

53. a) El “discurso de la dignidad”. *Tratamiento de la mujer y del niño como objetos de comercio.* Para el TS, la gestación por sustitución supone tratar a la mujer gestante y al menor como meras “cosas”, objetos de derechos y no sujetos de derechos. Esto se produce, según el TS, porque el menor y el consentimiento de la mujer gestante son objeto de comercio, se mercantilizan. Al entrar la mujer gestante y el niño en el tráfico mercantil, se permite, a su vez, que determinados intermediarios lleven a cabo negocios con las mujeres y con los niños, que se lucren por ello⁷². A diferencia de la jurisprudencia francesa, el TS no indica que la contrariedad con el orden público internacional se produce porque el “estado de las personas” es una “materia indisponible”⁷³. No obstante, en realidad, el discurso es el mismo: las normas jurídicas que regulan el estado civil de las personas presentan una super-imperatividad. Es un discurso muy querido, por otra parte, también en la doctrina italiana⁷⁴. Tanto que la así también lo ha abrazado con efusión, en un caso de gestación por sustitución en Ucrania, la *Corte di Cassazione* italiana en sentencia de 26 septiembre 2014 n. 24001/14⁷⁵. Debe defenderse la dignidad de la madre gestante, ha subrayado la *Cassazione* italiana. También subraya el TS que este enfoque mercantil posibilita la explotación de la pobreza en la que se hallan ciertas mujeres jóvenes en determinados países, que se ven abocadas a aceptar su papel de madres gestantes contra su voluntad, sólo para poder subsistir⁷⁶. La consecuencia de ello, según el TS, es que al operar de ese modo, se vulnera “la dignidad de la mujer gestante y del niño” y ello vulnera los derechos fundamentales y el principio constitucional de internacional de protección de la infancia. El principio integrante del orden público internacional español que resulta vulnerado por la decisión registral extranjera es el principio de la radical prohibición de los contratos de gestación por sustitución. Dicho principio, según el TS, forma parte integrante del orden público internacional español. Con ello el legislador español defiende, según el TS, la dignidad de la mujer y del menor e impide, al mismo tiempo, el negocio económico que generan estas prácticas. En consecuencia, toda decisión registral extranjera en cuya virtud se establezca una filiación que traiga causa de un contrato de gestación por sustitución resulta frontalmente contraria al orden público internacional español (STS 6 febrero 2014, FD 3.7 *in primis* y FD 3.11 *in fine*)⁷⁷.

⁷² A.G. McEWEN, “So you’re having another woman’s baby: economics and exploitation in gestational surrogacy”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, n.32, pp. 271–304.

⁷³ Dos sentencias dictadas por la *cour de cassation* francesa de 6 abril 2011 habían declarado que la filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución no podía ser aceptada en Francia porque ello vulneraba el principio de indisponibilidad del estado civil de las persona: “en l’état du droit positif il est contraire au principe de l’indisponibilité de l’état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d’autrui, nulle d’une nullité d’ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil” (RCDIP, 2012, p. 722 y nota P. HAMMJE). *Vid.* también Sent. CA Paris 26 febrero 2009 [denegación de reconocimiento de resolución judicial dictada en Minnesota sobre maternidad subrogada por resultar contraria al orden público internacional francés], y Sent. Cass Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]. *Vid.* el magnífico análisis de J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1270.

⁷⁴ M. DELL’UTRI, “Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione”, *Giurisprudenza di merito*, 2010, n.2, , pp. 358-385.

⁷⁵ *Vid.* al respecto, A. FIGONE, “Utero in affitto, il no della Cassazione sulla maternità surrogata”, *www.quotidianogiuridico.it*, 25 noviembre 2014; B. SALONE, “Contrarietà all’ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore”, *Diritto civile contemporaneo*, *www.dirittocivilecontemporaneo.com*, 2014; M. DISTEFANO, “Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre”, *GenJus*, año II, núm.1, junio 2015, pp. 160-173., esp. pp. 166-170.

⁷⁶ STS 6 febrero 2014, FD 3.6: “... en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza”. También STS 6 febrero 2014, FD 5.8: “... la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”.

⁷⁷ STS 6 febrero 2014, FD 3.7 *in primis*: “las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español”. STS 6 febrero 2014, FD 3.11 *in fine*: “La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la

54. b) El “discurso de la discriminación económica”. *Filiación sólo para ricos*. La gestación por sustitución en países extranjeros constituye una técnica de reproducción asistida de alto coste económico y por ello, sólo está al alcance de unos pocos ciudadanos que se lo pueden permitir al contar con elevados ingresos y/o patrimonios. Por tanto, insiste el TS, el establecimiento de la filiación como consecuencia de contratos de gestación por sustitución no estaría al alcance de la mayor parte de la población que quedaría discriminada económicamente⁷⁸. No se refiere en absoluto el TS a la orientación sexual de los padres comitentes, a diferencia de sus colegas de la *Cour de cassation* francesa⁷⁹.

55. c) El “discurso del fraude”. *El Forum Shopping fraudulento*. Especialmente querido por el TS es el “discurso del fraude”, amado también con pasión, mientras ha podido hacerlo, por la *Cour de cassation* francesa⁸⁰. Según el TS, los particulares han llevado a cabo una colocación artificial del supuesto en un país extranjero para huir del Derecho imperativo español, en concreto de la regla de la prohibición de los contratos de gestación por sustitución y de regla de la filiación materna en favor de la mujer que da a luz en estos casos. Según el TS, el caso está estrechamente vinculado con España y por tanto el orden público internacional “español” se ve afectado por el movimiento estratégico internacional realizado por los particulares. Existe un *Forum Shopping* fraudulento practicado por éstos y el modo de castigar dicho comportamiento es negar los efectos legales en España de la decisión jurídica obtenida de modo artificial en el extranjero por los particulares (STS 6 febrero 2014, FD 3.7)⁸¹. Numerosos expertos indican que aceptar en un país con una legislación anti-gestación por sustitución, la filiación establecida en el extranjero en estos casos significa fomentar conductas para vulnerar la Ley mediante su *by-pass* internacional (J. GUILLAUMÉ, M. FABRE-MAGNAN, M. CASTELLANETA)⁸². La *Corte di Cassazione* italiana, en sentencia de 26 septiembre 2014 n. 24001/14, también aludido a este “discurso del fraude”⁸³.

prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina”.

⁷⁸ STS 6 febrero 2014, FD 3.6: “... y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”. Vid. en este sentido, A. SALAS CARCELLER, “Gestación por sustitución y Registro Civil, El Blog de Lacaci & Asociados”, 16 febrero 2014, en <http://lacaciasociados.es/gestacion-por-sustitucion/>.

⁷⁹ La *Cour de Cassation* francesa había estimado que no era posible la transcripción en el Registro civil francés de un acta de nacimiento extranjera en la que el nacido figuraba como nacido “*de deux parents de même sexe*”, pues ello era contrario a un principio esencial del Derecho francés (Sent. Cour Cass Francia 7 junio 2012). Vid. P. HAMMJE, “Nota a sents. Cour Cass. Francia de 13 septiembre 2013”, *RCDIP*, 2013, pp. 909-915. Esto es: la *cour* había denegado esta inscripción en Francia por un motivo totalmente distinto al que ha manejado la STS 6 febrero 2014, es decir, porque resultaba contrario al orden público internacional francés el hecho de que un menor tuviera dos padres del mismo sexo. Motivo que ha cambiado radicalmente: tras la Ley de 17 mayo 2013, tal principio esencial del Derecho francés ya no es tal, pues se admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo y la adopción de menores por parte de los mismos.

⁸⁰ La *cour de cassation* francesa había negado los efectos legales en Francia de estas filiaciones con el argumento de que eran producto de movimientos fraudulentos (Sents. cour cassation 13 septiembre 2013 y 19 marzo 2014). Un magnífico análisis del “discurso del fraude” se encuentra en D. SINDRES, «Le tourisme procréatif et le droit international privé», *JDI Clunet*, 2015, vol. 142, pp. 429-504.

⁸¹ STS 6 febrero 2014, FD 3.7: “Ciertamente, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”. Pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal)”.

⁸² J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1280-1281; M. FABRE-MAGNAN, «Les conséquences vertigineuses de l’arrêt de la CEDH sur la GPA». *Le Figaro* 26/06/2014 (<http://www.lefigaro.fr>); M. CASTELLANETA, “Dietro l’interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo”, *Famiglia e minori*, 2005-5, pp. 66-69.

⁸³ Vid. al respecto, A. FIGONE, “Utero in affitto, il no della Cassazione sulla maternità surrogata”, *www.quotidianogiuridico.it*, 25 noviembre 2014; B. SALONE, “Contrarietà all’ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore”, *Diritto civile contemporaneo*, www.dirittocivilecontemporaneo.com, 2014; M. DISTEFANO, “Maternità surrogata

56. En resumen, para el TS, la vulneración del orden público internacional español tiene lugar por estos tres motivos: (a) La filiación determinada en el extranjero por certificación registral no puede aceptarse en España porque supondría tratar a la mujer gestante y al niño como mercancías, lo que daña la dignidad de ambos: es el “discurso de la dignidad”⁸⁴; (b) Sólo los comitentes ricos podrían beneficiarse de una filiación atribuida en un país extranjero a su favor, lo que crea dos clases de comitentes, los ricos (= únicos que podrían “ser padres”) y los no tan ricos (= que no podrían ser “padres” porque no pueden permitirse acceder a una gestación por sustitución): es el “discurso de la discriminación económica”; (c) La filiación acreditada en el extranjero ha sido buscada a propósito y de modo artificial, en un movimiento fraudulento de los particulares, para burlar la aplicación del Derecho material imperativo español que regula la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución. Es el “discurso del fraude”.

57. A la hora de valorar la vulneración, para el TS, del orden público internacional español, el TS realiza igualmente algunas consideraciones sobre el “interés del menor” cuya importancia en el razonamiento jurídico es capital y que, por ello, conviene recordar con calma.

1º) *Para el TS, el interés del menor está subordinado al respeto a la letra de ciertas disposiciones legales.* Según el TS, la solución a este caso de filiación debe venir de la aplicación estricta de la Ley sin que pueda interferir en ello el principio del “interés del menor”. La Ley se aplica porque se presume, *juris et de jure*, que la Ley refleja ya el “interés del menor”. A juicio del TS, el “interés del menor” es un concepto jurídico indeterminado y controvertido. No puede alegarse tal principio para llegar a una conclusión y solución contraria a lo que dispone la Ley 14/2006. El juez está vinculado por la Ley y por el sistema de fuentes del Derecho. Debe limitarse a aplicar la Ley sin cambiar el sentido literal de la misma mediante un uso alternativo del principio del “interés superior del menor”. Este principio sólo sirve para interpretar la Ley y para colmar sus lagunas pero no para llevar a cabo una “interpretación correctora de la Ley” que permita alcanzar una solución contraria a la letra de la Ley (STS 6 febrero 2014, FD 5.6)⁸⁵. El TS sigue en este punto una línea férrea de positivismo legalista: el Derecho, todo el Derecho, está contenido en la Ley escrita, en las disposiciones legales, y sólo en la Ley. Por ello, para el TS, la Ley debe observarse milimétricamente en todo caso. La Ley es justa porque es la Ley. Toda la Justicia está condensada en la Ley. La Ley debe ser obedecida porque es la Ley. No hay justicia al margen de la Ley.

2º) *Para el TS, el interés superior del menor no es “superior”.* Junto al principio del “interés superior del menor”, indica el TS, concurren otros intereses que, en ocasiones, deben prevalecer sobre el interés superior del menor (STS 6 febrero 2014, FD 5.7)⁸⁶. Por tanto, el principio del “interés superior del menor” no es “superior”, sino “inferior”, ya que hay otros intereses que prevalecen sobre el mismo. En efecto, el TS lleva a cabo un “balance valorativo”. En dicho proceso, el TS indica que no inscribir la filiación que consta en la certificación registral extranjera en el Registro Civil español perjudica a los me-

ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre”, *GenJus*, año II, núm.1, junio 2015, pp. 160-173, esp. pp. 166-170.

⁸⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 18.

⁸⁵ STS 6 febrero 2014, FD 5.6: “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”.

⁸⁶ STS 6 febrero 2014, FD 5.7: “En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene la consideración de “una consideración primordial” a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993”.

nores pero más les perjudicaría inscribirla, puesto que ello significaría permitir el tráfico mercantil sobre los menores y también se producirán perjuicios para la mujer gestante, objeto de comercio ella también (STS 6 febrero 2014, FD 5.8)⁸⁷. En realidad, lo que el TS declara es que el principio del “interés superior del menor” está subordinado a otro interés, otro interés que, éste sí, es verdaderamente superior: la autoridad de la Ley, el imperio de la Ley, el respeto del Derecho positivo, la obediencia a la letra de la Ley, la reverencia al fetichismo mágico de la norma legal. En efecto, como antes se ha subrayado, para el TS el “interés superior del menor” no puede emplearse para desviarse de la solución concreta prevista en la Ley positiva. La Ley manda sobre todo y eso incluye también, su prevalencia sobre el principio del interés superior del menor. La norma manda sobre el principio. Para reducir los efectos negativos que produce sobre los menores la prevalencia de la letra de la Ley sobre el principio “del interés del menor”, sugiere el TS que los “comitentes” siempre pueden intentar reclamar la filiación del padre biológico de los menores y/o solicitar *ex novo* la adopción del menor en España (STS 6 febrero 2014, FD 5.11 y FD 6.14)⁸⁸.

58. El TS también reflexiona sobre (i) los derechos de los menores a su vida privada y, dentro de éste, sobre el derecho a la identidad personal de los menores; (ii) el derecho de los menores a una vida familiar. El TS lleva a cabo una reflexión sobre estos dos elementos a fin de calibrar si la admisión en el orden jurídico español de la certificación registral extranjera vulnera o no vulnera el orden público internacional español. Estos derechos están recogidos en el art. 8.1 CEDH del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950 cuyo texto indica: “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...”⁸⁹. En este contexto, el

⁸⁷ FD 5.8: “Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico”.

⁸⁸ STS 6 febrero 2014, FD 5.11: “Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar”. Vid. igualmente, STS 6 febrero 2015, FD 6.14, añadido por el ATS 11 marzo 2015: “La sentencia dictada por esta Sala, cuya nulidad se pide, resolvió de modo muy diferente a como lo hizo el tribunal italiano. Al entender que, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, el art. 8 del Convenio, que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, acordó «instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite 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 un núcleo familiar “de facto”. | Las consideraciones del párrafo 85 de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la afectación a la identidad del menor no pueden desvincularse de las medidas dramáticas adoptadas en su momento por las autoridades italianas, pues en octubre de 2011 retiraron al menor del núcleo familiar que ya formaba con los comitentes y lo internaron en un centro de acogida cuya ubicación fue ocultada a dichos comitentes, a los que se negó cualquier posibilidad de contacto con el niño; después, las autoridades italianas lo entregaron en enero de 2013 a una nueva familia de acogida, y hasta abril de 2013 el niño no fue dotado de una identidad “temporal convencional”, pues había sido entregado a la familia de acogida sin una identidad determinada (párrafos 22 y siguientes de la sentencia). | En nuestra sentencia, no solo se acordaba instar al Ministerio Fiscal para que ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección en el núcleo familiar “de facto” que pudiera constituir con los solicitantes de la nulidad, sino que en el último inciso del apartado undécimo del fundamento de derecho cuarto se precisaba que «a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido. Por otra parte, una eventual interpretación del párrafo 85 de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo del caso Paradiso y Campanelli en el sentido de que no es admisible desconocer la filiación, fijada en el extranjero, de niños nacidos de una gestación por subrogación sería incompatible con la declaración del propio Tribunal de Estrasburgo de ser conforme al Convenio el no reconocimiento por el juez nacional de la filiación determinada en el extranjero a favor de los comitentes de la gestación subrogada, declaración que se contiene en el párrafo 77 de la sentencia. | Lo expuesto permite concluir, a juicio de la Sala, que la sentencia cuya nulidad se pide se ajusta a los criterios que el Tribunal de Estrasburgo establece en esta nueva sentencia en relación al respeto de la vida privada de los menores, protegida en el art. 8 del Convenio”.

⁸⁹ BOE núm. 243 de 10 octubre 1979.

TS introduce dos consideraciones para intentar demostrar que ambos derechos no se ven perjudicados por el hecho de que, siempre a juicio del TS, la resolución registral extranjera sea considerada contraria al orden público internacional español y no deba producir efectos legales en España.

59. Primera consideración. *Los niños carecen de una identidad verdadera con arreglo al Derecho de extranjero y además el derecho de los mismos a una identidad personal única cede ante la prohibición de la gestación por sustitución.* El derecho de los menores a su vida privada comprende el derecho de los mismos a tener una identidad personal única. Pues bien, según el TS, no se infringe el derecho de los menores a su identidad personal porque tales menores no están vinculados con los EE.UU. No hay que respetar una identidad que los menores tienen en el Derecho de los EE.UU. porque su vinculación con los EE.UU. es artificial, puramente anecdótica, postiza, cosmética, puramente aparente y no verdadera. De esa manera, dice el TS, “[n]o existe un riesgo real de vulneración de una identidad única”, porque, para el TS, la identidad personal que los menores tienen en EE.UU. carece de importancia, ya que es, en realidad, una identidad falsa, artificiosa, aparente, porque si fuera verdadera habría que respetarla (STS 6 febrero 2014, FD 5.9)⁹⁰. Además, el TS subraya que aunque existiera esa identidad personal de los menores con arreglo al Derecho de los EE.UU. y fuera auténtica, debería ceder ante otro interés superior a ese derecho a la identidad personal. Ese otro interés superior es el respeto a la prohibición de la gestación por sustitución establecido por la Ley.

60. Segunda consideración. *Se produce una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH pero se trata de una injerencia permitida por el mismo convenio.* Expresa el TS que, al denegar los efectos legales en España de la certificación registral extranjera que recoge la filiación de los niños, se produce una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH. Sin embargo, según el TS, dicha injerencia está amparada por el propio art. 8.2 CEDH. Es una “injerencia permitida” porque está prevista en la ley, y con la Ley se protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, así como la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, se evita la explotación las mujeres jóvenes gestantes en situación de pobreza, y se impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación (STS 6 febrero 2014, FD 5.10)⁹¹.

C) Crítica de la posición del TS sobre el orden público internacional español.

61. Dicho esto con el máximo respeto, al declarar que la certificación extranjera que atribuye a los comitentes la filiación del nacido tras una gestación por sustitución vulnera el orden público internacional español y por tanto, no debe producir efectos jurídicos en España, el TS se equivoca. La admisión en España de los efectos legales de dicha resolución extranjera no vulnera el orden público internacional español.

⁹⁰ STS 6 febrero 2014, FD 5.9: “Otro argumento de los recurrentes es que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales. Las sentencias de tribunales internacionales que se citan en apoyo de este argumento no sirven para darle adecuado fundamento. Mientras que en los casos enjuiciados en esas sentencias los menores tenían una vinculación efectiva con dos estados distintos (por la diferente nacionalidad de sus padres o por ser distinto el estado de residencia del estado de nacionalidad), en el caso aquí enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos, puesto que los recurrentes acudieron a California solo porque allí era posible concertar un contrato de gestación por sustitución, con la consiguiente determinación de la filiación a su favor, que en España y en los países más cercanos estaba prohibido. No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única”.

⁹¹ STS 6 febrero 2014, FD 5.10: “Tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo : (i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.

62. Las anteriores afirmaciones del TS en torno a la vulneración del orden público internacional español como motivo para denegar los efectos jurídicos en España de la certificación registral extranjera relativa a la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución contienen diversos errores de envergadura, dicho sea, de nuevo, con la máxima consideración que siempre merecen las decisiones del Alto Tribunal. La exposición de los errores argumentales del TS resulta facilitada en extremo por dos elementos.

En primer lugar, estos errores han sido puestos de relieve, paradójicamente, por el mismo TS, ya que el voto particular que acompaña a la STS 6 febrero 2014 recoge de modo muy acertado una relación de la mayor parte de los desaciertos de la sentencia citada.

En segundo lugar, los errores argumentales del TS han quedado al descubierto de modo evidente gracias a una sentencia que, en un supuesto muy similar al que motivó la STS 6 febrero 2014, que fue dictada por el BGH alemán. En efecto, la sentencia del BGH alemán de 10 diciembre 2014 (caso XII ZB 463/13), se enfrentó con el caso de una solicitud de reconocimiento, en Alemania, y subsiguiente solicitud de inscripción, en el Registro Civil alemán, de una resolución dictada en California sobre filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución⁹². Una sentencia dictada por el Tribunal Superior del Estado de California, Condado de Placer, otorgó la paternidad legal a los comitentes alemanes, tras constatar que la mujer gestante había aceptado dicha paternidad y había renunciado a todos sus derechos legales en relación con el niño, todo ello en el marco de un contrato de gestación por sustitución legalmente celebrado en California. Los comitentes eran dos ciudadanos alemanes, ambos con residencia habitual en Alemania, vinculados entre sí en virtud de una “unión civil” registrada en Alemania. El menor era hijo biológico de uno de tales ciudadanos alemanes. Una mujer californiana y con residencia habitual en California gestó al niño y dio a luz, aunque el óvulo procedía de otra mujer, de identidad desconocida. Los comitentes viajaron con el niño desde los EE.UU hasta Berlín, donde viven desde 2011. El Registro Civil alemán se negó a registrar a los comitentes como padres legales conjuntos del menor, tal y como indicaba la sentencia californiana. Ante dicha negativa, los comitentes interpusieron un recurso por el que solicitaron que se ordenase al Registro Civil alemán que procediera a dicha inscripción. Los tribunales alemanes de instancia se negaron a dicha petición. Estos contratos de gestación por sustitución están prohibidos en la legislación alemana y la filiación se determina por el parto y no por el contrato de gestación subrogada. Frente a ello, el BGH consideró que procedía el reconocimiento en Alemania de la resolución californiana, pues ésta no producía efectos contrarios al orden público internacional alemán, y ordenó al Registro Civil alemán el registro del nacimiento del niño y de su filiación en favor de los dos varones alemanes.

63. Los errores en los que incurre el TS al afirmar que la certificación registral extranjera vulnera el orden público internacional español pueden ser agrupados en dos conjuntos argumentativos.

El primero corresponde a la errónea valoración del TS en torno al “interés superior del menor”, entendido, en realidad, por el TS, como el “interés inferior del menor”. Como se verá seguidamente, el TS yerra al situar otros intereses por encima del interés del menor.

El segundo corresponde a la falsa solución que el TS ofrece para que los menores no queden desprotegidos. El TS propone que los menores sean adoptados por los comitentes o que sean colocados en régimen de acogimiento familiar por los comitentes. Como también se verá seguidamente, el TS se equivoca nuevamente, ya que esta “solución” daña los derechos de los menores.

⁹² Vid. <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> y comentario por Jan von Hein y Dina Reis. Sobre la sentencia, T. HELMS, “Abstammung nach in Kalifornien durchgeführter Leihmuttertschaft, Anmerkung zu BGH v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13”, *FamRZ*, 2015, pp. 245-246; B. KURZNACHRICHT, “Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 10.12.2014 - XII ZB 463/13”, *NJW*, 2015, pp. 479-485; C. MAYER, “Procedural recognition of a foreign decision on legal parentage in favor of registered partners in surrogacy cases. Annotation of Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof), 10.12.2014 – XII ZB 463/13 (civil status proceedings)”, *StAZ*, 2015, pp. 33-40; A. SCHWONBERG, „Anerkennung einer ausländischen Entscheidung zur Leihmuttertschaft“, *FamRB*, 2015, pp. 55-56; F. ZWISSLER, „Anmerkung zu: BGH v. 10.12.2014, XII ZB 463/13, Anerkennung einer kalifornischen Entscheidung zur Elternstellung bei Leihmuttertschaft“, *NZFam*, 2015, pp. 118-122.

a) El interés inferior del menor.

64. A la hora de valorar cuál es el “interés superior del menor” como principio fundamental vertebrador del orden público internacional español, el TS, dicho nuevamente con todo respeto hacia el alto tribunal, incurre en una profunda serie de errores, equivocaciones, inexactitudes y desaciertos que pueden ser concretados en los siguientes puntos.

65. a) *El TS no valoró una infracción del orden público internacional español en el caso concreto.* El error más grave de la argumentación del TS radica en su razonamiento en abstracto a la hora de decidir si, en este caso, se produce una vulneración del orden público internacional español. Como indica el voto particular a la STS 6 febrero 2014, “*la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso*”. Esto es, precisamente, lo que el TS no hace en esta sentencia⁹³. El TS se limita a decir, expresado en pocas palabras, que la gestación por sustitución está totalmente prohibida por el Derecho español, que tal prohibición tiene como objetivo salvaguardar derechos fundamentales de los menores y de las mujeres, que dicha prohibición reviste una importancia de primera magnitud en el ordenamiento jurídico español y que, en consecuencia, no se admitirá ninguna certificación registral extranjera, y presumiblemente tampoco ninguna sentencia extranjera, que atribuya a los comitentes la filiación del menor nacido mediante gestación por sustitución.

Ahora bien, para que pueda intervenir el orden público internacional español resulta absolutamente preciso bajar a la arena de los hechos concretos y de las circunstancias fácticas del supuesto en cuestión, tal y como ha hecho el BGH en la citada Sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13. En el caso fallado por la STS 6 febrero 2014, debería haber quedado demostrado que los niños nacidos en California fueron objeto de comercio, que la madre gestante fue engañada y prestó un consentimiento no informado, o que vendió sus servicios con exclusivo ánimo de lucro y percibió beneficios indebidos o que la mujer gestante fue obligada a prestar sus servicios porque concurrió intimidación, violencia, o porque su situación de pobreza hizo que tuviera que aceptar su papel de mujer gestante o bien, finalmente, que la mujer gestante no quiso en ningún momento renunciar a su patria potestad sobre el menor. Sólo en tales casos, efectivamente, el menor y la dignidad de la mujer gestante quedan perjudicadas y sólo en ese caso existe vulneración del orden público internacional español. Sólo en ese supuesto resultará que atribuir a los comitentes la filiación de los menores y dejarlos al cargo de unas personas que han participado en tan execrables hechos daña el orden público internacional español, porque ello coloca a los menores en una “situación extrema” que les perjudica. La dignidad de la mujer gestante consiste en su derecho a ser tratada como un ser humano y no como objeto de comercio, de modo que si se producen las antes señaladas prácticas, -violencia física o psicológica sobre la mujer, engaño a la misma, consentimiento no informado de la mujer, compra de su maternidad, etc.-, la mujer gestante quedaría en una situación de desigualdad o injusticia respecto de otras personas porque no se la habría tratado con la dignidad que merece todo ser humano⁹⁴.

⁹³ Como señala M.A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014, pp. 9-44. *Vid.* igualmente, I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-ronica-de-un-desencuentro>: “*El segundo gran error de la STS de 6 de febrero de 2014 estriba en su incorrecta construcción de la cláusula de orden público internacional en este ámbito. Por lo pronto la sentencia olvida -al contrario que el voto particular- que el control del orden público, tal y como el propio TS ya ha proclamado en otras ocasiones (p.ej., en su Auto de 21 de abril de 1998), no se realiza respecto de una determinada institución (en este caso, la gestación por sustitución), sino respecto de los efectos que supondría la inscripción del concreto documento extranjero (en el presente supuesto la certificación californiana) en España. En otros términos, el control del orden público cuando se trata de determinar si se da o no eficacia a documentos públicos extranjeros no consiste en hacer un juicio en abstracto de la compatibilidad de una determinada figura o institución con nuestro orden público sino en determinar si en cada caso concreto, permitir que dicho documento despliegue o no efectos en España supone una violación flagrante de principios, derechos y valores esenciales de nuestro ordenamiento*”.

⁹⁴ M.A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014), pp. 9-44; C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, XLV, n° 3, 2009, pp. 589-604.

Como ha indicado la sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13, tanto en el caso fallado por el BGH como en el fallado por el TS español, no se produce ninguna vulneración de la dignidad de la mujer gestante ni de los menores. Esto es: el solo hecho de una gestación por sustitución no supone que, automáticamente, se produzca una vulneración de la dignidad humana de la mujer que da a luz⁹⁵. Este dato aparece corroborado porque la gestación por sustitución se extiende cada vez por más países occidentales. Como indica la Sent. Tribunal Penale di Milano 13 enero 2014 [maternidad a través de fecundación heteróloga en Ucrania: conducta prohibida en Italia], el mero hecho de que se permita la gestación por sustitución en un país no significa que todo reconocimiento de la filiación subsiguiente en un país que no admita tal gestación por sustitución resulte contrario al orden público internacional⁹⁶. Debe recordarse que dicha mujer renunció voluntariamente a su maternidad y que las leyes de California son estrictas al respecto y establecen varios requisitos para asegurar que la mujer gestante ha participado de manera voluntaria en el contrato de gestación por sustitución. Por ello, el BGH estimó que la sentencia californiana supone una garantía razonable de que la mujer gestante había participado voluntariamente en dicho proceso, pues en tal sentencia consta la expresa, total, libre e informada renuncia de dicha mujer a sus derechos como madre. Del mismo modo debió razonar el TS español. El TS debió tener presente que la gestación por sustitución está sujeta en California a leyes exigentes que garantizan una participación libre y voluntaria de la mujer gestante en todo el proceso, y debió tener presente, del mismo modo, que no se aportó prueba alguna de que la mujer gestante no hubiera renunciado voluntariamente a sus derechos de madre. El TS no lo hizo así. Por eso se equivocó. No debe tampoco caer en el olvido que la situación legal de la mujer gestante después del parto es perfectamente comparable a la de una mujer que ha dado a luz a un hijo y que ha renunciado a su patria potestad y lo ha entregado para que sea adoptado por otras personas. Por ello, no puede estimarse que la situación jurídica en la que queda la mujer gestante en California tras una gestación por sustitución suponga una vulneración y/o menoscabo de la dignidad humana de dicha mujer, como subraya, nuevamente, la sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13⁹⁷.

Las afirmaciones generales y apodícticas del TS en el sentido de que en toda gestación por sustitución existe una “cosificación de los menores y de la mujer gestante” y un perjuicio de la dignidad de ésta, no pueden servir de base, sin más, para activar la cláusula de orden público internacional. La intervención del orden público internacional sólo puede tener lugar tras valorar el caso concreto, las circunstancias del supuesto en cuestión. Algo que el TS no hace y que sí han hecho tribunales españoles de menor grado en casos similares⁹⁸. La postura del TS en este punto lleva al absurdo. En efecto, como ha escrito P. POSNER, ello sería como afirmar que en toda adopción constituida en otro país se vulnera la dignidad de la madre biológica porque ésta “vende a su hijo” y/o se ve forzada renunciar a su maternidad por necesidad económica, que la madre biológica y otras personas y entidades perciben beneficios económicos derivados de la adopción (ECAIs, por ejemplo), y que, en definitiva, en toda adopción “se

⁹⁵ Sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13, n. 49: “Allein durch den Umstand, dass eine Leihmutter durchgeföhrt wurde, wird in diesem Fall die Menschenwürde der Leihmutter nicht verletzt”.

⁹⁶ Sent. Tribunal Penale di Milano 13 enero 2014 [maternidad a través de fecundación heteróloga en Ucrania: conducta prohibida en Italia], *RDIPP*, 2014, pp. 157-170: “l’ordine pubblico che impedisce l’ingresso nell’ordinamento interno degli effetti di una norma straniera che vi contrasti si identifica con ordine pubblico internazionale, da intendersi como complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l’ordinamento interno in un determinato periodo storico fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo comuni ai diversi ordinamenti nazionali”.

⁹⁷ En este sentido, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; *id.*, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRÉ (COORDS.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90, esp. p. 83: “No se ve afectada la dignidad de quien libre y voluntariamente pide a una mujer que lleve en su vientre a quien en el futuro habrá de ser su hijo, ni de la mujer que libre y voluntariamente acepta esa petición. No veo cómo se puede ver la dignidad del nacido: ¿alguien puede seriamente defender que la dignidad de los nacidos mediante gestación por sustitución está afectada de modo distinto que la de los nacidos mediante fecundación in vitro, mediante inseminación artificial, tras una relación esporádica con la única finalidad de quedar encinta, tras una relación esporádica con la única finalidad de disfrutar del sexo, dentro o fuera del matrimonio?”. También M. ATIENZA, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El notario del siglo XXI*, sept oct 2009 n. 27, versión *on line*.

⁹⁸ Sent. JPI Pozuelo de Alarcón 25 junio 2012, *La Ley*, 13 junio 2013.

comercia con el menor⁹⁹. Sin tener pruebas fácticas de tales hechos, éstos no pueden presumirse. Igualmente, la postura del TS lleva a afirmar que cuando la hermana de una mujer gesta al hijo de ésta de manera gratuita y altruista, hay “comercio de menores y daño a la dignidad de la mujer”, lo que carece de sentido pues no existe, en tales casos, ningún interés económico por parte de nadie¹⁰⁰. Totalmente absurdo y totalmente desproporcionado.

En la intervención del orden público internacional los datos del caso concreto son siempre relevantes. En el caso de especie objeto de la STS 6 febrero 2014, “*no ha sido objeto de contradicción ni prueba el hecho de que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediarios*” (Voto particular a la STS 6 febrero 2014, FD 2.3). Por tanto, el rechazo sistemático en España de la filiación determinada en el extranjero por entender que vulnera el orden público internacional español no es correcto, ya que supone presumir *juris et de jure* que tras el caso en cuestión ha habido compraventa de menores, pago monetario por el consentimiento de la gestante, engaños, violencia y/o explotación de la madre biológica y otras prácticas ilegales, lo que no siempre es así, y lo que no ha sido objeto de prueba alguna en el caso que falló el TS. Como es natural, la solución a los casos de filiación de menores acreditada en otro país como consecuencia de gestación por sustitución debe ser diferente según los casos. No será lo mismo un supuesto en el que la mujer gestante esté casada, en el que los comitentes no acepten quedarse con el menor, en el que ninguno, uno o los dos comitentes han aportado material genético, en el que la mujer gestante sólo haya gestado o haya también aportado su material genético, etc. Todas esas circunstancias deben ser tenidas en consideración por las autoridades del Estado de destino para decidir si la resolución extranjera vulnera o no el orden público internacional de tal Estado de destino. Por ello, todo acercamiento general y abstracto a este conjunto de problemas, -como el que realiza el TS-, está condenado al fracaso y conduce a resultados contrarios a Derecho.

Por otra parte, conviene recordar las muy atinadas observaciones que el TEDH ha realizado sobre la cláusula de orden público internacional como válvula de seguridad del sistema que impide los efectos jurídicos de una resolución extranjera en particular, en lo que se refiere a resoluciones que afectan a los menores: (a) El orden público internacional opera, siempre, de modo restrictivo y proporcionado, como excepción al reconocimiento de una resolución válidamente adoptada por autoridad extranjera. Ello significa que debe intervenir sólo y exclusivamente si con ello se defiende una “*necesidad social imperiosa*” (STEDH Estrasburgo 3 mayo 2011, *Negrepontis* [adopción de menor griego en Estados Unidos por sujeto con cualidad de monje]); (b) En la STEDH 28 junio 2007, *Wagner et J.M.W.L. vs. Luxembourg*, el TEDH indicó que no se puede invocar el orden público internacional sin haber considerado las circunstancias del caso concreto. Subraya el TEDH que no puede rechazarse en un Estado la validez de una adopción legalmente constituida en otro Estado por el simple hecho de que la autoridad de este segundo Estado aplicó, para constituir la adopción, una Ley distinta a la que en el mismo caso hubiera aplicado una autoridad del Estado de destino de la adopción. Esa afirmación constituye un argumento puramente formal y por tanto, abstracto. Para que tal rechazo fuera conforme con el art. 8 CEDH, el tribunal del Estado requerido debe llevar a cabo un examen del caso concreto y acreditar, sin sombra de duda, que una razón imperiosa obliga a rechazar, en el caso particular del que se trate, el reconocimiento en su Estado de una adopción válida y legalmente constituida por autoridades de otro Estado. Traducido a términos de gestación por sustitución en España, podría afirmarse que la STEDH 28 junio 2007, *Wagner et J.M.W.L. vs. Luxembourg*, debe leerse en este sentido: para negar los efectos jurídicos de una decisión extranjera en la que consta una filiación en un caso de gestación por sustitución debido a que tal decisión vulnera el orden público internacional del Estado de destino (= España) no basta afirmar que la gestación por sustitución está radicalmente prohibida en España, sino que debe: (i) realizarse un minucioso examen de las circunstancias del caso concreto, cosa que el TS no realiza en ningún momento; (ii) Quedar claro que la gestación por sustitución ha sido consecuencia de prácticas tales como compraventa del consentimiento de la mujer gestante, que ésta fue obligada a prestar sus servicios debido a intimidación, violencia, o estado de necesidad económico u otras situaciones similares, lo que el TS no

⁹⁹ P. POSNER, “Commercial Surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates”, *Journal of Medical Ethics*, 2013, vol. 39, pp. 397-402.

¹⁰⁰ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 11.

acreditó; (iii) verificar que la concesión de efectos legales en España a dicha filiación acreditada en el extranjero vulneraría principios fundamentales del Derecho del Estado de destino (= España), como por ejemplo, el interés del menor o la dignidad de la mujer, lo que, de nuevo, tampoco llevó a cabo el TS.

66. b) El “interés superior del menor” no es un principio extralegal, sino un principio jurídico perfectamente integrado en el ordenamiento jurídico español y que, además, goza de superior rango jerárquico sobre lo establecido en las Leyes españolas. El principio del “interés superior del menor” está contenido en textos legales internacionales como la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989¹⁰¹. Este principio se recoge, por tanto, en textos legales que disponen de una clarísima preferencia aplicativa sobre una Ley española como es la Ley 14/2006. Dicho principio debe aplicarse en la solución de los casos litigiosos con preferencia a lo dispuesto en dicha Ley por razones de jerarquía normativa y de jerarquía valorativa. Este principio no constituye una pauta extra-legal que destruye o puede destruir lo que establece la Ley positiva española. Todo lo contrario: este principio está contenido en normas jurídicas clarísimas del Derecho español, normas que deben aplicarse con preferencia a lo que indican las leyes españolas. Por ello, las leyes españolas son las que deben ajustarse, en su formulación escrita y en su aplicación práctica, a dicho principio, todo ello en el caso concreto. No se trata de que la Ley deba ajustarse a parámetros extra-legales o que deba adaptarse a las “nuevas exigencias y necesidades sociales”, como cierta doctrina ha indicado¹⁰². Se trata de que la letra de la Ley debe ajustarse a un principio jurídico perfectamente legal que dispone de “preferencia aplicativa” sobre lo establecido en las Leyes ordinarias, como muy correctamente ha indicado L. ÁLVAREZ DE TOLEDO¹⁰³. Por ello, la afirmación del TS en la que indica que este principio no está por encima de la Ley constituye un error de notable envergadura.

Debe recordarse, por otro lado, que no le ha temblado la mano al mismísimo TS, al mismo órgano que ha dictado la STS 6 febrero 2014, a la hora de corregir la aplicación literal de la Ley cuando con ello ha dado cumplimiento al interés superior del menor. Véase, en dicho sentido, y a título de mero ejemplo, el caso decidido en la STS 17 febrero 2015¹⁰⁴. En dicho supuesto se trataba de decidir el orden de los apellidos de un menor, el art. 53 LRC y el art. 194 RRC indicaban que la filiación determina el orden de los apellidos, de modo que si la filiación se encuentra determinada por ambas líneas, el primer apellido será el del padre y el segundo el de la madre. Pues bien, durante años el menor sólo tuvo determinada su filiación materna y era conocido por el apellido de la madre. Varios años después se determinó la filiación paterna del menor, con lo que, de acuerdo con los preceptos legales citados, habría que haber procedido al cambio de apellidos del menor, que serían el primero del padre y el primero de la madre. El TS estimó que, dijera lo que dijera la Ley, por encima de la misma estaba el “superior interés del menor” y que tal principio (i) constituye “criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte [a los menores]”; (ii) “[s]e configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo

¹⁰¹ Vid. Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE núm.313 de 31 diciembre 1990), que entró en vigor para España el 5 enero 1991. El art. 3.1 CDN indica: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

¹⁰² A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. p. 276.

¹⁰³ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 31: “Y he aquí que el tratamiento que el Supremo dispensa al principio de prioridad del interés del menor, no resulta acorde con el principio de jerarquía normativa, pues la propia Ley Orgánica de Protección del Menor, Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, coloca por encima de la legalidad ordinaria los tratados internacionales ratificados por España y muy en particular la Convención de Nueva York sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (art. 3). La prioridad aplicativa de los Convenios internacionales sobre las leyes internas españolas está extensamente aceptada”. También, muy correctamente, J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

¹⁰⁴ Id Cendoj: 28079110012015100066.

físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales” y (iii) debe precisarse “*su configuración y concreción en cada caso*”. En consecuencia, el mismo TS llevó a cabo una “interpretación correctora de la Ley vigente” para proporcionar una solución acorde con el principio del “interés superior del menor”. El TS inaplicó la Ley del Registro civil y su Reglamento y aplicó una solución directamente extraída del principio del interés superior del menor que tuvo en cuenta los datos concretos del caso objeto del proceso.

A mayor abundamiento, en los supuestos de filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución, no se trata de “ignorar la Ley” y hacer prevalecer un principio. No se trata de “corregir” en su aplicación práctica el tenor literal del art. 10 Ley 14/2006 y de proporcionar una solución acorde con el principio del interés superior del menor pero contraria a la letra del precepto mencionado. Es, en realidad, algo mucho más sencillo, pues se trata, en verdad, de interpretar correctamente la cláusula del orden público internacional (= de llenarla de un contenido valorativo acorde con los principios fundamentales sobre los que está edificado el Derecho español y en especial, en sintonía con los derechos humanos, como ha señalado F. CHÉNEDÉ¹⁰⁵. No hay que “sobrepasar” la letra de ningún precepto legal a través de una “creación jurisprudencial” de soluciones jurídicas basadas en “principios superiores”. En efecto, el art. 10 Ley 14/2006 no es aplicable a estos casos, puesto que no se trata de decidir la filiación del menor en un proceso cognitivo, sino de aceptar o rechazar en España una filiación ya acreditada en otro país y que consta en una decisión extranjera. Por ese motivo, el principio del “interés superior del menor” no comporta ninguna inaplicación del art. 10 Ley 14/2006. Este principio no es un *deus ex machina*, ni un conejo divertido y sonriente que el tribunal competente extrae de la chistera judicial para inventarse una solución jurídica cuando a dicho tribunal “no le gusta lo que dice la Ley”. Es, muy al contrario, un principio que opera como criterio valorativo y cuya misión es monitorizar de manera permanente el sistema legal español y las resoluciones judiciales españolas para que, en todo caso, las soluciones que se proporcionen a los conflictos legales que afecten a los menores sean siempre las mejores soluciones para los menores, las que más les benefician. En definitiva, el interés superior del menor opera como “*una auténtica cláusula general que obliga a una completa relectura del Derecho de familia y permite ampliar el ámbito decisorio del juez*”¹⁰⁶. Pues bien, en estos casos, se trata de concretar el contenido del orden público internacional español con arreglo al interés superior del menor.

67. c) Superioridad valorativa del principio del “interés superior del menor”. Es claro que en la cuestión de la inscripción o no inscripción en el Registro civil español de una filiación atribuida por autoridades extranjeras a un menor nacido gracias a la gestación por sustitución, varios intereses pugnan. En realidad, los intereses enfrentados son dos: (a) La autoridad de la Ley española, contraria a los contratos de gestación por sustitución y a la filiación de los comitentes. Es la autoridad de la Ley, “*l’autorité de la loi*”. Se trata del interés del Estado español en el respeto de su legislación, en evitar los movimientos jurídico estratégicos fraudulentos que ciertas personas realizan para burlar la aplicación de las normas imperativas españolas y para evitar las consecuencias de la prohibición de los contratos de maternidad subrogada que existe en la legislación española. El interés radica en el respeto a la “autoridad de la Ley”; (b) El interés del menor nacido en virtud de estas técnicas, que radica en que su filiación debe quedar concretada en relación con las personas que pueden ofrecer a dicho menor un entorno familiar más adecuado a sus necesidades y aspiraciones vitales.

Pues bien, en el escenario del sistema jurídico español el “interés superior del menor” constituye un “principio superior”. Ello significa que, en el caso concreto en el que se produzca un enfrentamiento entre estos dos principios antitéticos (= principio uno: el castigo de movimientos elusorios de la Ley española como el *Forum Shopping* y la correlativa protección de la “autoridad de la Ley española” y principio dos: el interés del menor), siempre prevalece el principio del interés del menor. Por eso es un

¹⁰⁵ F. CHÉNEDÉ, «Les arrêts Mennesson et Labassée ou l’instrumentalisation des droits de l’homme», *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1797-1802.

¹⁰⁶ J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

interés “superior”¹⁰⁷. El carácter “superior” de dicho principio no es un invento de jueces especialmente creativos o de académicos singularmente inspirados. Es una exigencia legal, porque deriva de la misma ley. El antes citado art. 3.1 CDN expresa, con cristalina claridad, que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Obsérvese que el precepto no se refiere, simplemente, al “interés del menor” sino al interés “superior” del menor. En efecto, en la ponderación de estos intereses en conflicto, ambos no presentan la misma importancia ni el mismo valor. El “interés superior del menor” (art. 3 CDN de Nueva York de 20 noviembre 1989 y art. 2 Ley Orgánica de 1/1996 de Protección Jurídica del menor de 15 de enero 1996) es un valor “superior”, como bien ha dejado claro el mismo TS¹⁰⁸. Por ello, una solución jurídica que para evitar o castigar el *Forum Shopping* fraudulento comportase un perjuicio legal para los menores no es compatible con el principio del “interés superior del menor”¹⁰⁹. En el caso objeto de la STS 6 febrero 2014, este principio aconseja que debían haber sido considerados como “padres” los sujetos que han tomado la decisión de ser tales, los “comitentes”, es decir, los sujetos que han sido declarados “padres” en California, y no la mujer que da a luz (C. MAYER)¹¹⁰. Como ha subrayado J. GUILLAUMÉ, «une fois l'enfant né, il semble difficile de faire prévaloir l'argument tiré de l'autorité de la loi»¹¹¹. Así lo ha estimado también cierta jurisprudencia italiana que ha empleado como punto de anclaje el texto del art. 23 R.2201/2003: «Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor (...)»¹¹².

Un “interés superior” no es una frase hecha, no es un truco de prestidigitador de feria de pueblo que se usa para alterar el sentido de la Ley. No es un conjunto de palabras bonitas pero capciosas ni una mera afirmación políticamente correcta. Es un interés jurídicamente protegido a un nivel tan elevado que debe imponerse sobre otros intereses que puedan entrar en conflicto con él. Por eso es un interés “superior”.

Por otra parte, el “interés superior del menor” suele ser, con frecuencia, objeto de un acercamiento abstracto. Ello constituye un error metodológico de notable magnitud. En efecto, no se trata de buscar y encontrar la solución jurídica que sintoniza mejor con el interés superior del “menor” en general. No se trata de buscar la solución que encaja de manera más perfecta con el interés de “los menores” entendidos éstos en sentido general o abstracto. No se defiende el interés superior de “todos los menores” o del “menor-tipo”. Se trata, más bien al contrario, y como destaca la sobresaliente aportación debida a S. ROURA GÓMEZ, de decidir la solución que es mejor para “este menor”, para el menor, con nombre y apellidos, implicado en el caso concreto¹¹³. El TS razona sobre el “menor en abstracto” y no sobre el “menor en concreto”, lo que constituye una profunda equivocación de método que, naturalmente, conduce a una solución errónea y perjudicial para el concreto menor.

68. d) Interés superior del menor como principio conformador del orden público internacional español. Como se ha visto, en el sector de la filiación y de la protección de menores el principio fun-

¹⁰⁷ M. CASTELLANETA, “Dietro l’interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo”, *Famiglia e minori*, 2005-5, pp. 66-69, esp. p. 69.

¹⁰⁸ *Vid.* también la STS 31 julio 2009: “La LOPJM introduce de forma expresa el interés del menor como principio rector en la aplicación de la Ley al establecer su art. 2 que en su aplicación primara el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y en el art. 11.2 de dicho texto legal, en consonancia con el art. 39.2 CE, art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea Gral. de las Naciones Unidas de 20/11/1989, así como la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo, resolución A3-0172/92, entre otros instrumentos internacionales”.

¹⁰⁹ S. BOLLÉE, “Nota a Sent. Cour Cassation 10 marzo 2014 y Sent. TGI Versailles 29 abril 2014”, *RCDIP*, 2014, pp. 619-629, esp. p. 625.

¹¹⁰ C. MAYER, „Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterchaftsfällen (KG, S. 72, OLG Düsseldorf, S. 77 und VG Berlin, S. 80)“, *IPRax*, 2014-1, pp. 57-63.

¹¹¹ J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1281.

¹¹² *Vid.* Sent. Tribunal Penale di Trieste 4 octubre 2013 [maternidad surrogada en Ucrania y posible ilícito penal], *RDIPP*, 2014, pp. 154-156.

¹¹³ S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

damental que vertebra el orden público internacional español es el “interés superior del menor”. En su STS 6 febrero 2014 el TS olvida que este principio debe prevalecer sobre cualquier otro a la hora de configurar el contenido activo del orden público internacional español como cláusula que opera contra los efectos de las resoluciones registrales extranjeras en España en casos relativos a gestación por sustitución legalmente acreditada en el extranjero.

La resolución registral extranjera goza de una presunción de legalidad en España (= sólo puede dejar de surtir efectos en España si se prueba que surte efectos contrarios al orden público internacional español). No debe olvidarse que la filiación del nacido tras dicha gestación por sustitución fue legalmente acreditada en el extranjero, que se ajustó a las leyes vigentes en un país extranjero. Debe estimarse que el menor, que este menor en concreto con nombre y apellidos, encuentra su mejor situación jurídica como “hijo legal” de los individuos que aparecen como “padres” en la resolución extranjera. Debe recordarse también que no se ha probado que la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero obedeciese a execrables prácticas de compra de menores, abuso de situación de necesidad o engaño o violencia sobre la mujer gestante, ni nada parecido. Por ello, puede afirmarse que opera en interés del menor considerar que los padres del mismo deben ser los sujetos que constan como tales en la resolución registral extranjera. Dicha resolución extranjera relativa a la filiación del nacido tras una gestación por sustitución encaja perfectamente con el interés del menor. Dicha resolución transporta por encima de las fronteras de los distintos países una solución que favorece al menor, una solución que, en el plano de la filiación, es la mejor posible para ese concreto menor. En consecuencia, aceptar en España la filiación del menor nacido tras una gestación por sustitución y que consta en la certificación registral extranjera en favor de los comitentes puede ser una solución plenamente acorde con el principio del interés del menor. En efecto, en Derecho español, la filiación legal no tiene por qué coincidir con la verdad biológica o genética (A. QUIÑONES ESCÁMEZ). En esta perspectiva, el Tribunal Constitucional de Austria se ha apoyado en el “interés superior del menor” para admitir en Austria la filiación de un menor nacido en Georgia (EE.UU) tras una gestación por sustitución en favor de los comitentes (B. LURGER)¹¹⁴. En efecto, como con extrema sutileza y acierto señala C. CAMPIGLIO, a la hora de precisar en el Estado de destino la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución ya acreditada en el Estado de origen, el art. 3 CDN autoriza a los jueces y autoridades a seguir uno de los siguientes tres criterios: (i) criterio gestativo (= el nacido es considerado “hijo” de la madre gestante y que da a luz), (ii) criterio genético (= el nacido es considerado “hijo” de la mujer que aporta, en su caso, el material genético ovular), o (iii) el criterio social-intencional (= el nacido es considerado “hijo” de los comitentes”, sujetos que han adoptado la decisión de “ser padres”)¹¹⁵. El juez asume una “función creativa de soluciones” (C. CAMPIGLIO) de modo que puede y debe optar por aquel criterio que mejor encaje con el interés del menor (C. MAYER)¹¹⁶. El Derecho jurisprudencial toma el mando en Derecho internacional privado. La justicia pretoriana, sujeta, eso sí, en todo caso, a un exigente test de motivación anclado en la defensa de los derechos humanos, adquiere un destacado protagonismo, en palabras de M. SESTA¹¹⁷. Por otro lado, debe recordarse que, en relación con otros casos, como los relativos a la transexualidad, el TEDH ha preferido recurrir al “criterio social” y ha aceptado el sexo social de la persona, de modo que tal criterio social ha prevalecido sobre el “sexo biológico”.

Es claro que, en el caso enjuiciado por la STS 6 febrero 2014, la mejor solución para el menor era confirmar la filiación del mismo en relación con sus comitentes tal y como estableció la resolución

¹¹⁴ B. LURGER, “The Austrian choice of law rules in cases of surrogate motherhood abroad - the best interest of the child between recognition, European human rights and the Austrian prohibition of surrogate motherhood”, *IPRax*, 2013-III, pp. 282-289.

¹¹⁵ C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, 2009, pp. 589-604; C. CAMPIGLIO, “Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo dell giurisprudenza (Italian Provisions on Assisted Procreation and International Parameters: The Creative Role of the Courts)”, *RDIPP*, 2014, pp. 481-516; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 39.

¹¹⁶ C. MAYER, “Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterchaftsfällen (KG, S. 72, OLG Düsseldorf, S. 77 und VG Berlin, S. 80)”, *IPRax*, 2014-1, pp. 57-63; C. CAMPIGLIO, “Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo dell giurisprudenza (Italian Provisions on Assisted Procreation and International Parameters: The Creative Role of the Courts)”, *RDIPP*, 2014, pp. 481-516.

¹¹⁷ M. SESTA, “La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale”, *Il Corriere giuridico*, 4, 2002, pp. 488-495.

registral californiana. Un análisis de las circunstancias del caso concreto demuestra, de manera sencilla, la anterior afirmación: (a) La mujer gestante había renunciado voluntariamente, sin coacción alguna, a su filiación materna respecto de los nacidos, había sido perfectamente informada de los efectos legales de dicha renuncia y ésta se había ajustado a la Ley del Estado de origen; (b) Los comitentes llevan conviviendo con los menores más de seis años en perfecta normalidad, todos los días; (c) Los menores se hallan íntegra e inmejorablemente integrados en la sociedad española desde hace seis años y con los comitentes; (d) El Derecho de California y al resolución registral californiana otorgaron la filiación a los comitentes, de modo que los menores son, en California, hijos de los comitentes ante la Ley; (e) Todas las prácticas relativas a la gestación por sustitución se ajustaron, en este caso, al Derecho de California, que impide la compraventa de niños, que garantiza el consentimiento informado y libre de la mujer gestante y que impide, igualmente, que intermediarios se lucren indebidamente durante este proceso. En este sentido razonó de manera inmejorable la sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13. El BGH alemán estimó que la asignación de la filiación en favor del ciudadano alemán que era padre biológico del menor no es, en modo alguno, contraria al orden público internacional alemán, como es lógico, puesto que con arreglo al Derecho alemán también es así. La asignación de la paternidad al otro ciudadano alemán, pareja registrada del padre biológico del menor, tampoco resultó, a juicio de BGH, contraria al orden público internacional alemán. En efecto, en estas circunstancias, el BGH estimó que privar al niño de una relación de filiación con el comitente alemán que, aunque no es padre biológico, se considera como “padre” en la sentencia californiana estaba plenamente dispuesto a asumir sus responsabilidades como “padre” del niño, vulnera el derecho del menor a su vida privada, a su identidad, y a su vida familiar, tal y como establece el art. 8.1 CEDH. En el caso que falló el TS estas consideraciones resultan plenamente aplicables: privar al menor de sus dos progenitores legalmente considerados como tales según la resolución californiana, dos personas que estaban completamente dispuestos a asumir sus responsabilidades como padres del niño y que así lo han venido haciendo durante años, vulnera el principio del “interés del menor”, el derecho de éste a su vida privada, a su identidad, y a su vida familiar. El interés del menor consiste, en el caso concreto, en que queden aseguradas las necesidades materiales básicas del menor en cuestión (= su alimentación, su salud, su vestido, su casa, su bienestar), así como las necesidades emocionales del mismo (= su situación afectiva, su nombre, saber quiénes son sus padres, su educación en valores, su serenidad vital, esto es, una vida sin tensiones emocionales, su convivencia con personas que le quieren y que han aceptado voluntariamente y con arreglo a la Ley, su *status* jurídico de “padres”)¹¹⁸.

Frente a ello, lo único que podría detener los efectos jurídicos de la resolución registral californiana en España es el “respeto a la Ley española”, la lucha contra un posible *Forum Shopping* fraudulento: la defensa de la “autoridad de la Ley”. En efecto, las situaciones “naturalmente conectadas con un Estado” (= todos sus elementos están conectados con un solo Estado), deben regirse por la Ley de ese Estado. Es el “ámbito natural” de las Leyes de ese Estado, que queda protegido por lo que P. LAGARDE llama “*el respeto a la autoridad de la Ley*” (= *l’autorité de la loi*)¹¹⁹. El Estado elabora sus Leyes para regular su sociedad y la internacionalización artificial de situaciones internas no puede permitir que los particulares escapen de dichas Leyes. Todo esto es correcto. Ahora bien, como antes se ha avanzado, en caso de enfrentamiento entre el principio del respeto a la aplicación de la Ley española a casos estrecha-

¹¹⁸ P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1).

¹¹⁹ Escribe P. LAGARDE: “*la faveur à la validité des situations juridiques, qui inspire de telles règles, est cependant soumise à certaines conditions. Il ne peut s’agir de reconnaître n’importe quelle situation crée n’importe où. Indépendamment de la condition de conformité à l’ordre public, la reconnaissance peut être subordonnée, non pas à l’application d’une certaine loi, mais à l’existence de certains liens de la situation avec son État d’origine*”. P. LAGARDE, “Conflits de lois (Principes généraux)”, *Répertoire Dalloz Droit International*, enero 2006, pp. 1-30, esp. p. 30; ID., “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RebelsZ*, 2004, pp. 225-243. *Vid.* igualmente, H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 446: “*Il semble en effet que l’intérêt essentiel de l’État consiste à assurer l’homogénéité et l’autorité de la sa loi; les lois édictées par un État forment un ensemble; si on soustrait à cet ensemble des relations étroitement unies à celles auxquelles il s’applique sans conteste, il en résultera inévitablement des incohérences, des contradictions et une atteinte à l’autorité de la loi*”.

mente conectados con España (= represión del *Forum Shopping* y protección de la “autoridad de la Ley española”) y el principio del “interés del menor”, éste siempre prevalece. Con otras palabras, tomadas de la aportación de G. CUNIBERTI, puede indicarse que, en estos casos, el principio del respeto a la “autoridad de la Ley española” no forma parte del orden público internacional español, porque el principio del interés “superior” del menor así lo impone¹²⁰. El interés superior del menor viaja dentro de la resolución registral extranjera, está contenido en la misma. Por ello, ningún otro principio, -como podría ser el respeto a la autoridad de la Ley española o la lucha contra el *Forum Shopping*-, puede detener los efectos en España de dicha resolución, puesto que si así fuese, se harían prevalecer estos principios sobre el interés superior del menor, algo que es contrario a lo que el mismo sistema legal español establece, esto es, a la superioridad valorativa del interés del menor sobre cualquier otro principio inspirador del ordenamiento jurídico español.

Por otra parte incluso si se considerase que el tantas veces citado art. 10 Ley 14/2006 es aplicable a estos supuestos, -que no lo es, porque dicho precepto sólo opera en casos de procesos cognitivos de filiación en España y no en relación con los efectos legales en España de la filiación ya acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución-, resulta que, diga lo que diga dicho precepto, si el mismo conduce a una solución que, en el caso específico, vulnera el interés superior del niño en cuestión, los tribunales españoles deben rechazar tal solución. En tales supuestos, los tribunales y autoridades españolas deben optar, mediante un desarrollo judicial del art. 3 CDN, en favor de una respuesta jurídica que sintonice correctamente con el interés del menor en el caso concreto. Lo expresa muy correctamente J.M. DE TORRES PEREA: “*puede considerarse que cuando una norma imperativa colisiona frontalmente con la cláusula general del interés superior del menor puede quedar neutralizada su aplicación por exigirlo dicho principio que ha de considerarse prioritario*”¹²¹. Esta afirmación no es una *invitatio* a la libre creación de una solución jurídica por parte de las autoridades españolas, sino una consecuencia directa de la primacía de las normas contenidas en un convenio internacional sobre las normas españolas de producción interna. Es, por tanto, una obligación para el operador jurídico. El art. 3 CDN 1989 “monitoriza” todo el Derecho español en dos sentidos (SAP Zaragoza 26 julio 2013 [interés del menor])¹²²: (a) Las normas positivas de DIPr. deben inspirarse en el principio básico de “interés del menor” (= las soluciones legales positivas españolas son un reflejo de dicho principio jurídico fundamental y lo traducen en normas legales positivas); (b) La definición concreta del contenido del orden público internacional español en estos casos debe realizarse, siempre, con arreglo al principio del interés superior del concreto menor implicado en el caso del que se trate y debe imponerse sobre cualquier otro principio del ordenamiento jurídico español que pudiera resultar contrario al interés superior del menor; (c) Los resultados de la aplicación práctica, en cada caso concreto, de tales normas positivas del DIPr. español y de todo el Derecho español, deben ser acordes con el principio de “interés del menor”. En el caso de que tales resultados no sintonicen, en un caso específico, con el interés del menor, el juez / operador jurídico, está obligado a modificarlos, para que la aplicación del Derecho español encaje del modo más exacto con el interés del menor. En esta tercera vertiente, el principio del interés del menor “monitoriza” (= vigila, controla y en su caso corrige) el resultado real en la práctica de la aplicación del sistema legal positivo a un caso específico. En supuestos concretos, por lo tanto, el principio del interés del menor debe y puede impedir una aplicación textual de la letra del art. 10 Ley 14/2006. De hecho, esta disposición legal, al establecer que la filiación materna del nacido por gestación subrogada corresponde siempre y sin matices ni excepciones a la madre que da a luz, debe ser objeto de una lectura especial, debe ser entendido como una “presunción (= recogida en el art. 10 Ley 14/2006) sometida a corrección (= por el principio del interés superior del menor”. En otras palabras, el legislador presume que los contratos de

¹²⁰ G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. C de 25 octubre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. pp. 152-153.

¹²¹ J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

¹²² P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1).

gestación por sustitución esconden prácticas oscuras y por ello perjudicaría al menor otorgar la filiación del mismo a los comitentes. El legislador presume que la prohibición de tales contratos encaja con el interés del menor. Sin embargo, no deja de ser una presunción. En efecto, el art. 3 CDN 1989 el precepto obliga a realizar una “lectura cautelar” del art. 10 Ley 14/2006 y a apartarse del criterio “la filiación corresponde a la mujer gestante” cuando dicho criterio contradice el “interés superior del menor”. Como es evidente, la intervención del interés superior del menor en este triple plano supone que las soluciones legales están, en todo caso, bajo la atenta lupa de dicho principio jurídico. Ello cambia el típico modo de razonar axiomático por el que tanta querencia sienten ciertos tribunales y cierta doctrina¹²³. En este punto es preciso introducir dos precisiones. Primera: No se trata invocar la “justicia material” y de “despreciar la seguridad jurídica”, porque el principio del interés superior del menor es un principio jurídico recogido en la Ley. No se trata de invocar el Derecho natural, la familia de hecho, la Justicia en abstracto ni se trata de ningún otro “recurso *extra-jus*”. Se trata de emplear un principio jurídico y legal para interpretar la Ley y, en su caso, para corregir el resultado al que llega la letra de la Ley. Ello sucederá en escasas ocasiones, puesto que las soluciones de Derecho positivo, las recogidas en la Ley, son soluciones que encajan *a priori*, con el principio del interés superior del menor. Por ello, en la mayor parte de los casos, la seguridad jurídica material que ofrece la letra de la Ley queda garantizada: la solución es la que marca la letra de la Ley. La interpretación correctora del principio del interés superior del menor sólo en casos excepcionales para evitar que la Ley traicione a los principios que inspiran la misma Ley. No debe olvidarse que el espíritu de la Ley está por encima de su letra (art. 3 CC). Segunda: No se trata de otorgar a los tribunales un poder creador de la Ley y que éstos se inventen una nueva fuente de la filiación válida en Derecho español. En Derecho español, las fuentes de la filiación son las que marca la Ley española y no las que se inventa un tribunal porque “no le gusta el resultado al que conduce la Ley”. Ahora bien, en los casos de gestación por sustitución y filiación acreditada en otro país, no es necesaria ninguna operación de “corrección de la Ley” mediante la *magic wand* del principio del interés superior del menor. Se trata, simplemente, de dar un “sí” o un “no” a una filiación ya acreditada legalmente en otro país y que consta en documento público extranjero, que es título de acceso al Registro Civil español. El juez español no debe ni puede entrar en cuál fue la fuente de la filiación para las autoridades extranjeras, pues eso pertenece al “fondo del asunto” y está vetado revisar tal fondo del asunto. Las autoridades españolas deben concretar el alcance y significado del orden público internacional en el sector de la filiación para saber si deben o no dar efectos legales en España a la filiación acreditada en el extranjero. Como es evidente, el carácter general y cambiante del orden público internacional complica su concreción, pero ello no significa ignorar el mandato contenido en el art. 10 Ley 14/2006 porque, sencillamente, dicho precepto no es aplicable a estos casos.

69. e) La intervención del orden público internacional español y la correlativa denegación en España de los efectos jurídicos de la resolución registral extranjera provoca perjuicios jurídicos para los menores. En el caso que falló la STS 6 febrero 2014, el rechazo en España de la filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución es una solución que no encaja con el interés del menor. La solución que propone el TS, consistente en dejar al menor sin padres y proponer una adopción o acogimiento familiar del niño es una solución, como se verá *infra*, frontalmente contraria al interés del menor (art. 3 CDN 1989) y a los derechos del mismo recogidos en el art. 8.1 CEDH. El TS propone que los menores no sean inscritos como hijos de quienes son sus padres legales en el Estado de origen y que ostentan su guarda de hecho en España. El TS acepta que los menores puedan ser internados en un orfanato u otra institución española de servicios sociales, que se les pueda privar de los vínculos afectivos creados entre tales menores y sus guardadores de hecho, que tales menores puedan ser entregados a su

¹²³ L.F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “La posesión del estado de padre como fuente de la filiación”, diario La Ley, 27 mayo 2015, pp. 1-10; A. SALAS CARCELLER, “Gestación por sustitución y Registro Civil, El Blog de Lacaci & Asociados”, 16 febrero 2014, en <http://lacaciasociados.es/gestacion-por-sustitucion/>, que indica que “[l]o que la mayoría de los miembros de la Sala hemos entendido es que no cabe burlar la ley española viajando a California a contratar una gestación por sustitución –por disponer de los medios económicos necesarios para ello- y a continuación lograr en España la inscripción en el Registro Civil de la filiación de una forma que habría resultado imposible si los hechos se hubieran producido en nuestro país (...) El desorden está servido, pero los tribunales están para, al menos, intentar que las leyes se cumplan y no sean burladas”.

madre legal según el Derecho español, esto es, a la mujer que les dio a luz y que nada quiere saber de ellos, pues ya renunció a su patria potestad, que esta mujer reclame para sí la filiación de dichos menores a los que no ha visto ni con los que no ha convivido en los últimos seis años¹²⁴. Ésa, y no otra, es la solución que propone el TS como la solución que encaja mejor (?) con el interés superior del menor¹²⁵. Es evidente que la negativa a inscribir en España la filiación que los menores tienen en California comporta diferentes perjuicios legales para los mismos.

1º) *Perjuicio directo al derecho a la vida privada de los menores*. En primer lugar, se daña el derecho a la vida privada de los menores, pues su identidad queda perjudicada, al tener nombres distintos y padres distintos en España y en Estados Unidos¹²⁶. Como indica la sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13, en estos casos, el art. 8 CEDH dispone que el niño tiene derecho al respeto de su vida privada y ello incluye el respeto a identidad. Pues bien, debe respetarse la filiación del menor establecida en California puesto que la filiación forma parte del derecho a una “identidad propia”. Privar al niño de tal filiación vulnera el derecho del niño a su identidad y a su vida privada. Idénticas observaciones se han realizado también por la jurisprudencia italiana en el caso de la Sent. corte d’appello di Torino 20 octubre 2014, que se refiere al supuesto de dos mujeres, casadas entre sí en Barcelona, y madres ambas del mismo menor según el Derecho español. El tribunal italiano aceptó la filiación del menor establecida en España¹²⁷. En efecto, el menor menor tiene derecho a un “identidad única” (= derecho a ser considerado el mismo sujeto, con iguales datos de identidad por el sistema jurídico) (E. JAYME, A. GATTINI)¹²⁸. Ello se pone de relieve, con mayor énfasis, en los casos “internacionales”. Este derecho deriva del art. 3 CDN, de modo que la DGRN ha privilegiado, en palabras de A. GOUTTENOIRE, “*le respect du droit étranger et la cohérence de la situation individuelle des enfants concernés*”¹²⁹. Pero mucho cuidado: este art. 3 CDN no contiene un mandato que obligue a mantener, en un país, el nombre y filiación atribuidos legalmente en otro país. Dicho precepto recoge, por el contrario, un “mandato genérico vigilante”, un “parámetro aplicativo del ordenamiento Jurídico”, una “clave hermenéutica de interpretación del Derecho” (F. MORO) que permite modular los resultados positivos o negativos de la aplicación de las normas de DIPr.¹³⁰ Con otras palabras, puede afirmarse que el art. 3 CDN no ordena respetar la filiación y/o el nombre recogidos en una certificación registral extranjera. Este art. 3 CDN, en conexión con el art. 8 CDN, sólo indica que el menor es titular de un derecho a

¹²⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 32.

¹²⁵ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, “Gestación por subrogación: puertas en el campo”, en <http://www.economista.es/interstital/volver/sghome/legislacion/noticias/5587271/03/14/Gestacion-por-subrogacion-puertas-en-el-campo.html> (3 diciembre 2014): “*Que se reconozca la resolución por cumplir los requisitos formales y materiales del lugar de origen no supone aceptar la validez del contrato previo, ni en general cuestiones ajenas al proceso que dio lugar a la resolución. El encargado del Registro Civil no debe valorar la ley material, sino solo la resolución presentada. El orden público internacional presenta muy limitado alcance en el campo del reconocimiento incidental u homologador. Por no hablar de la situación en que se quedan los niños. Sin nombre. Sin colegio. Sin sanidad. Sin filiación. La lectura de la sentencia entristece y asombra, pues al campo no se le pueden poner puertas*”.

¹²⁶ M. CASTELLANETA, “Dietro l’interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo”, *Famiglia e minori*, 2005-5, pp. 66-69, esp. p. 66. Precedentes anteriores a la sentencia de la Corte di Appello di Bari 13 febrero 2009 se encuentran perfectamente descritos y analizados en C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, XLV, nº 3, 2009, pp. 589-604, esp. pp. 591-592; M. R. DÍAZ ROMERO “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley*, Nº 7527, sección Doctrina, 14 diciembre 2010, año XXXI, pp. 1-7.

¹²⁷ Sent. Corte d’appello di Torino 20 octubre 2014: “*La mancata trascrizione dell’atto di nascita, limita e comprime il diritto all’identità personale del minore ... e il suo status nello Stato Italiano; sul territorio italiano il minore non avrebbe alcuna relazione parentale né con la signora .. né con i parenti della stessa. Il minore non avrebbe un esercente la responsabilità genitoriale e nessuno potrebbe esercitarne la rappresentanza con riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche, ricreative; oltre all’incertezza giuridica in cui si troverebbe nella società italiana il minore verrebbe anche privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia della Sig.ra ...*”. *Vid.* http://torino.repubblica.it/cronaca/2015/01/07/news/bimbo_nato_da_due_mamme_i_giudici_al_comune_e_figlio_di_due_mamme-104434826/?refresh_ce.

¹²⁸ E. JAYME, “Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca”, *Rivista di Diritto civile*, 1995, núm.1. pp. 71-80, esp. p. 72; A. GATTINI, “Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza”, *RDI*, 1996, pp. 93-109, esp. p. 95.

¹²⁹ *Vid.* el comentario de A. GOUTTENOIRE en www.blog.dalloz.fr, 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. cour d’Appel de Paris de 25 octubre 2007.

¹³⁰ F. MORO, “Observations sur la communitarisation du droit de la famille”, *RDIPP*, 2007, pp. 675-712.

“preservar su identidad” y que tal derecho debe ser defendido con carácter preferente, ya que responde al “interés superior del niño”. De ahí se deriva que el aplicador del Derecho debe vigilar con sumo cuidado los resultados a los que conduce la aplicación de las normas jurídicas, en este caso, del DIPr. El operador jurídico debe proceder a aplicar o no aplicar dichas normas y/o a modular su aplicación en un sentido o en otro, para dar satisfacción al “interés superior del menor”. Así pues, a la hora de saber si se debe dar efectos legales en España a la certificación registral californiana, los elementos fundamentales son los que aparecen conectados con la individualidad e identidad del menor (= “elementos subjetivos y psicológicos”). Negar efectos jurídicos en España a la filiación que consta en la certificación californiana supondría que los menores tienen “padres distintos” según el país del que se trate. En California, sus padres son unos, pero en España sus padres son otros, “*de modo que sus padres [son] distintos cada vez que cruzan una frontera*”¹³¹. Los menores son titulares del derecho a una “identidad única” que se debe respetar “*por encima de las fronteras estatales*”. La doctrina del TJUE apunta en esta misma dirección (STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*¹³², STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*¹³³, STJUE 14 octubre 2008, as. C-353/06, *Grunkin-Paul*). Estos pronunciamientos subrayan que los menores (= e incluso, en general, las personas, como se aprecia en la STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*¹³⁴), son titulares del derecho a disponer de una “filiación única válida en varios países” y de un “nombre y apellidos únicos”, válidos también en varios países. Este derecho a la identidad única del menor puede exigir que el nombre y apellidos, así como la filiación de un menor, otorgados en un Estado sean respetados por el Derecho de los demás Estados. Las citadas sentencias del TJUE presentan “un valor supraeuropeo”¹³⁵. El derecho a una “identidad única” pertenece a todos los menores, pues deriva del art. 3 CDN.

2º) *Perjuicios indirectos*. Como consecuencia de la quiebra de identidad de los menores, éstos sufren ulteriores perjuicios (= perjuicios indirectos): (i) La filiación de estos menores en España no coincide con la filiación que tienen en el Estado de origen. Los menores “pierden un progenitor”, pues son considerados hijos, exclusivamente, de la mujer que da a luz y no de los dos “comitentes” y quedan a cargo de una mujer que sólo accedió a gestarlos; (ii) Los menores carecen de la nacionalidad española, pues ésta depende de su filiación, y si no se admite ésta tal y como se determinó en el Estado de origen (= Estados Unidos de América), en favor de los comitentes, resulta que los menores carecerán de nacionalidad española. Y la nacionalidad constituye un elemento de la identidad de la persona.

¹³¹ RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo quinto.

¹³² *Recopilación*, p. I-01191.

¹³³ *Recopilación*, p. I-11613.

¹³⁴ *Recopilación*, p. I-01191. *Vid.* igualmente las muy interesantes conclusiones del Sr. Abogado General JACOBS, especialmente en el punto 39 de las mismas, de fecha 9 diciembre 1992.

¹³⁵ En el ámbito del Derecho de la UE, la determinación de la filiación en un Estado miembro de la UE plantea problemas particulares ligados a los derechos fundamentales que el Derecho de la UE atribuye a los ciudadanos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro (= “ciudadanos europeos”). En efecto, en los casos en que el nacido sea considerado “hijo” de determinadas personas por el Derecho de un Estado miembro de la UE y así haya sido inscrito en los Registros de dicho Estado, y con independencia de que el nacido sea doble nacional o no lo sea, resultaría que si se obligara al nacido a ser considerado “hijo” de unas determinadas personas y no de otras, se vulneraría el derecho a la “libre circulación” del nacido en la UE (art. 18 TCE). Si cada vez que el nacido “cruza la frontera”, resulta que cambia su filiación, se producirían “riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación de los interesados”, que pueden “causar graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado” (= son palabras extraídas de la STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*, *Recopilación*, p. I-11613). En definitiva, en dicho supuesto, se dañaría la libre circulación de personas en la UE, pues los ciudadanos comunitarios se sentirían “desincentivados” y “obstaculizados” a trasladarse a otros Estados miembros si cada vez que cruzan las fronteras entre los Estados miembros, su filiación, y por tanto, su misma identidad, cambiase. La jurisprudencia del TJUE recaída en materia de nombre y apellido de las personas físicas apunta ya la solución jurídica: cuando un sujeto tenga “doble filiación” otorgada legalmente por dos Derechos de dos Estados Miembros de la UE, se deberá preferir como “filiación prevalente” una de las dos, que será, normalmente, la filiación elegida por el sujeto interesado o por sus representantes en el supuesto de su menor edad, siempre que esta situación no haya sido el resultado de maniobras estratégicas de los particulares (= mediante la búsqueda por los interesados de un foro de conveniencia: *Bad Forum Shopping*), y siempre que la admisión en un Estado miembro de la filiación del sujeto otorgada en otro Estado miembro no produzca resultados su orden público internacional (= lo que podría verificarse si la filiación elegida por los padres o representantes legales del sujeto, menor de edad, como “filiación prevalente”, perjudicara a dicho menor, pues en dicho supuesto, la certificación registral extranjera en la que consta es concreta filiación dañaría muy probablemente la estructura jurídica fundamental del Estado miembro de destino de dicha certificación registral).

La existencia de este perjuicio la confirma el propio TS, cuando afirma en su ATS 2 febrero 2015 que dicho perjuicio no se produce si, tras la denegación del reconocimiento en España de la filiación de los menores acreditada en California, se procede a su adopción por los comitentes o a la determinación de la filiación biológica respecto del padre biológico. Traducción de las palabras del TS: si se deniega el reconocimiento en España de la filiación de los menores acreditada en California, los menores no tendrán nacionalidad española, que es lo que en realidad ocurre. *Ergo*, la postura del TS consiste, en realidad, en afirmar que la denegación de dicho reconocimiento impide que los menores tengan la nacionalidad española¹³⁶; (iii) *Privación de derechos sucesorios*. Al no ser considerados, en España (= Estado de destino), “hijos” de sus comitentes, estos niños no pueden heredar de los mismos a título de “hijos”. Sus derechos hereditarios quedan dañados. En suma, esta catarata de perjuicios jurídicos es catastrófica para el menor en cuestión (P. LAGARDE)¹³⁷. El art. 8 CEDH impone la necesidad de “otorgar al menor el régimen jurídico más favorable en conformidad con su interés superior”, esto es, en su caso, el régimen de “hijo legal” respecto de los padres contratantes, con arreglo al Derecho extranjero donde la filiación ha sido acreditada (R. BARATTA).

Estas consecuencias negativas vulneran el art. 3 CDN 20 noviembre 1989 y el “interés superior del menor” y por ello, deben evitarse (F. MOSCONI, A. CATTÀ, G. CUNIBERTI) (Sent. Cour d’appel Paris 25 octubre 2007, Sent. corte d’appello Bari 13 y 25 febrero 2009 [una decisión inglesa que atribuye la maternidad legal a una mujer que no fue la que dio a luz al menor, todo ello en virtud de un acuerdo de maternidad subrogada, debe ser transcrita al Registro Civil italiano en virtud del interés superior del menor, que constituye el “*parametro di valutazione della contrarietà o meno di un atto straniero all’ordine pubblico internazionale*”], RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y padres españoles])¹³⁸.

70.f) Filiación a favor de sujetos del mismo sexo y orden público internacional. Debe indicarse que en ciertos Estados se expiden certificados registrales en cuya virtud se constata la filiación de un sujeto en favor de dos progenitores del mismo sexo, por ejemplo cuando el nacido lo ha sido por técnicas de reproducción asistida y, en su caso, gestación por sustitución. Pues bien, esta circunstancia no activa el orden público internacional español (RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y padres españoles]). Diversos argumentos sostiene la anterior afirmación: (a) En Derecho español también es posible que la filiación se inscriba en favor de dos mujeres (art. 7.3 Ley 14/2006, modificado por Ley 3/2007), razón por la cual no puede afirmarse que el orden público internacional español impone que la filiación natural de un sujeto deba constar a favor de dos personas de sexo distinto (RDGRN [8ª] 26 noviembre 2008, RDGRN [4ª] 14 octubre 2008 [hijo de madre que da a luz y de su esposa], RDGRN [5ª] 11 enero 2007 [filiación de nacido por técnicas de reproducción asistida de mujer casada con otra mujer pero antes de la Ley 3/2007], RDGRN [3ª] 17 abril 2008 [inscripción de maternidad], RDGRN [3ª] 17 mayo 2008 [inscripción de maternidad]); (b) En el Derecho español, la filiación no se determina necesariamente por el hecho de la “vinculación genética” entre los sujetos implicados (*vid.* en los Estados Unidos la muy importante sentencia del Tribunal de apelación de California, Cal. App. 4th 1410, 1998, *Buzzanca* [la filiación se determina por el “consentimiento inicial a ser padres”])¹³⁹. Por estas razones, no deben existir obstáculos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones o de dos mujeres.

¹³⁶ P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1).

¹³⁷ P. LAGARDE, “Nota a Sent. Cass Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]”, *RCDIP*, 2009, pp. 320-331.

¹³⁸ S. TONOLO, “Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni”, *RDI*, 2014, pp. 1123-1147; S. TONOLO, “La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore”, *RDIPP*, 2014, pp. 81-104.

¹³⁹ “*Parents who agree to procreate together, by whatever means, are the parents of the child because they chose to bring the child into being. Further, such people are likely to have the child’s best interests at heart*” (*Marriage of Buzzanca* (1998) 61 Cal.App.4th 1410).

71. g) *Análisis de la existencia de “fraude” o “Forum Shopping”*. El TS realiza diversas consideraciones sobre el *Forum Shopping* llevado a cabo por los comitentes y lo vincula a la infracción del orden público internacional español, con lo que recae en el mismo error metodológico de cierta jurisprudencia francesa¹⁴⁰. Esto es, para el TS, la búsqueda consciente y a propósito de un resultado ilegal para el Derecho español pero legal para el Derecho de otro Estado comporta que deba activarse el orden público internacional español para impedir que tal resultado se pueda introducir en el orden jurídico español. Pues bien, la existencia de un “fraude” o “*Forum Shopping*” en la actuación de los particulares debe ser examinada *cum grano salis*: (a) No puede afirmarse que tal movimiento fraudulento exista en todos los casos de filiación determinada en el extranjero tras una gestación por sustitución. En efecto, existen supuestos en los que los comitentes tienen su residencia habitual en un país cuyas leyes admiten la gestación por sustitución, por lo que no acuden a un país con el mero y solo objetivo de lograr una filiación determinada: ya viven allí. En tal caso, podría acudirse a un orden público internacional de proximidad. Se trataría de una situación legalmente nacida en el extranjero y sólo débilmente conectada con la sociedad española, razón por la que no debería intervenir ni el orden público internacional español ni ninguna sanción a un inexistente *Forum Shopping* fraudulento; (b) La existencia de un “*Forum Shopping*” debe interpretarse restrictivamente y con atención, en todo caso, al caso concreto; (c) Debe tenerse en cuenta que no resulta acorde con el interés del menor (art. 3 CDN 1989) el rechazo sistemático en España de la filiación determinada en el extranjero como mecanismo de castigo legal a una serie de operaciones llevadas a cabo por sus (presuntos) padres adultos con el fin de evitar la aplicación de la Ley española (sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13). Como antes se ha indicado, incluso en los casos en los que haya existido tal movimiento legal estratégico, éste no puede castigarse con mecanismos jurídicos que supongan un perjuicio para el menor, pues ello vulnera el principio del interés superior del menor. En efecto, el *Forum Shopping* fraudulento es una excepción al reconocimiento en España de decisiones extranjeras que ha sido diseñada para “castigar” a los responsables de dicho movimiento de “deslocalización artificial de la relación jurídica” (= internacionalización ficticia o artificial de la situación jurídica), movimiento con el que esperan lograr algún beneficio legal. Sin embargo, en estos casos, apreciar *Forum Shopping* fraudulento no es siempre procedente, porque los menores no son responsables de los actos de sus padres y negar el reconocimiento del acta registral extranjera por haber sido lograda mediante *Forum Shopping* podría conducir a “castigar a los hijos”, a los que se priva de una filiación, debido a una “deslocalización artificial de la relación jurídica” no realizada por ellos, sino por sus presuntos padres (S. BOLLÉE, G. CUNIBERTI)¹⁴¹. Como ha escrito con bien cortada pluma A. GOUTTENOIRE, “*el recurso al interés del menor permite recordar que en ningún caso son los menores los que deben pagar el precio de las consecuencias de los actos de los adultos, aunque estos actos resulten contrarios a los principios esenciales del Derecho civil o penal*”¹⁴².

Por otro lado, como antes se ha indicado, el rechazo al reconocimiento en España de decisiones extranjeras basado en la lucha contra el *Forum Shopping* fraudulento defiende la coherencia de la legislación imperativa de un Estado, interés perfectamente legítimo y necesario. Ahora bien, la lucha contra el *Forum Shopping* y contra los movimientos estratégicos de los particulares que persiguen burlar la normal aplicación de las normas imperativas de un Estado no puede llevarse a cabo a toda costa. En efecto, la lucha contra el *Forum Shopping* no puede comportar un sacrificio, menoscabo o perjuicio del interés del menor, porque este interés es «superior» a la defensa de la coherencia de la aplicación de la legislación imperativa del Estado y debe, por tanto, prevalecer. Si prevaleciese la lucha contra el fraude sobre el interés superior del menor y sobre los derechos de éste, se llegaría a una «*paralysie des droits fondamentaux*», como subraya P. HAMMJE¹⁴³. Una reflexión final sobre este aspecto es necesaria.

¹⁴⁰ S. BOLLÉE, “Nota a Sent. Cour Cassation 10 marzo 2014 y Sent. TGI Versailles 29 abril 2014”, *RCDIP*, 2014, pp. 619-629.

¹⁴¹ S. BOLLÉE, “Nota a Sent. Cour Cassation 10 marzo 2014 y Sent. TGI Versailles 29 abril 2014”, *RCDIP*, 2014, pp. 619-629; G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. C de 25 octubre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153; J. GUILLAUMÉ, «Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014», *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1281.

¹⁴² A. GOUTTENOIRE, en www.blog.dalloz.fr, 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. Cour d’Appel de Paris de 25 octubre 2007: “*Le recours à l’intérêt supérieur de l’enfant permet de rappeler que ce ne sont pas les enfants qui doivent payer le prix des conséquences des actes des adultes, fussent-ils contraires à des principes essentiels du droit civil et pénal*”.

¹⁴³ P. HAMMJE, «Nota a sents. Cour Cass. Francia de 13 septiembre 2013», *RCDIP*, 2013, pp. 909-915.

La sanción legal a un movimiento de *Forum Shopping* fraudulento debería operar sólo y exclusivamente en los casos en los que el orden público internacional no pueda intervenir. En caso contrario, el castigo del *Forum Shopping* fraudulento se confunde con el mismo orden público internacional. Y eso precisamente es lo que hace, de modo erróneo, la STS 6 febrero 2014; (d) Debe recordarse, igualmente, que resulta cuanto menos llamativo que el TS proteste por los movimientos para eludir la ley que ciertos españoles llevan a cabo cuando se trasladan a otros países con legislaciones permisivas en relación con la gestación por sustitución cuando el legislador español, las autoridades registrales españolas y los tribunales españoles se muestran más que permisivos con los extranjeros que acuden a España en busca de una legislación permisiva para, por ejemplo, contraer matrimonio entre dos personas del mismo sexo. En tales casos, al legislador y a los tribunales españoles les importan más bien poco, o mejor dicho nada de nada, los valores imperativos de las normas imperativas extranjeras, valores sobre los que el legislador y los tribunales españoles imponen los valores jurídicos españoles (= derecho a contraer matrimonio sin distinción de sexo)¹⁴⁴.

72. h) El hechizo de la Ley española. En realidad, lo que el TS sostiene en su STS 6 febrero 2014 es que el principio del “interés superior del menor” está subordinado a otro interés, éste sí verdaderamente superior para el TS: la autoridad de la Ley, el imperio de la Ley, el respeto del Derecho positivo, el respeto y la obediencia estricta a la letra de la norma legal española, la seguridad jurídica formal. La norma legal aquí implicada y reverenciada es el art. 10 Ley 14/2004. En efecto, como antes se ha subrayado, para el TS, el “interés superior del menor” no puede emplearse para desviarse de la solución concreta prevista en la Ley. La Ley manda sobre todo y eso incluye, también, su prevalencia sobre el “principio del interés superior del menor”, postura compartida por cierta doctrina¹⁴⁵. Ésta es la auténtica razón por la que el TS deniega los efectos jurídicos en España de la resolución californiana de filiación. Ahora bien, dicha “razón” constituye un conglomerado de confusiones, desaciertos, equívocos e inexactitudes que no pueden ni deben ser pasados por alto. Dicho, de nuevo, con el máximo respeto, lo que al TS le preocupa no es la dignidad de la mujer gestante, de la que no se ocupa en absoluto en su sentencia, ni de los menores, a los que deja sin padres y sobre los que se limita a “proponer” su acogimiento familiar o su adopción. Lo único que verdaderamente preocupa al TS es el respeto a la letra de la Ley. El respeto a las palabras del art. 10 Ley 14/2006. El positivismo legalista. Y si el respeto al texto literal de la Ley española comporta un perjuicio jurídico para el menor, pues que así sea, porque el legislador nunca se equivoca. El legislador español siempre tiene razón. La Ley española es, para el TS, la expresión máxima e irreductible de la Justicia. Por ello debe ser obedecida siempre y en todo caso. Como es evidente, este planteamiento constituye un profundo error metodológico y sustancial. Debe recordarse, en este sentido, nuevamente, que el principio del “interés del menor” se contiene en una norma jurídica de Derecho positivo, el art. 3 CDN 1989, y que tal principio es “superior” y que, por ello, debe imponerse, cuando proceda, sobre el art. 10 Ley 16/2006 y que debe ser empleado para definir qué se entiende por “orden público internacional español” por encima de cualquier otro principio. El TS ignora este dato (= error de método y de concepción del sistema jurídico) y por eso se equivoca. Dicho con la mayor consideración hacia el alto tribunal, el TS está bajo el hechizo del positivismo legalista y nacionalista que le conduce a pensar que toda la Justicia se condensa en las normas de Derecho español con forma de Ley. El hechizo de la Ley española.

b) Falsas soluciones: adopción de los menores / reclamación de la paternidad biológica.

73. Para minorar los efectos negativos que produce sobre los menores la falta de reconocimiento en España de la filiación de los menores acreditada por la certificación registral extranjera, efectos negativos, y esto es grave, de los que el TS es plenamente consciente, sugiere el TS dos soluciones

¹⁴⁴ J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Chunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1281.

¹⁴⁵ A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. p. 275.

compatibles entre sí: (a) Que el progenitor biológico de los menores reclame judicialmente la filiación de los menores; (b) Que los comitentes soliciten *ex novo*, en España, la adopción del menor o su acogimiento familiar (STS 6 febrero 2014, FD 5.11)¹⁴⁶. Ambas soluciones, como se verá, comportan notables perjuicios para los menores.

74. a) La falsa solución de la reclamación judicial de la paternidad sobre el menor por parte del progenitor biológico del mismo. Esta solución perjudica al menor por dos sencillas razones: 1º) Nadie puede ser obligado a ejercitar una acción de reclamación judicial de la paternidad sobre el menor. En consecuencia, si ello no se produce, el menor se queda sin padres, lo que, evidentemente, no encaja correctamente con el interés del menor. Si el menor ha nacido con una minusvalía, por ejemplo, su padre biológico podría no querer ejercitar dicha acción judicial. ¿Obligará el TS a su padre biológico a ello? ¿Qué ocurre si no es posible identificar al varón que aportó su material genético o si se produjo un error y se fecundó el óvulo con el material de varón desconocido?; 2º) Entre tanto se produce el ejercicio de dicha acción judicial o no, el menor queda en una situación de total incerteza jurídica; 3º) En todo caso, e incluso cuando uno de los comitentes hubiera ejercitado la acción de reclamación de la paternidad, el niño tendría un padre legal y no dos, lo que, de nuevo no es la mejor solución desde el punto de vista del interés y el bienestar del menor.

75. b) La falsa solución de la adopción o acogimiento familiar. La adopción del niño o su acogimiento familiar por parte de los comitentes es una solución que, como bien ha demostrado E. LAMM, perjudica al menor¹⁴⁷. Así lo ha señalado, en un supuesto muy similar de reconocimiento de filiación tras una gestación por sustitución en los EE.UU, el BGH alemán (sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13). El BGH indicó que la presunta solución de no reconocer en Alemania la filiación del menor establecida en California y recomendar que el menor sea adoptado por los comitentes, y en especial, por el varón que no es padre biológico del niño, es una solución que perjudicaría al menor. Como ha demostrado el BGH alemán, tres razones muy claras permiten descartar la adopción del menor como una solución jurídicamente correcta desde el punto de vista del interés del menor.

Primera razón. El resultado de esta “adopción futurible” hubiera sido igual al que se alcanzaría con el reconocimiento en España de la filiación de ambos varones establecida en la resolución californiana: ante la Ley, el menor sería considerado “hijo” de ambos comitentes a todos los efectos legales. Por tanto, desde el punto de vista de la situación jurídica del menor, el resultado que se alcanza con la adopción no es mejor que el que se alcanza con el reconocimiento en España de la filiación californiana del niño.

Segunda razón. Una posible y futurible adopción sobre el menor constituida en España no sería reconocida en los EE.UU, pues en dicho país los “adoptantes” son ya considerados “padres” legales del menor. Ello coloca al menor en una situación perjudicial: su vida privada y su derecho a una identidad personal resultarían dañadas porque el menor sería “hijo natural” de unas personas en los EE.UU mientras que en España sería “hijo adoptado” de esas mismas personas.

Tercera razón. Debe recordarse que nadie puede ser obligado a adoptar a otra persona. Por tanto, si uno de los varones alemanes cambia de opinión y/o se niega por cualquier razón a adoptar al menor en España, por ejemplo, porque el niño ha nacido con una discapacidad o *handicap* funcional, éste quedaría jurídicamente desprotegido. El TS español no puede garantizar, de ningún modo, que la adopción del menor en España vaya a producirse.

¹⁴⁶ STS 6 febrero 2014, FD 5.11: “Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar”.

¹⁴⁷ E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, Barcelona, 2013, pp. 233-239.

3. La posición del Tribunal Europeo de Derechos humanos: el interés del menor obliga a limitar la intervención del orden público internacional.

A) El atlante dormido despierta. El TEDH y el Derecho internacional privado.

76. El TEDH ha sido un atlante dormido para el DIPr. durante décadas. Más cincuenta años de jurisprudencia del TEDH han transcurrido sin que hubiera, en realidad, sentencias relevantes para el DIPr. Sin embargo, casi por sorpresa, el TEDH ha entrado en escena como un protagonista de primer orden en el excesivamente clásico y académico mundo del DIPr. En particular, desde el comienzo del nuevo siglo XXI, el TEDH ha escanciado una importante jurisprudencia que afecta, principalmente, a la validez en un Estado de las situaciones jurídicas legalmente constituidas en otro Estado y al papel que, en dicho proceso, juega la cláusula - excepción del “orden público internacional”. El TEDH ha despertado las conciencias de todos aquéllos que han exagerado la misión del orden público internacional y que, en dicho contexto, habían olvidado que el DIPr. está presidido por valores materiales de primera magnitud, como por ejemplo, el interés superior del menor. El orden público internacional está al servicio de dichos valores materiales. Es su última línea de defensa.

77. En los años 2014 y 2015 el TEDH ha dictado diversas e importantes sentencias relativas a los efectos jurídicos en un Estado parte de una filiación establecida en otro Estado respecto de niños nacidos en virtud de técnicas de gestación por sustitución. Se trata de las siguientes: (i) STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*; (ii) STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*; (iii) STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*.

78. Puede afirmarse, en síntesis, que el TEDH sostiene que no puede emplearse la cláusula de orden público internacional para rechazar, de modo sistemático, en un Estado parte en el CEDH, la filiación de un menor legalmente establecida en el extranjero en casos de gestación por sustitución¹⁴⁸. Precisa el TEDH que dicho reconocimiento debe aceptarse para salvaguardar, en primer lugar, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, y en segundo lugar, el derecho a la vida familiar de dicho menor y de los sujetos que tomaron la decisión de ser sus padres (= los comitentes o “*parents d’intention*” / “*intended parents*”). Debe recordarse, como ha aclarado la Consulta DGRN 11 julio 2014, que, incluso en los casos fallados por el TEDH en los que no ha sido parte España, las sentencias del TEDH tienen para España un valor de primera magnitud, pues despliegan “*el efecto interpretativo que deriva del art. 10.2 CE 1978 y que el TC viene reconociendo al acatar la doctrina expuesta en aquéllas*”¹⁴⁹.

79. Los dos “casos franceses” sobre los que se pronunció en 2014 el TEDH presentan caracteres similares (STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia* y de la STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*).

Se trataba de matrimonios formado por ciudadanos franceses, marido y mujer, que se trasladaron a los EE.UU y contrataron los servicios de otra mujer, madre subrogada. Tras la implantación de embriones, en un caso, la mujer gestó y dio a luz dos niñas gemelas (= caso *Labassee*) y en el otro caso gestó y dio a luz a una niña (= caso *Mennesson*). En ambos casos, el material genético paterno correspondía al marido de la pareja francesa, es, al Sr. Labassee y al Sr. Mennesson. En ambos casos, de nuevo, tribunales de California y de Minnesota declararon respectivamente, por sentencia judicial, que cada una de las parejas francesas eran los padres legales de las respectivas niñas con arreglo al Derecho de los EE.UU. Los ciudadanos franceses instaron la inscripción de esta filiación en el Registro Civil francés.

Tras diversas y tortuosas vicisitudes y batallas judiciales y registrales varias, la *Cour de Cassation* francesa denegó la inscripción de la filiación de las niñas en el Registro Civil francés. La *Cour*

¹⁴⁸ J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 1-4.

¹⁴⁹ <http://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion-registral-de-los-ninos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/1583>;

de *Cassation* consideró que la gestación por sustitución es un contrato afectado de nulidad radical ya que vulneraba una “norma de “orden público”. La *Cour de Cassation* aplicó el art. 16-7 y 16-9 del Código Civil francés. El primer precepto de los citados indica que “[t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle” y el segundo deja claro que la anterior norma constituye una norma imperativa, no disponible por las partes, y de observancia obligatoria en todos los casos (= “*disposition d’ordre public*”). La *cour de cassation* utilizó el mecanismo del orden público internacional para rechazar el reconocimiento de las sentencias norteamericanas que establecían la filiación de las niñas en relación con sus comitentes. Vista la negativa a la inscripción registral y al reconocimiento de la filiación de las niñas, los ciudadanos franceses recurrieron contra dichos pronunciamientos de la *cour de cassation* ante el TEDH.

A juicio del TEDH, la denegación del reconocimiento en Francia de las sentencias norteamericanas que establecían la filiación de los niños nacidos en los EE.UU en virtud de gestación por sustitución, vulneraba el art. 8 CEDH. Dicho precepto indica que los Estados partes en el CEDH deben respetar “la vida privada y familiar” de las personas. Al ser menores varios de los afectados, se produce, según los recurrentes, un evidente perjuicio para el “interés superior del menor” derivado del hecho del rechazo, en Francia, al reconocimiento de una filiación legalmente establecida en el extranjero en relación con los niños en cuestión. El TEDH da la razón a los padres y a los hijos gemelos: el derecho a una vida privada de los menores (art. 8 CEDH) exige que éstos sean considerados “hijos” de ambos comitentes en Francia, aunque sólo uno de éstos era padre biológico de estos niños. Esto es, para respetar el derecho a una vida privada de los menores, resulta preciso reconocer en Francia el vínculo de filiación establecido en EE.UU. Así lo admite, de manera transparente la DGRN en su Consulta DGRN 11 julio 2011 FD VIII: es necesario el reconocimiento de dicha filiación en el Estado de destino para no vulnera el art. 8 CEDH¹⁵⁰. El reconocimiento en el Estado de destino de dicha filiación acreditada legalmente en el Estado de origen es necesario para no vulnerar el art. 8 CEDH¹⁵¹. Por otro lado, el TEDH estima que no ha habido, *in casu*, infracción del derecho a una vida familiar en Francia puesto que aunque los menores no fueron considerados hijos de los “*intended parents*”, no se les impidió vivir en Francia como una familia.

80. En el caso italiano, esto es en el caso origen de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, una pareja formada por dos cónyuges italianos, el varón Sr. Giovanni Paradiso y la mujer Sra. Donatina Paradiso, acudieron a una clínica moscovita. Allí contrataron los servicios de una mujer que gestó y dio a luz a un bebé que nació en Rusia. Con arreglo al Derecho ruso, el niño es considerado como “hijo” de los ciudadanos italianos. El óvulo empleado pertenecía a una mujer que no era ni la mujer gestante ni la Sra. Campanelli. Aunque al principio se creyera que sí, resulta que el material genético masculino no pertenecía al Sr. Paradiso. Por tanto, no existía ninguna vinculación biológica entre el menor y sus comitentes. Una vez de regreso en Italia, los ciudadanos italianos fueron acusados de diversos delitos. Además, se les privó de la custodia del bebé, que fue entregado a una “casa de acogida” (*casa famiglia*) en Campobasso, Molise, Italia. Del mismo modo, se denegó todo efecto legal en Italia al certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas, pues se consideró que el reconocimiento de dicho certificado vulneraba el orden público internacional italiano. Por si fuera poco, las autoridades italianas activaron el procedimiento de adopción del menor en favor de terceros y estimaron que los comitentes no eran aptos para adoptar al menor porque habían intentado burlar la aplicación del Derecho italiano, aunque habían sido declarados aptos para la adopción en 2006.

Los ciudadanos italianos recurrieron ante el TEDH y reclamaron su derecho a relacionarse con el menor, con el que formaban una familia. El TEDH estimó que las autoridades italianas habían vulne-

¹⁵⁰ Consulta DGRN 11 julio 2011, FD VIII: “*en efecto, el 26 de junio de 2014 el TEDH ha dictado sendas sentencias en los asuntos 65192/2011 (Mennesson c/Francia) y 65941/11 (Labassee c/ Francia) en la que declara que viola el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo en un país cuya legislación, aplicable al caso según las normas de conflicto francesas, admite la legalidad de la filiación declarada mediante sentencia judicial*”.

¹⁵¹ S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

rado el art. 8 CEDH (derecho a una vida familiar) al imponer una medida extrema (= la total separación del menor respecto de los comitentes) que no era necesaria ni proporcionada, pues dicha medida extrema debe reservarse para el caso en el que el menor se halla en situación de grave “peligro” (= abusos sexuales, violencia, riesgo para la salud física o psicológica, desequilibrios psíquicos de los padres, etc.). Ninguna situación de “grave peligro” se acreditó en este caso. El TEDH no se pronunció sobre la validez en Italia del vínculo de filiación establecido legalmente en Rusia sino exclusivamente sobre el derecho de los particulares implicados a tener una “vida familiar”. Vida familiar que, naturalmente, era imposible si el menor era separado forzosamente de los comitentes a pesar de que el menor no se encontraba en ninguna situación de “peligro”. Los comitentes no reclamaron ante el TEDH que el vínculo de filiación legalmente establecido en Rusia fuera reconocido en Italia, razón por la que el TEDH no se pronunció sobre esta cuestión ni a favor ni en contra, lo que ha sido recordado, con razón, por el ATS 11 marzo 2015.

C) Doctrina del TEDH y la filiación, establecida en el extranjero, de los niños nacidos en virtud de técnicas de gestación por sustitución.

81. La doctrina sentada por el TEDH debe ser objeto de una aproximación analítica que puede concretarse en los puntos siguientes, bien expuestos por F. CHÉNÉDÉ¹⁵².

82. a) *Regulación de la gestación por sustitución en los casos internos o meramente nacionales.* En principio, los Estados partes en el CEDH 1950 son libres para regular en sus legislaciones internas, como tengan por conveniente, la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. En particular, el CEDH 1950 no obliga a ningún Estado a reformar sus leyes y a admitir la filiación de estos niños nacidos en virtud de esta técnica de reproducción asistida en favor de los comitentes. En España, por ejemplo, la legislación civil pivota sobre dos puntos: (a) La Ley prohíbe estos contratos de gestación por sustitución y los considera nulos de pleno derecho; (b) La Ley no otorga ningún efecto legal a estos contratos en relación con la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Esos niños se consideran “hijos” de la mujer que da a luz, no de los “padres de intención”. El CEDH 1950 no obliga a España a cambiar dicho régimen jurídico y el TEDH tampoco. De hecho, muchos Estados europeos rechazan, al igual que España, esta filiación, prohíben estas técnicas de reproducción humana asistida e incluso castigan con penas de privación de libertad a los que intervienen en las mismas. Las sentencias dictadas por el TEDH en 2014 y 2015 no cambian esta situación¹⁵³.

Los argumentos que el TEDH emplea para sustentar la afirmación anterior son los que siguen: (i) Los distintos Estados europeos mantienen posiciones muy diversas sobre la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. Por otro lado, el TEDH subraya que la cuestión no aparece resuelta de una manera expresa y directa por el Convenio europeo de derechos humanos. Ello aconseja que el TEDH no imponga una “solución uniforme europea” sobre estos temas a todos los Estados partes; (ii) La gestación por sustitución suscita “delicadas cuestiones éticas”. Ello significa que, visto que existe un debate abierto sobre la cuestión desde el punto de vista legal y ético, es conveniente que cada Estado pueda mantener su postura legal propia, que no tiene por qué coincidir con la de los demás Estados partes. En virtud de ambos elementos, el TEDH indica que no existe un consenso europeo sobre la cuestión ni desde el punto de vista legal ni ético, y que, por tanto, los Estados partes disponen de un amplio margen de apreciación en sus opciones legislativas sobre relativas a la gestación por sustitución. En consecuencia, la regla general en esta cuestión es que los Estados partes puede regular libremente la cuestión de la gestación por sustitución en sus legislaciones nacionales. Los Estados partes pueden, por tanto, si así lo deciden, negar la filiación de los niños nacidos en virtud de gestación por sustitución en relación con los comitentes (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 56). Por

¹⁵² F. CHÉNÉDÉ, «Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme», *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1797-1802.

¹⁵³ J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1270.

tanto, se equivocan los autores y expertos que han subrayado, no sin buenas intenciones, pero con un enfoque distorsionado, precipitado y poco reflexivo, que, tras las dos citadas sentencias del TEDH el legislador español está obligado a modificar la Ley 14/2006 y a permitir los contratos de gestación por sustitución y a admitir la filiación de los así nacidos en relación con los comitentes.

83. b) Casos internacionales (I). Normas para desincentivar el turismo procreativo y la gestación por sustitución en el extranjero por parte de residentes en un Estado. El orden público internacional. Los Estados partes en el CEDH 1950 son también libres para tratar de desincentivar a sus nacionales, a través de medidas recogidas en sus respectivas legislaciones, a fin de que éstos no acudan a otros países donde las prácticas de gestación por sustitución se permiten y logren, así, “burlar” la aplicación de la Ley nacional del Estado de destino que prohíbe estos contratos, que castiga estas conductas y que rechaza esta filiación. Dicho esto, varios aspectos concretos deben subrayarse.

1º) En principio, los Estados partes pueden negar, en su orden jurídico, -dice el TEDH-, los efectos legales de la filiación establecida en otros Estados respecto de nacidos en virtud de gestación por sustitución (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 58). El art. 8.2 CEDH así lo permite. Esto es, en presencia de determinadas circunstancias, un Estado parte puede denegar dicho reconocimiento a pesar de que con ello se vulnere el principio de no injerencia del Estado en la vida familiar y/o en la vida privada.

2º) Dicha negativa al reconocimiento de la resolución extranjera en la que consta la filiación legalmente constituida en otro país tiene lugar, en los casos internacionales regulados por normas de DIPr., a través de la típica, clásica y tradicional cláusula de “orden público internacional”. En efecto, un Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos puede entender que la admisión, en dicho Estado, de la filiación acreditada en otro país en relación con un nacido en virtud de gestación por sustitución daña los principios legales fundamentales que constituyen la estructura jurídica esencial de su sociedad y de su ordenamiento jurídico. En tal caso, las autoridades del Estado de destino pueden activar el orden público internacional de su Estado y pueden denegar dicho reconocimiento.

3º) Ahora bien, transparente debe quedar que dicha negativa a dar efectos a dicha filiación mediante el recurso al orden público internacional del Estado de destino no puede operar como una regla sistemática, axiomática, algebraica, abstracta y general. La activación del orden público internacional debe cumplir con varios requisitos: (a) Debe ser una activación razonada y proporcionada; (b) Debe respetar los derechos recogidos en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 en relación con el caso concreto. Ambos requisitos se hallan en el mismo art. 8.2 CEDH. Dicho precepto impone que las restricciones a dicho reconocimiento de filiación derivadas de una intervención del orden público internacional del Estado de destino deben estar debidamente justificadas. Con otras palabras, puede afirmarse que el recurso al orden público internacional no opera como un “cheque en blanco” concedido al Estado de destino para denegar los efectos de la filiación extranjera en su orden jurídico simplemente porque la gestación por sustitución está radicalmente prohibida en el Derecho de ese Estado de destino mediante normas imperativas (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, FD 80)¹⁵⁴.

84. c) Casos internacionales (II). Modulación valorativa del orden público internacional. Como se ha indicado, el orden público internacional sólo puede ser activado para rechazar el reconocimiento de la filiación constituida en otro país de un nacido en virtud de gestación por sustitución en presencia de determinadas circunstancias. En este sentido, es necesario introducir diversas precisiones adicionales.

1º) Negar el reconocimiento de la filiación de estos menores en el Estado de destino sólo puede justificarse en alguno de los motivos recogidos en el art. 8.2 CEDH. En concreto, y con mayor detalle, puede decirse que tal rechazo no se puede amparar en un recurso a la defensa de la “seguridad nacional”, ni de la “seguridad pública”, ni del “bienestar económico del país”, ni de la “defensa del orden

¹⁵⁴ S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

y la prevención del delito”. Las tres primeras nociones nada tienen que ver con estos casos. La cuarta, esto es, la “defensa del orden y la prevención del delito” tampoco resulta pertinente. En efecto, indica el TEDH que las operaciones y actividades de procreación asistida tienen lugar, íntegramente, en el Estado de origen (= Estado en el que, normalmente, tiene lugar la contratación, la gestación y el nacimiento del menor). Ello supone que, vista la territorialidad material de la Ley penal (= el Derecho Penal se aplica a los actos verificados en el territorio de dicho Estado), los actos realizados en el Estado de origen no constituyen “delitos” con arreglo al Derecho penal del Estado de destino. Por ello Francia (= Estado de destino) no pudo valerse de dicho argumento para denegar en Francia el reconocimiento de la filiación de los menores tal y como había sido acreditada en los EE.UU. (= Estado de origen) (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 53).

2º) Subraya el TEDH que el Estado de destino sí puede rechazar el reconocimiento de esta filiación en su orden jurídico a través de dos justificaciones legalmente recogidas en el art. 8.2 CEDH: (i) La protección de la salud o de la moral; y (ii) La protección de los derechos y las libertades de los demás (*vid.* STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 54). Por tanto, los Estados partes pueden, en principio, imponer restricciones al derecho a la vida privada y familiar mediante normas y prácticas en cuya virtud se niegue la filiación de los nacidos a través de gestación por sustitución, ya hayan nacido en el Estado de origen o en el Estado de destino. En los casos objeto de la STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, el TEDH entiende que Francia (= Estado de destino) podría negar los efectos de la filiación acreditada legalmente en los EE.UU. si considera que con ello se beneficia la salud y los derechos de los niños a los que se refiere la filiación así como la salud y los derechos de la madre subrogada.

3º) Ahora bien, como indica el art. 8.2 CEDH, las medidas legales de rechazo al reconocimiento de una filiación derivada de gestación por sustitución deben ser “necesarias en una sociedad democrática”. Ello significa que tales restricciones a los derechos individuales no sólo deben ser estar amparadas por los argumentos legalmente recogidos en el art. 8.2 CEDH, sino que deben ser, en todo caso, “proporcionadas”. Estas restricciones a los derechos recogidos en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos de 4 noviembre 1950 defienden intereses públicos (= intereses de la sociedad y/o del Estado). Se trata de intereses del Estado y/o de la sociedad o de la colectividad del Estado de destino. Como regla general, la defensa de estos “intereses generales” debe prevalecer sobre los “derechos individuales” de las personas concretas. Ésa es la idea que sustenta el art. 8.2 CEDH. Ahora bien, se trata de alcanzar un justo equilibrio, de modo que la defensa de los intereses generales no elimine sistemáticamente los derechos de los concretos particulares afectados. En la búsqueda de este “equilibrio axiológico” (= equilibrio entre intereses y valores enfrentados), un dato fundamental emerge: cuando está en juego la “situación de un menor”, el interés superior de éste debe prevalecer sobre los “intereses generales” (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, FD 75 y 80, STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 60 y 63 y 78). En este proceso de “búsqueda del equilibrio axiológico perfecto”, otro elemento resulta fundamental. No se puede castigar a los hijos por los actos de los adultos, por mucho que tales actos resulten ser ilegales o ilícitos. De ese modo, las medidas legales restrictivas que un Estado parte puede acordar contra los sujetos que intervienen en prácticas de gestación por sustitución no pueden comportar perjuicios legales para los menores implicados en los casos concretos (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 78).

85. d) Regla específica para los menores cuya filiación ha sido legalmente determinada en otro país. El TEDH indica que, en el supuesto de niños nacidos en virtud de gestación por sustitución y cuya filiación ha sido establecida legalmente en otro Estado, dicha filiación debe ser admitida en el Estado de destino y ello por dos razones: (a) Porque dicho reconocimiento es necesario para garantizar el respeto al derecho a la “vida privada” de los menores implicados; (b) Porque dicho reconocimiento asegura el derecho de tales menores y de sus “*intended parents*” (= comitentes) a su “vida familiar”. En consecuencia, es preciso realizar una distinción metodológica clave¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Muy bien expuesta por S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

1º) En los casos íntegramente nacionales, esto es, sin elementos extranjeros, los Estados partes en el CEDH 1950 son libres, como ya se ha avanzado, para regular en sus legislaciones nacionales, como tengan por conveniente, la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. Por tanto, los Estados pueden negar todo efecto legal a los contratos de gestación por sustitución y pueden considerar que los niños nacidos en virtud de estas técnicas de reproducción asistida son hijos de la madre gestante y no de los comitentes (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 56).

2º) En los casos en los que se solicita el reconocimiento en un Estado de la filiación legalmente establecida en otro Estado en relación con los niños nacidos en virtud de gestación por sustitución, el Estado de destino, Estado parte en el CEDH, está obligado a admitir dicha filiación en su orden jurídico y, en su caso, su inscripción en el Registro civil. Los dos derechos subjetivos recogidos en el art. 8 CEDH que obligan a admitir esta filiación en el Estado de destino requieren, como resalta C. FENTON-GLYNN, una explicación más profunda¹⁵⁶.

86. Primero. Defensa del derecho a la vida privada y derecho a la identidad de los menores (art. 8 CEDH). El TEDH indica que el rechazo, mediante el orden público internacional del Estado de destino, al reconocimiento de la filiación establecida legalmente en otro Estado en relación con menores nacidos en virtud de gestación por sustitución vulnera el derecho de los mismos a su “vida privada”. Esta afirmación del TEDH debe ser subrayada con el mayor énfasis¹⁵⁷. La vulneración al derecho a la vida privada se produce porque la falta de reconocimiento en el Estado de destino de la filiación de estos menores tal y como ha sido concretada en el Estado de origen, lesiona el “derecho a la identidad” de dichos menores. En efecto, la “identidad de la persona” forma parte de su derecho a una “vida privada”. El respeto al derecho a una “vida privada” exige que todas las personas dispongan de los datos de su identidad como ser humano, entre los cuales se encuentra su filiación (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, FD 85; STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 75). Se trata de que se respete tanto la identidad “física” como la identidad “social” de la persona (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 38). Pues bien, la falta de este reconocimiento de filiación supone una evidente lesión al derecho a la identidad de los menores. El no reconocimiento de la filiación de los menores en el Estado de destino supone que éstos quedan en una situación de “incertidumbre jurídica”. Los menores no son considerados hijos de sus “padres de intención” a pesar de que viven con ellos y con ellos forman una familia y a pesar de que son considerados “hijos” de tales padres en el Estado de origen. Al cruzar la frontera, la identidad de los menores cambia (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 75). Debe subrayarse que el TEDH enfatiza el hecho de que, cuando la persona titular de los derechos recogidos en el Convenio europeo de derechos humanos de 1950 es un menor, el interés superior del menor constituye un valor a defender por encima de cualquier otro interés. En definitiva, la lesión al derecho de los menores a su identidad en la sociedad francesa (= sociedad del Estado de destino) comporta perjuicios jurídicos y fácticos evidentes para tales menores. Tales perjuicios pueden concretarse en los que siguen.

(a) *Privación de filiación.* Los menores son considerados hijos de unas determinadas personas en el Estado de origen pero no son considerados hijos de esas mismas personas en el Estado de destino. En este último Estado, su filiación queda indeterminada y/o no coincide con la que tienen en el Estado de origen. En realidad, el derecho a que se reconozca en el Estado de destino la filiación establecida en el Estado de origen no depende de que los menores sean o no hijos biológicos de uno de los comitentes¹⁵⁸. En el caso de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, el nacido en Rusia

¹⁵⁶ C. FENTON-GLYNN, “Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy”, *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014-1, pp. 157-169.

¹⁵⁷ M. A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, (2014), pp. 9-44: “El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución, sin embargo, sí vulnera el derecho a la vida privada de los menores. Tal es la principal conclusión del TEDH”.

¹⁵⁸ Así se deduce del FD 100 de la STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*: «La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième

no era hijo biológico de ninguno de los comitentes. El TEDH subraya que si los menores son hijos biológicos de uno de los padres de intención, dicha filiación biológica cobra un “especial relieve”: “[c]ette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l’espèce, l’un des parents d’intention est également géniteur de l’enfant” (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 79). Ello significa que, cuando los menores son hijos biológicos de uno de los comitentes, dicha filiación biológica debe aceptarse en el Estado de destino. Ignorar tal filiación perjudica la identidad de todo individuo y por tanto, su “vida privada”. Y además, ello vulnera el interés superior del niño, puesto que “[a]u regard de l’importance de la filiation biologique en tant qu’élément de l’identité de chacun, on ne saurait prétendre qu’il est conforme à l’intérêt d’un enfant de le priver d’un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l’enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance”. Sin embargo, no debe olvidarse que en el caso de la STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, el TEDH no limita la necesidad de reconocer la filiación del nacido respecto de su padre biológico, sino respecto de los dos comitentes, esto es, de su íntegra filiación tal y como fue acreditada en el Estado de origen. Idénticas consideraciones son extraíbles del caso STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Menesson vs. Francia*, FD 98, donde el TEDH defiende los derechos sucesorios y el derecho a la nacionalidad de los menores nacidos en virtud de gestación subrogada sean o no hijos biológicos de alguno de los comitentes¹⁵⁹. Eso sí, cuando uno de los padres de intención es además padre biológico, el análisis del caso cobra una dimensión especial, más proclive, si cabe, al reconocimiento de la filiación en el Estado de destino. Por tanto, debe subrayarse que la atractiva expresión del TEDH en la que indica que cuando el menor es hijo biológico de uno de los padres de intención, dicha filiación biológica cobra un “especial relieve” no es más que un juego de palabras bonitas para evitar que cunda el pánico en los países, como Francia, Italia y España, en los que la gestación por sustitución no produce efectos en la filiación del menor. Sin embargo, en realidad esta expresión no significa nada. En efecto, el TEDH, *de facto*, obliga a los Estados partes a admitir la filiación de los menores nacidos tras una gestación por sustitución tal y como se ha acreditado en el extranjero, sea el menor hijo biológico o no de los comitentes. La expresión “cobra especial relieve” no es, pues, más que un placebo verbal.

(b) *Privación de nacionalidad*. Al seguirse el criterio del *jus sanguinis* en numerosos Estados de destino, los niños carecen de la nacionalidad de los comitentes, pues ésta depende de su filiación, y si no se admite ésta tal y como se determinó en el Estado de origen, los menores carecerán de la nacionalidad que ostentan los comitentes. Y la nacionalidad constituye un elemento de la identidad de la persona (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, FD 85; STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia* FD 76). Un elemento del que los menores se ven privados.

(c) *Privación de derechos sucesorios*. Además, al no ser considerados, en el Estado de destino, “hijos” de sus “intended parents”, estos niños no pueden heredar de los mismos a título de “hijos”.

requérantes, qu’en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu’à l’établissement en droit interne de leur lien de filiation à l’égard de leur père biologique, l’État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d’appréciation». Muy bien expuesto en M.A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, (2014), pp. 9-44: “Es cierto que en los casos *Menesson* y *Labassee* concurre la circunstancia de que uno de los padres intencionales es, además, padre biológico, lo que acentúa la vulneración del derecho a la identidad de los menores si se rechaza el reconocimiento del vínculo jurídico de la filiación. Ahora bien, tal circunstancia no justifica una lectura reduccionista de esta nueva jurisprudencia, que limite su alcance a un mero refrendo de la filiación por gestación por sustitución cuando esta tiene un origen biológico. Debe hacerse y está justificada una lectura más ambiciosa de estas Sentencias, dado que el criterio sentado del derecho a la identidad única se establece como categoría general y con manifestaciones concretas, por ejemplo para el ámbito de los derechos sucesorios de los menores, al margen de la existencia o no de vínculo biológico con los menores”.

¹⁵⁹ STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Menesson vs. Francia*, FD 98: «La Cour constate en outre que le fait pour les troisième et quatrième requérantes de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des premiers requérants a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu’il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d’État a souligné qu’en l’absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l’étranger à l’égard de la mère d’intention, l’enfant né à l’étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d’elle que si elle l’a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s’il était un tiers (paragraphe 37 ci-dessus), c’est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d’intention, fût-il comme en l’espèce le père biologique. Il s’agit là aussi d’un élément lié à l’identité filiale dont les enfants nés d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger se trouvent privés».

Podrán recibir bienes *mortis causa* de los comitentes pero a título de legatarios, esto es, como si fueran “terceros” y no “hijos” del causante, lo que perjudica sus derechos hereditarios.

87. *Segundo. Defensa del derecho a la vida familiar de los menores y de los comitentes (art. 8 CEDH).* El TEDH indica que el rechazo, mediante la cláusula de orden público internacional del Estado de destino, a la filiación de estos menores tal y como ha sido acreditada en el Estado de origen, puede perjudicar el derecho de tales menores a su “vida familiar”. En efecto, con frecuencia, los comitentes y los niños constituyen una “familia” y se han comportado como una “familia” durante años. Existe, pues, una “familia” legalmente constituida en el Estado de origen (= EE.UU. en los casos *Labasse y Mennesson* y Rusia en el caso *Paradiso et Campanelli*), y que vive como tal, esto es, como una familia.

Debe recordarse que con arreglo a la jurisprudencia constante del TEDH especialmente invocada en la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, la cuestión de la existencia o ausencia de la “familia” y de la “vida familiar” es una “cuestión de hecho” que depende de la existencia de estrechos vínculos personales (STEDH 13 junio 1979, *Marckx vs. Belgique*, STEDH 27 julio 2001, *K. et T. vs. Finlandia*)¹⁶⁰. Además, la noción de “familia” que recoge el art 8 CEDH no se limita a la familia basada en el matrimonio, sino que cubre también otros tipos de familia *de facto*, familias en las que sus integrantes viven juntos sin ningún vínculo matrimonial y mantienen una relación con suficiente constancia (STEDH 27 octubre 1994, *Kroon et autres vs. Payses Bajos*, STEDH 18 diciembre 1986, *Johnston et autres vs. Irlanda*, STEDH 26 mayo 1994, *Keegan vs. Irlanda*, STEDH 22 abril 1997, *X, Y et Z vs. Reino Unido*)¹⁶¹. Por tanto, en estos casos, existe una “familia” y lo que hay que proteger porque así lo establece el art. 8 CEDH, es la “vida familiar” en el contexto de una familia *de facto*¹⁶².

En el caso de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, era claro que existían “relaciones familiares *de facto*”. En efecto, los “*intended parents*”, los comitentes, pasaron con el menor los primeros pasos importantes de su joven vida. En concreto pasaron juntos seis meses en Italia a partir del tercer mes de vida del niño. Y antes de este momento, los “*intended parents*” ya habían transcurrido dos semanas con el menor en Rusia. Incluso si el período en sí es relativamente corto, el TEDH considera que los comitentes se han comportado hacia el niño como sus padres y que existe una vida familiar *de facto* entre estas tres personas. En consecuencia, el art. 8 CEDH es aplicable porque hay una familia cuya vida debe preservarse de toda injerencia ilegítima que impida su existencia y desarrollo.

De ese modo, el Estado de destino no puede rechazar el reconocimiento de la filiación de estos menores en su orden jurídico si con ello la familia legalmente formada en los EE.UU o en Rusia (= ambos Estados de origen) no puede vivir normalmente como una “familia” en Francia o en Italia (= ambos Estados de destino). Los menores y sus comitentes tienen derecho a vivir en el Estado de destino “*en una situación globalmente comparable a aquella en las que viven otras familias*” y a que no se les separe de sus hijos.

Pues bien, para concretar si existe o no lesión al derecho a la vida familiar es preciso un análisis del caso concreto. En efecto, puede suceder, como así aconteció en los casos *Labasee y Mennesson*, que aunque la filiación de los menores establecida en los EE.UU no se reconoció en Francia, quedó probado que los “*intended parents*” y los menores pudieron vivir normalmente durante años en Francia como una verdadera “familia”, sin restricción legal alguna. En tal supuesto, indica el TEDH, Francia no ha vulnerado el CEDH y por ello, el TEDH no condenó a Francia por vulnerar el derecho a una “vida familiar” de los menores y sus comitentes.

Por el contrario, si se rechaza en el Estado de destino el reconocimiento de la filiación establecida en el Estado de origen y se comprueba que ello ha supuesto que los menores y sus comitentes no han sido considerados como una “familia” en el Estado de destino y/o no son tratados y protegidos como tales, por ejemplo, porque los niños han sido separados de sus comitentes, entonces sí se produce

¹⁶⁰ R. DEECH, “Reproductive tourism in Europe: infertility and human rights”, 2003, *Global Governance*, n. 9, pp. 425-432.

¹⁶¹ J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1275.

¹⁶² A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174, esp. p. 171; M. A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014), pp. 9-44.

una vulneración del derecho a una vida familiar (art. 8 CEDH) y el Estado parte deberá ser condenado por el TEDH (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 66). Así, en el caso de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, el TEDH estimó que la separación obligatoria impuesta por las autoridades italianas a los comitentes respecto del menor considerado hijo suyo en Rusia, fue desproporcionada y vulnera el respeto a una vida familiar, pues una familia *de facto*, sin duda, existía y no concurrían razones objetivas para imponer dicha separación.

En consecuencia, puede afirmarse que el respeto a la vida familiar de los comitentes y los menores, en tanto en cuanto constituyen ya una familia de facto en el Estado de origen, no tiene por qué comportar, como forzoso corolario, la exigencia del reconocimiento, en el Estado de destino, de la filiación acreditada en el Estado de origen. Lo único que requiere el art. 8 CEDH desde el punto de vista del derecho a una vida familiar es que los comitentes y los menores puedan mantener en el Estado de destino las relaciones de familia que existían en el Estado de origen tras la gestación subrogada¹⁶³.

No debe olvidarse tampoco que el mismo TEDH ha indicado que el art. 8 CEDH, en vertiente de derecho al respeto a la vida privada y familiar de los comitentes comprende el “*derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso para tal fin de la procreación asistida médicamente*”, pues “*esta elección es claramente una expresión de la vida privada y familiar*” (STEDH 1 abril 2010, *S.H. y otros vs. Austria*, FD 60)¹⁶⁴.

D) La teoría (lo que el TEDH dice) y la práctica (lo que el TEDH hace).

88. La jurisprudencia del TEDH relativa a los casos de filiación acreditada en otros países tras una gestación por sustitución debe leerse con extremo tacto, con cuidada reflexión, con suma cautela y máxima *prudentia juris*. En efecto, una cosa es lo que el TEDH dice y otra muy diferente lo que el TEDH hace en sus sentencias. En esta perspectiva, algunas consideraciones críticas deben subrayarse.

89. a) *Lo que el TEDH dice: la admisión en un país de una filiación constituida en otro país sobre unos menores en casos de gestación por sustitución no es obligatoria.* El TEDH se cuida muy mucho de “imponer” de modo expreso a los Estados partes en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 una filiación legalmente acreditada en otro país en relación con estos menores. Nunca el TEDH afirma que ello deba ser así. Esto es lo que el TEDH dice. Por ello, no es infrecuente encontrar estudios que afirman que estas sentencias del TEDH “no cambian nada” y que “cada Estado parte en el convenio es libre de aceptar o no en su orden jurídico la filiación acreditada en otro país tras una gestación por sustitución en favor de los comitentes”¹⁶⁵. Esto, en realidad, es sólo lo que el TEDH dice (= la afirmación oficial del TEDH), es lo que en términos de teoría o argumentación especulativa se denomina “lo que es” (*was ist*). Los expertos que resaltan esta conclusión son teóricos interesados, más que en la realidad, en el “dogma” de la oficialidad, en las afirmaciones en sí mismas.

90. b) *Lo que el TEDH hace: todo Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos (Roma 4 noviembre 1950) debe necesariamente admitir una filiación legalmente acreditada en el extranjero en relación con los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución.* Frente a lo anterior, si se examina con mayor detenimiento la globalidad de los pronunciamientos del TEDH, se observa que el razonamiento seguido por dicho tribunal conduce, de modo necesario, a la admisión, en el Estado de destino, de la filiación legalmente acreditada en el Estado de origen (STEDH 26 junio

¹⁶³ M.A. PRESNO LINERA/P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014), pp. 9-44.

¹⁶⁴ *Vid.* también Sent. Tribunal Penale di Milano 13 enero 2014 [maternidad a través de fecundación heteróloga en Ucrania: conducta prohibida en Italia], *RDIPP*, 2014, pp. 157-170: “*l'ordine pubblico che impedisce l'ingresso nell'ordinamento interno degli effetti di una norma straniera che vi contrasti si identifica con ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti nazionali*”.

¹⁶⁵ Así, J. GUILLAUMÉ, «Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014», *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1271: «*Ensuite, sur le fond, l'arrêt n'impose qu'une reconnaissance partielle des effets de la convention de gestation pour autrui régulièrement conclue à l'étranger*».

2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 75; STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*, FD 100). En efecto, en caso contrario (= esto es, si no se reconoce la filiación acreditada en el extranjero) se vulnera, siempre, el art. 8 CEDH, esto es, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, y/o, en su caso, el derecho de todos los sujetos implicados a una “vida familiar”. Por tanto, el TEDH indica que no es preciso que un Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 proceda necesariamente a la admisión de la filiación extranjera de los nacidos en virtud de gestación por sustitución, pero “hace” todo lo contrario. En efecto, para el TEDH, la admisión de tal filiación en el Estado de destino es siempre necesaria para respetar la vida privada de los menores y su identidad, y puede ser necesaria, en su caso, también para proteger la vida familiar de los menores y de sus comitentes.

Por tanto, la afirmación del TEDH en el sentido de que todo Estado parte dispone de la libertad de no reconocer en su orden jurídico la filiación legalmente establecida en otro país en favor de los comitentes y derivada de una gestación por sustitución, no es más que una frase que ha sido completamente vaciada de contenido por el mismo tribunal. En verdad, la libertad de los Estados partes para denegar el reconocimiento de la filiación legalmente acreditada en otro país en estos casos de gestación subrogada es una libertad legislativa “reducida a cero”, como muy bien pone de relieve el voto disidente contenido en la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia, Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano*, FD 15 *in fine*¹⁶⁶. Una visión desde la perspectiva de la “teoría narrativa” de los pronunciamientos judiciales conduce, pues, a una conclusión totalmente contraria a la que se alcanza desde el punto de vista de la “teoría especulativa” con una mera lectura literal de estas sentencias del TEDH. Esto es, si el analista de esta jurisprudencia se pregunta no sobre “lo que es” (= la lectura oficial de las sentencias del TEDH, “*was ist*”), sino sobre “lo que sucede” o ha sucedido (= la realidad a la que conducen las sentencias del TEDH, “*was geschah*”), el resultado es claro. Como muestra el antes citado FD 15 del voto disidente de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia, (Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano)*, la protección de la identidad del menor cuya filiación ha sido determinada legalmente en el Estado de origen sólo puede llevarse a cabo, en el Estado de destino, mediante la admisión de su filiación en dicho Estado de destino tal y como ha sido establecida en el Estado de origen.

91. c) La batalla de intereses: el interés superior del menor prevalece. Por todo lo anterior, ante el interés superior del menor en que sea preservada su vida privada e identidad personal así como su vida familiar mediante la admisión de filiación en el Estado de destino, todos los argumentos contrarios a ello están irremediablemente abocados al fracaso más absoluto. El argumento del fraude de ley o *Forum Shopping*, el argumento de que los Estados partes son libres de legislar contra la filiación determinada por una gestación por sustitución, la persecución del delito y de la criminalidad, el respeto a la Ley del Estado de destino, etc. Todos fracasan. El orden público internacional puede esgrimirse contra el reconocimiento de esta filiación en el Estado de destino pero sólo “en teoría”. Sin embargo, dejados aparte los casos, -no examinados por el TEDH-, de compraventa de menores, corrupción de autoridades, vicios del consentimiento de la mujer gestante o de la mujer donante del material biológico, explotación de la situación de necesidad de la mujer gestante, violencia, etc., este orden público internacional del Estado de destino no puede detener la admisión de dicha filiación en tal Estado. Así se puede leer en el FD 75 de la STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*¹⁶⁷. Merece enfatizarse, en especial,

¹⁶⁶ Vid. *Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano* (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli*): «15. En outre, la position de la majorité revient, en substance, à nier la légitimité du choix de l'État de ne pas reconnaître d'effet à la gestation pour autrui. S'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une « vie familiale », il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridiques à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (*Mennesson c. France*, no 65192/11), 26 juin 2014, § 79, et *Labassee c. France*, (no 65941/11), 2 juin 2014, § 58), est réduite à néant».

¹⁶⁷ STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 75: «le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte puis de faire produire effet à la possession d'état, manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français (...). Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elle a été identifiée ailleurs comme étant l'enfant des premiers requérants, lui nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à l'identité de la troisième requérante au sein de la société française».

que, a juicio del TEDH, el argumento del *Forum Shopping* o movimiento estratégico-fraudulento, tan querido por un sector de la doctrina civilista e internacional privatista española y, naturalmente, por el TS, no puede emplearse para detener, en el Estado de destino, la admisión de la filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución. En efecto, el TEDH indica que sancionar este movimiento jurídico estratégico internacional realizado por los comitentes con un rechazo a la validez de la filiación en el Estado de destino sería excesivo, pues dañaría el derecho a la vida privada de los menores. Es, incluso, “inhumano”, en palabras de D. SINDRES¹⁶⁸. Este derecho a la vida privada, a la identidad del menor, prevalece sobre el derecho del Estado a reprimir movimientos estratégicos de los adultos más o menos fraudulentos.

92. d) La distinción entre casos nacionales y casos internacionales de gestación por sustitución. Los argumentos vertidos por el TEDH llevan a afirmar que el Convenio para la protección de los derechos humanos de 4 noviembre 1950 debe ser objeto de una doble lectura axiológica que arranca de una distinción clave entre dos tipos de supuestos¹⁶⁹.

1º) En los casos puramente internos o nacionales (= supuestos sin elementos extranjeros), los Estados partes son plenamente libres de no admitir en su ordenamiento jurídico la filiación de los comitentes respecto de los nacidos en virtud de una gestación por sustitución. En estos supuestos, no hay una “familia” ni nunca la ha habido, por lo que no hay que respetar ninguna “vida familiar”. Del mismo modo, tampoco ha habido una filiación que vincule al menor con sus comitentes, razón por la que el Estado no está obligado a respetar una identidad del menor y una vida privada que nunca ha existido.

2º) En los casos internacionales (= filiación legalmente constituida en otro país), la filiación existe, la familia existe y la vida privada y la identidad del menor expresada mediante esa filiación también existen. Por ello, la vida familiar y la vida privada del menor deben ser respetadas, protegidas y amparadas. Para proteger la vida familiar del menor y sus comitentes puede no ser necesario que el Estado de destino admita la filiación de dicho menor en su orden jurídico. Basta con que el Estado de destino permita, *de facto*, que estos sujetos vivan como una familia. Sin embargo, para proteger la vida privada y la identidad del menor no hay otro modo de hacerlo que mediante la admisión, en el Estado de destino, de la filiación del menor legalmente atribuida en otro país (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 75).

93. e) La meta-conclusión de la argumentación del TEDH. El Convenio europeo de derechos humanos como una “normativa secreta de DIPr.” El extraordinario impacto real del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos de 4 noviembre 1950 en los casos de reconocimiento en un país de la filiación de los menores acreditada en otros Estados en casos de gestación por sustitución permite alcanzar una interesante y sugestiva meta-conclusión. Este convenio opera de modo mucho más efectivo en los casos de DIPr. (= casos internacionales de reconocimiento en un país de la filiación acreditada en otro país en relación con menores nacidos en virtud de gestación por sustitución) que en los casos meramente internos (= casos sin elementos extranjeros en los que no surgen situaciones jurídicas legalmente creadas en otro país).

En efecto, en los casos internacionales, y a diferencia de lo que sucede en los “casos meramente nacionales”, el Estado de destino debe decidir sobre una filiación ya legalmente creada y establecida en otro país, sobre una identidad del menor ya existente con arreglo a la Ley de otro país y frecuentemente establecida en una resolución judicial y/o registral extranjera, así como sobre una vida familiar que ya existe. El único modo en el que el Estado de destino puede respetar la vida privada y la identidad del menor es emplear la técnica, ampliamente conocida por los expertos en DIPr., del llamado “reconocimiento de situaciones jurídicas” ya legalmente creadas o cristalizadas en el extranjero y reducir, al mínimo, la operatividad de la cláusula de orden público internacional como excepción a tal reconocimiento.

¹⁶⁸ D. SINDRES, «Le tourisme procréatif et le droit international privé», *JDI Clunet*, 2015, vol. 142, pp. 429-504.

¹⁶⁹ S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

V. Conclusiones y reflexión crítica final. Filiación extranjera, gestación por sustitución y orden público internacional español.

94. Primera conclusión. *Las normas europeas y españolas que regulan la validez en España de las situaciones jurídicas legalmente creadas en otro país realizan y transportan valores materiales de los particulares en el escenario internacional, de modo que la excepción de orden público internacional no debe dañar tales valores.*

En el sector de la validez extraterritorial de decisiones extranjeras, el orden público internacional se ha entendido tradicionalmente como un “correctivo material” a un “mecanismo formal”. En tal sentido, el orden público internacional se ha contemplado como el mecanismo técnico adecuado que permite la denegación, en el Estado de destino, de los efectos jurídicos de una decisión adoptada por autoridades de otro Estado cuando ello provoca la vulneración de principios básicos, fundamentales e irrenunciables del Derecho del Estado de destino, principios que garantizan la cohesión y la convivencia en la sociedad de dicho Estado de destino. Pues bien, este enfoque es incompleto, insuficiente, antiguo, chauvinista y, en definitiva, incorrecto.

En realidad, las normas de DIPr. implementan soluciones jurídicas que realizan, en sí mismas, valores materiales de primera magnitud. Cuando las normas de DIPr. del Estado de destino recogen la posibilidad de que una certificación del Registro Civil del Estado de origen que indica que A y B son los padres legales de un niño C nacido en virtud de gestación por sustitución, surta efectos jurídicos en dicho Estado de destino, dichas normas realizan el interés del menor. La decisión extranjera, sea una sentencia o una certificación registral, transporta una solución jurídica que, en principio, debe surtir efectos en el Estado de destino porque lo deseable es, precisamente, eso: que las resoluciones y las sentencias circulen por encima de las fronteras. De ese modo, los derechos de los particulares se vuelven estables en un mundo dividido en Estados distintos con ordenamientos jurídicos diferentes. De ese modo, la solución es eficiente porque no será preciso volver a litigar en el Estado de destino. Desde dicha óptica, puede afirmarse que el interés del menor exige que se respete su vida privada y su identidad así como su vida familiar por encima de las fronteras, y eso sólo se puede lograr mediante la admisión, en el Estado de destino, de la filiación legalmente atribuida al menor en el Estado de origen. Las normas de reconocimiento de decisiones potencian los efectos transfronterizos de las mismas porque ello protege y salvaguarda el interés del menor al garantizar que éste tenga una misma identidad en varios países y que se mantenga el núcleo familiar creado legalmente en el extranjero. En este sentido, la Sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13, antes citada, indicó que la excepción de orden público internacional debe interpretarse siempre de manera restrictiva. La explicación del carácter restrictivo de la excepción de orden público internacional radica, en realidad, en que lo ideal es que la regla general (= la admisión de los efectos jurídicos en Alemania de una sentencia o resolución extranjera sobre filiación de menores nacidos tras una gestación por sustitución) se cumpla. De este modo, la sentencia o resolución extranjera no será claudicante, se alcanzará una “armonía internacional de decisiones”. De ese modo, las situaciones jurídicas que afectan al estado civil de las personas serán estables, esto es, no cambiarán de país a país por el mero cruce de frontera de la persona, según la clásica y muy certera fórmula de A. PILLET, recordada por J. GUILLAUMÉ: “*il serait inadmissible qu'en passant d'un État dans un autre un homme perde les qualités d'enfant légitime, d'époux, de père de famille, qu'il avait régulièrement acquises*”¹⁷⁰. El orden público internacional no debe intervenir más que en casos excepcionales para vulnerar estos valores materiales que incorporan y transportan las normas de validez extraterritorial de decisiones en relación con las situaciones jurídicas legalmente creadas en otros países.

Esta perspectiva permite explicar por qué las normas de reconocimiento de decisiones extranjeras operan en DIPr. español y europeo como la “regla general”. En efecto, estas normas constituyen la regla general porque dichas normas realizan e implementan valores materiales dignos de protección al más alto nivel jurídico. Este enfoque también permite comprender por qué, frente a dicha regla general, la intervención del orden público internacional opera como una “excepción”. La excepción, el orden público internacional, debe ser interpretado de manera restrictiva no por cuestiones de dogmática jurídica,

¹⁷⁰ J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1272.

-que también-, sino porque el legislador europeo y español sólo autoriza a los tribunales y autoridades a apartarse de la regla general cuando, de manera excepcional, las normas de DIPr. (= en este caso las normas de reconocimiento de decisiones extranjeras) no realizan adecuadamente los valores materiales que normalmente protegen y realizan.

En consecuencia, la regla general debe ser la admisión, en España, de los efectos jurídicos de una certificación expedida por un Registro Civil de otro país en la que consta la filiación de un menor nacido en virtud de gestación por sustitución. Ésa es la solución que mejor plasma y realiza los valores materiales del Derecho europeo y español, entre los que ocupa un lugar primordial el principio del “interés del menor”. Por eso es la “regla”. Por eso es la “solución general”. Frente a ello, el orden público internacional es la “excepción” que sólo puede operar si, en el caso concreto, los valores materiales que incorporan las normas de reconocimiento no se realizan ni quedan salvaguardados. De ese modo, es preciso que el orden público internacional tenga presentes, necesariamente, los datos particulares de la situación concreta. Porque si el caso no muestra “caracteres especiales”, la regla general (= esto es, la admisión de los efectos legales en España de una filiación establecida en el extranjero tras una gestación por sustitución), debe operar. Sólo un razonamiento *in casu* puede demostrar que la admisión de la decisión extranjera no sólo no realiza los valores materiales propios de las normas de reconocimiento de decisiones, sino que los daña.

95. Segunda conclusión. *El orden público internacional sólo puede operar para denegar en España los efectos jurídicos de las certificaciones registrales extranjeras relativas a la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución cuando dicha denegación convenga al “interés del menor”.*

Debe ponerse de relieve que el orden público internacional defiende “principios” fundamentales del sistema jurídico del Estado de destino y no “normas” del ordenamiento jurídico del Estado de destino. Si fuera así, resultaría imposible aplicar una Ley extranjera en España (= pues la Ley extranjera es siempre distinta de la Ley española) y resultaría también imposible otorgar efectos jurídicos en España a una resolución extranjera (= que siempre habrá sido producida de modo diferente a como lo habría sido una resolución española en un caso similar). Afirmar que una decisión extranjera sobre filiación de menores no puede surtir efectos en España porque vulnera una “norma española” constituye un error metodológico de notable envergadura. Correcto es afirmar que una decisión registral extranjera no puede producir efectos jurídicos en España porque provoca efectos contrarios a un principio fundamental del Derecho español, y en concreto, en el caso de examen, efectos contrarios al “interés del menor”. En el sector de la validez extraterritorial de decisiones, distinguir entre la “función de las normas” (= no desarrollan ninguna función en este sector del reconocimiento de decisiones, puesto que su misión es hacer justicia en los procesos cognitivo-declarativos) y la “función de los principios” (= operar como barreras contra el reconocimiento de decisiones extranjeras cuando éstas pueden producir efectos contrarios a tales principios, esto es, externalidades jurídicas negativas), es fundamental.

96. Tercera conclusión. *La vulneración del orden público internacional español sólo se verifica si, en el caso concreto, ha existido tráfico de menores, explotación de seres humanos u otras prácticas similares.*

El orden público internacional constituye un mecanismo técnico que sirve para proteger ciertos principios / intereses fundamentales de la sociedad del Estado de destino frente a los posibles efectos nocivos que pudiera producir en España una concreta decisión extranjera. Deben examinarse los efectos jurídicos concretos de la decisión en cuestión que se proyectan sobre la sociedad española. No se puede ni se debe razonar en abstracto. De este modo, en los casos de gestación por sustitución, una distinción es procedente.

1º) En casos en los que los comitentes no han cometido delito alguno, se han ajustado a la Ley vigente en el extranjero, son sujetos que han demostrado su idoneidad para ser padres, no están ni han estado implicados en ninguna práctica de comercio de menores ni de corrupción de autoridades y no han obtenido el consentimiento de la mujer gestante mediante coacciones, chantajes, pagos, violencia u otras prácticas deleznable, el orden público internacional español no debe intervenir. En estos casos, no hay

ninguna vulneración del interés del menor ni de la dignidad de la mujer gestante ni del nacido¹⁷¹. Todo lo contrario: en estos casos, el interés superior del menor radica, precisamente, en admitir en España la filiación, legalmente establecida en el extranjero, de los menores nacidos mediante gestación por sustitución.

2º) Por el contrario, el orden público internacional español debe intervenir cuando ha quedado acreditado que, en el caso concreto, el consentimiento de la mujer gestante ha sido comprado u obtenido de manera ilegal, fraudulenta, delictiva (= amenazas a la mujer gestante, chantajes, etc.), mediante engaño o con aprovechamiento de la situación de pobreza económica o exclusión social de la mujer gestante, o cuando las autoridades extranjeras han procedido de manera ilegal porque han sido sobornadas o corrompidas. En estos casos, aceptar la filiación del menor en relación con los comitentes (= personas que se aprovechan y/o han participado en estas detestables prácticas ilegales), no encaja de ninguna manera, como se ha avanzado, con el “interés del menor”. Aceptar dicha filiación en España no implementa el interés del menor, ni lo protege ni lo potencia. Todo lo contrario, En estos casos, aceptar en España dicha filiación supondría aceptar que los “padres legales” del menor son sujetos corruptos, implicados en comercio de menores, que se han aprovechado de las circunstancias de necesidad de la mujer gestante y/o que han logrado una filiación del menor en su favor en otro país a través de prácticas execrables que dicen muy poco sobre su probidad y sobre su idoneidad para ser “padres”. En estos casos, reconocer y dar efectos jurídicos a la decisión extranjera de filiación vulnera de manera evidente el principio de “interés del menor” y la “dignidad de la persona”. En estos casos, lo que sintoniza con el interés superior del menor y con el orden público internacional del Estado de destino es, precisamente, rechazar en España de manera terminante la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución y establecida en el extranjero.

97. Cuarta conclusión. *El orden público internacional está constituido por los principios fundamentales del Derecho español entre los cuales goza de preferencia valorativa el principio del “interés del menor”.*

A la hora de identificar los principios fundamentales que constituyen el orden público internacional español en el sector de la filiación, debe recordarse que tales principios son varios. Entre tales principios se encuentra el principio del interés superior del menor, la lucha contra la delincuencia, la lucha contra el *Forum Shopping* fraudulento, el respeto a la Ley, la defensa de la dignidad de las personas y otros. Sin embargo, no todos estos principios presentan la misma fuerza. No todos tienen el mismo peso en la argumentación jurídica. Este dato es relevante, porque pueden suscitarse casos en los que la defensa de uno de estos principios comporte una desatención de otro de ellos. Pues bien, se trata de una situación prevista por el legislador, pues en caso de “enfrentamiento entre principios” prevalecen aquéllos que tienen no sólo disponen de un soporte constitucional e internacional sino aquéllos que, además, han sido dotados por el mismo legislador, de manera expresa, de una “superioridad axiológica” sobre los demás principios. Basta recordar, en esta perspectiva, que el principio del “interés del menor” es un principio incorporado a la Constitución española por efecto del art. 39.4 CE 1978 (= “[l]os niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”) en el que incide, igualmente, el art. 10.2 CE 1978 (= “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”). El principio del interés superior del menor está aparece también recogido en la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989, texto que expresamente admite la superioridad valorativa del principio en cuestión sobre otros principios / intereses también dignos de protección¹⁷². Lo anterior significa que, en caso de conflicto de principios, el que debe prevalecer, en todo caso, es el

¹⁷¹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, p. 362. En sentido similar, M. ATIENZA, “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº. 14, 2008, p. 6; también L. BONILLO GARRIDO, “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, Nº 8070, Sección Tribuna, 25 Abr. 2013.

¹⁷² Art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

“interés superior del menor” y que dicho principio es el que debe constituir la columna vertebral del orden público internacional español.

El orden público internacional ha dejado de ser, en los Estados democráticos occidentales, un “orden público de dirección” (= conjunto de principios que defienden un determinado “modelo de familia” o “modelo de filiación”), para pasar a ser un auténtico “orden público de protección”. Este nuevo “orden público de protección”, en la célebre y muy bien ponderada dicción de P. FRANZINA, tiene como objetivo primordial asegurar y preservar los derechos individuales de toda persona, y en especial, del menor¹⁷³. Para el “orden público de protección” lo relevante no es ya la defensa del concreto modelo de filiación propio del Estado de destino (= “filiación por la sangre”, “madre es la que pare”, “padre es el que aporta el material biológico”, *mater semper certa est pater nunquam*, etc.). No se trata de “dirigir” u “obligar” a los ciudadanos a seguir un determinado “modelo de familia” y/ o “modelo de filiación” mediante normas rígidamente imperativas. Lo relevante es la defensa del bienestar psicológico, emocional y físico del menor, su protección, su defensa jurídica, la promoción del libre desarrollo de su personalidad, la preservación de su vida privada y de su identidad por encima de las fronteras, la salvaguarda de la vida familiar.

98. Quinta conclusión. *Las soluciones jurídicas de Derecho internacional privado deben estar guiadas por una defensa de los valores superiores del ordenamiento jurídico y no por una defensa de la letra de la ley.*

En los tiempos actuales, caracterizados por frenéticos cambios sociales, tecnológicos y culturales así como por la presencia de una sociedad internacionalizada que evoluciona a velocidades de vértigo, han exigido un cambio de la “estructura de gobierno” del Derecho Privado. El Derecho privado actual contiene un arsenal de poderosas cláusulas generales que operan como dispositivos de monitorización valorativa del sistema legal positivo. La Ley reina pero los valores son los que, en realidad, gobiernan. Este nuevo enfoque supone que, ante un conflicto jurídico, las soluciones que deben aplicarse en primer lugar, son, naturalmente, las que se hallan escritas en la Ley. El principio de legalidad así lo impone. Ahora bien, estas “soluciones legales” no son las soluciones definitivas, porque tales soluciones, producto de la mecánica aplicación de la Ley, están sometidas a una constante revisión por parte de los valores que implementan. El aplicador del Derecho debe acreditar que la solución legal encaja perfectamente con los principios fundamentales del sistema y, en el sector de la filiación, con el principio del interés del menor. Sólo en el caso de que, tras la necesaria monitorización valorativa de la solución legal quede acreditado que ésta sintoniza perfectamente con el principio fundamental, dicha solución legal podrá aplicarse. Por el contrario, si la solución legal se aparta del principio fundamental que le sirve de base, si traiciona dicho principio, entonces el aplicador del Derecho está obligado a apartarse de la solución legal y a proporcionar otra solución que se muestre en perfecto ensamblaje con dicho principio fundamental. Los órganos judiciales españoles deben asumir su nuevo rol, despegarse de la dogmática mecanicista propia del positivismo legalista y asumir la defensa de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Debe subrayarse con el mayor énfasis que no se trata de “imponer valores extrajurídicos al sistema legal”. No se trata de “ignorar la ley”. Todo lo contrario: se trata de dar a la Ley su auténtico sentido (= la Ley constituye la primera línea de solución de los conflictos jurídicos) y, al mismo tiempo, de colocar a la Ley en el lugar que le corresponde, subordinada a los principios jurídicos superiores del ordenamiento jurídico que, en realidad, son los basamentos que sustentan la Ley positiva. En esta línea, la solución legal puede y debe ser corregida por tales principios. La jurisprudencia de principios superiores debe prevalecer sobre la jurisprudencia del texto legal. Ello conduce a aceptar, además, la existencia de un espacio para la labor creativa de los tribunales de justicia a través del desarrollo judicial de tales principios en la práctica de la aplicación del Derecho. Si estas afirmaciones se proyectan a los supuestos aquí examinados, es fácil percibir que la prohibición de la gestación por sustitución en Derecho español existe porque el legislador presume (= la prohibición se contiene en una norma imperativa) que en estos supuestos se produce una explotación de la mujer y una cosificación del menor. En consecuencia, el

¹⁷³ P. FRANZINA, “The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010”, *CDT* (www.uc3m.es/cdt), 2011, pp. 85-129.

legislador lo prohíbe, pues entiende que ello no beneficia al menor, sino que le perjudica. Sin embargo, esta norma, como todas las normas que operan en el sector relativo a la protección de menores, no puede ser entendida como una axioma matemático invariable, como una verdad absoluta. Esta norma está sujeta a un permanente test valorativo. La prohibición legal permanece siempre que haya habido explotación de la mujer gestante, mercantilización del niño como cosa, etc., pero debe decaer cuando no es así¹⁷⁴. Y eso sucede no porque exista un Derecho superior o un código moral extrajurídico, una especie de Derecho natural del menor, que es algo que no existe, sino porque el Derecho español ha evolucionado hasta convertirse en un sistema jurídico de valores en el que existen normas jurídicas de Derecho positivo (= el art. 3 CDN 1989 y también el art. 2 Ley Orgánica de 1/1996 de Protección Jurídica del menor de 15 de enero 1996), que indican con total claridad que un valor superior (= el “interés del menor”) debe supervisar todas las soluciones legales, todas las resoluciones dictadas por las autoridades públicas. El sistema legal español se autocompletar y se auto corrige valorativamente con esta “cláusula de monitorización axiológica” representada por el “interés superior del menor”. En estos casos de gestación por sustitución en el extranjero, el TS ha sido demasiado legalista y positivista y no ha adoptado una línea valorativa, tal y como exige la Constitución, el convenio de Nueva York de 20 noviembre 1989 y el art. 2 Ley Orgánica 1/1996. Es hora de pensar, si de verdad se cree en el interés superior del menor, en el abandono del razonamiento jurídico dogmático-axiomático basado, de manera radical, en el postulado de la Justicia automática de la Ley, en el puro positivismo legalista. La nulidad de los contratos de gestación por sustitución constituye un instrumento regulativo mediante el cual el legislador español trata de eliminar prácticas que pueden encubrir un comercio de menores y una explotación de la mujer. Ahora bien, esta nulidad no es más que un instrumento de la norma. No es la finalidad de la norma. La jurisprudencia del TEDH es ejemplar, también, porque constituye una lección sobre y contra el “fetichismo de la Ley”. Lo que es un instrumento de la norma no puede ni debe erigirse en la finalidad de la norma. La nulidad de estos contratos no es un fin en sí mismo. La nulidad de estos contratos y la filiación a la favor de la mujer que da a luz no es un fetiche legal que siempre sirve al interés del menor. Esta nulidad y esta regla de filiación no deben ser sacralizadas, no deben ser defendidas por encima del interés del menor con la tradicional excusa del carácter sagrado de la norma positiva, del positivismo legalista.

99. Sexta conclusión. *El orden público internacional “español” se hace “europeo” gracias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

Las autoridades del Estado de destino de una resolución extranjera que acredita la filiación de los nacidos a través de gestación por sustitución no pueden “ignorar la situación jurídica creada válidamente en el extranjero y que correspondía a una vida familiar con arreglo al art. 8 CEDH”. Ello supone “rechazar el reconocimiento de los lazos familiares que ya existían de facto y prescindir de un examen de la situación” (STEDH Estrasburgo 3 mayo 2011, *Negrepointis-Giannisis vs. Grecia*). Tampoco pueden ignorar el derecho del menor a su vida privada y a su identidad, reflejada en la filiación acreditada en el extranjero. Lo que el TEDH afirma es, por tanto, que la cláusula de orden público internacional está sometida a un control europeo (“*contrôle européen*”) cuando está en juego un derecho subjetivo recogido en el CEDH 1950. El orden público internacional español pierde, por tanto, su carácter exclusivamente “nacional” y se hace “europeo”, pues aunque sigue siendo un mecanismo “nacional” está sujeto a “límites europeos” impuestos por un convenio internacional común a numerosos Estados europeos que son partes en dicho instrumento legal. El resultado final es claro: gracias al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos de 4 noviembre 1950, el orden público internacional español debe interpretarse siempre de manera que se respete el derecho a una vida familiar y el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, tal y como se recoge en el art. 8 CEDH. No se trata, naturalmente de que el TEDH obligue a los Estados partes a aceptar a una filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución aunque vulnere el orden público de dichos Estados, como han sugerido algunos autores¹⁷⁵. Todo lo contrario. Lo que sucede es que el TEDH indica que la admisión de tal filiación

¹⁷⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, CDT, 2014, pp. 5-49, esp p. 38.

¹⁷⁵ Es el caso de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 8ª ed., 2015, p. 443.

en el Estado de destino no vulnera dicho orden público internacional y que sólo mediante tal admisión el interés del menor, su vida privada y su identidad, quedan protegidos.

En este sentido, el impacto de la jurisprudencia del TEDH en la práctica judicial de ciertos Estados ha sido demoledor. En efecto, en Francia, la *cour de cassation* ha dictado dos sentencias de fecha 3 julio 2015 (arrêt n° 619 [menor nacido en Moscú] y arrêt n. 620 [menor nacido en Rusia]) en las que indica que: a) El principio del interés del menor, tal y como ha señalado el TEDH, obliga a reconocer en Francia la filiación legalmente establecida en el extranjero tras una gestación por sustitución tanto por lo que respecta al comitente que es progenitor biológico como por lo que se refiere al progenitor que no tiene relación biológica con el menor; b) El principio de indisponibilidad del estado civil no puede ser invocado como principio integrante del orden público internacional francés para impedir en Francia los efectos jurídicos de una filiación legalmente establecida en otro país, pues ello perjudicaría la situación jurídica del menor al privarle de la filiación que ya le ha sido atribuida en ese otro país, de su identidad, de su posición jurídica y de sus derechos como “hijo” de los comitentes así como de su nacionalidad. En este mismo sentido, no puede invocarse la excepción de fraude de Ley o de *Forum Shopping* como principios integrantes del orden público internacional para privar al menor de la filiación que le ha sido legalmente atribuida en el extranjero; c) Que los documentos presentados en ambos casos no han sido falsificados y que se corresponden con la situación legalmente existente en el país donde la filiación del menor ha sido establecida.

100. *Séptima conclusión. Muchas vueltas para regresar al punto de partida. First impressions are the most lasting.*

Resulta curioso comprobar que la RDGRN 18 febrero 2009 accedió a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que constaba en una certificación registral californiana en relación con dos menores nacidos en California tras una gestación por sustitución. La DGRN estimó que dicha solución encajaba con el interés del menor y que el orden público internacional español no debía intervenir para impedir que la filiación californiana surtiera efectos jurídicos en España. Posteriormente, los órganos jurisdiccionales valencianos estimaron todo lo contrario, denegaron los efectos en España de dicho filiación y aplicaron de manera directa el art. 10 Ley 14/2006. El tercer acto fue representado por la DGRN (versión 2010), que afirmó que se podría dar efectos legales en España a dicha filiación si la misma constaba en sentencia judicial extranjera. El cuarto acto lo ejecutó el TS, que denegó los efectos de una resolución registral extranjera sobre la filiación de menores nacidos tras una gestación por sustitución porque estimó que dicha resolución vulneraba el orden público internacional español (= la dignidad de la mujer y del menor, y la autoridad de la Ley española). El último acto,- hasta ahora-, ha sido el protagonizado por el TEDH, que ha indicado, a fin de cuentas, que la filiación de estos menores debe ser admitida en el Estado de destino porque sólo así se garantiza el derecho la vida privada y a la identidad de tales menores. Muchas vueltas se han dado para llegar al punto de partida. La DGRN (versión de 2009) tenía razón y es justo admitirlo ahora, tal y como han hecho algunos expertos¹⁷⁶. La RDGRN 18 febrero 2009 hizo uso de todo el arsenal metodológico de DIPr. a su alcance, con un único fin: proteger el interés superior del menor como principio básico del ordenamiento jurídico español, evitar las situaciones claudicantes y garantizar la continuidad de la filiación de los menores por encima de las fronteras. Por ello, justo es admitir que la DGRN (versión de 2009) proporcionó una solución jurídica que encaja a la perfección con la jurisprudencia del TEDH. En definitiva, ya en 2009 la DGRN supo leer correctamente el interés del menor en estos procesos¹⁷⁷. Muchas vueltas para regresar a la primera solución. La DGRN tenía razón en 2009.

¹⁷⁶ C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, XLV, n° 3, 2009, pp. 589-604, esp. p. 604.

¹⁷⁷ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174, esp. pp. 173-174; M. R. DÍAZ ROMERO “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley*, N° 7527, sección Doctrina, 14 diciembre 2010, año XXXI, pp. 1-7; G.J. CAMARERO GONZÁLEZ “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”. *Diario La Ley*, N° 7910, sección Doctrina, 26 julio 2012, año XXXIII, pp. 9-12.

101. Octava conclusión. El factor “libre circulación intra-UE”. Todavía está por desarrollar enteramente, con apoyo de jurisprudencia, un “argumento UE” en relación con estas cuestiones tal y como sagazmente advirtió ya hace años G. CUNIBERTI¹⁷⁸. Según ha indicado el TJUE, el art. 21 TFUE obliga a aceptar en un Estado miembro de la UE las situaciones jurídicas relativas a las personas para evitar, de ese modo, obstáculos jurídicos a la libre circulación de personas en la UE, siempre a reserva del orden público internacional del Estado miembro de destino. Así, la sent. corte d’appello Bari (Italia) 13 y 25 febrero 2009 indicó que una decisión inglesa que atribuye la maternidad legal a una mujer que no fue la que dio a luz al menor, todo ello en virtud de un acuerdo de maternidad subrogada, debe ser transcrita al Registro Civil italiano en virtud del interés superior del menor, que constituye el “*parametro di valutazione della contrarietà o meno di un atto straniero all’ordine pubblico internazionale*”, pues de lo contrario surgirían obstáculos evidentes a la libre circulación del menor, ciudadano europeo, en la UE¹⁷⁹. La introducción del factor “libre circulación intra-UE” en el sector de la libre circulación de resoluciones que afectan al estado de las personas, precisa P. LAGARDE, puede reforzar todavía más, si cabe, la admisión en un Estado miembro, de la filiación acreditada en otro Estado miembro en relación con menores nacidos tras una gestación por sustitución¹⁸⁰. En efecto, en los casos en que el nacido sea considerado “hijo” de determinadas personas por el Derecho de un Estado miembro de la UE y así haya sido inscrito en los Registros de dicho Estado, y con independencia de que el nacido sea doble nacional o no lo sea, resultaría que si se obligara al nacido a ser considerado “hijo” de unas determinadas personas y no de otras, se vulneraría el derecho a la “libre circulación” del nacido en la UE (art. 21 TFUE). En efecto, si cada vez que el nacido “cruza la frontera”, resulta que cambia su filiación, se producirían “*riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación de los interesados*”, que pueden “*causar graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado*” (STJUE 2 octubre 2003, *García Avelló*, STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*). Por tanto, cuando un sujeto tenga una “doble filiación” otorgada legalmente por dos Derechos de dos Estados Miembros de la UE, dicho sujeto tiene derecho a elegir “qué filiación” prefiere que se considere como “prevalente”. Como ha subrayado P. BLANCO-MORALES LIMONES, esta jurisprudencia del TJUE presenta un “*valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores*”¹⁸¹.

102. Novena conclusión. La cooperación internacional. Es evidente que la conclusión de una normativa internacional válida para un amplio conjunto de países potenciaría una solución correcta de estos casos¹⁸². Un convenio internacional que, de modo similar al sistema establecido para la libre circulación internacional de la filiación adoptiva en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993, garantizara el cumplimiento de ciertos standards de justicia en los procesos de gestación por sustitución en los Estados de origen, permitiría que los Estados de destino abrieran sus puertas a la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución¹⁸³. Esta futurible normativa debería arrancar de un común acervo internacional relativo a los derechos humanos que, en realidad, como ha puesto de relieve Y. ERGAS, existe ya

¹⁷⁸ G. CUNIBERTI, “Nota a la Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. Civile 25 octobre 2007 [gestación por sustitución en California]”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 144-153.

¹⁷⁹ M. CASTELLANETA, “Dietro l’interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo”, *Famiglia e minori*, 2005-5, pp. 66-69, esp. p. 69.

¹⁸⁰ P. LAGARDE, “Nota a Sent. Cass Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]”, *RCDIP*, 2009, pp. 320-331.

¹⁸¹ P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1).

¹⁸² S. BYCHKOV GREEN, “Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law”, en http://works.bepress.com/sonia_green/1; CH. BYK, “La déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l’homme: la bioéthique, une utopie civilisatrice à l’ère de la mondialisation?”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 863-882.

¹⁸³ BOE núm.182 de 1 agosto 1995. H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. pp. 567-568 y pp. 576-579.

desde ya hace más de cincuenta años¹⁸⁴. Los trabajos sobre una regulación de estas cuestiones han dado ya comienzo en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y también se cuenta con documentación en la misma Unión Europea¹⁸⁵.

103. Décima conclusión. *El impulso evolutivo de la legislación nacional. El Derecho internacional privado como motor de renovación del Derecho Privado y el carácter meta-jurisprudencial de las sentencias del TEDH.* Como ha destacado, no sin preocupación, cierta doctrina (M. FABRE-MAGNAN), la jurisprudencia del TEDH, que obliga a aceptar, en el Estado de destino, la filiación acreditada en el Estado de origen en relación con los nacidos tras una gestación por sustitución, produce, *de facto*, un *sorpasso* de la ley de los países que no aceptan la filiación de los padres comitentes en casos de gestación por sustitución¹⁸⁶. Obliga a evolucionar el sistema legal interno, pues tales países, aunque impidan la gestación por sustitución en los casos meramente internos o nacionales, están obligados a aceptar, al menos, la filiación de estos menores establecida en otros países¹⁸⁷. Ello aumenta las diferencias regulativas entre los casos nacionales y los casos internacionales y crea una presión social en favor de la admisión de la gestación por sustitución también para los supuestos nacionales¹⁸⁸. Debe admitirse que la jurisprudencia del TEDH recaída en estos casos presenta un valor que va “más allá de lo evidente”. Estas sentencias no representan solamente la solución a tres casos en los que estaba en juego el derecho a una vida familiar y a una vida privada de los menores. Estas sentencias presentan un valor meta-jurisprudencial. No constituyen meras soluciones a casos concretos. Estas sentencias comunican cambios, importantes cambios, en la estructura del sistema jurídico de los Estados partes en el Convenio europeo de derechos humanos. Estas sentencias destacan el poder del Derecho internacional privado para hacer Justicia en las relaciones privadas internacionales a través de las normas sobre validez extraterritorial de decisiones.

104. Como reflexión final parece conveniente recordar que el axioma de un sistema jurídico basado en la ley positiva como icono central y en la jurisprudencia como mero “complemento” de las palabras de la Ley es más un mito que una realidad. La jurisprudencia del TEDH ha dejado en evidencia las posturas retrógradas, antiguas, desfasadas y restrictivas que hacen del orden público internacional un mecanismo de defensa de la letra de la Ley y no un mecanismo de defensa de los derechos individuales. El TS español, en particular, se ha mostrado especialmente chauvinista y obsoleto. No ha entendido que el orden público internacional de los Estados democráticos y de las sociedades libres es un “orden público de protección” y no un “orden público de dirección”. Tampoco ha sido consciente el TS español, y esto además de un error, es una lástima, del valor meta-jurisprudencial de sus propias sentencias y de las dictadas por el TEDH, de su poder transformador y dinamizador del sistema jurídico. El TS sigue anclado en el fetichismo de la Ley española, en el mágico hechizo de la norma positiva publicada en el BOE. Pero es que tampoco el TS ha comprendido ni el perfil europeo liberador y potenciador de la libre circulación de las personas derivado del art. 21 TFUE, ni el sentido restrictivo del orden público internacional, ni el alcance monitorizador del sistema legal del principio del interés superior del menor. El TS no

¹⁸⁴ Y. ERGAS, “Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the regulation of International Commercial Surrogacy”, *Emory International Law review*, 2013, n. 27, http://law.emory.edu/eilr/_documents/volumes/27/1/articles/ergas.pdf.

¹⁸⁵ *Vid.* EUROPEAN PARLIAMENT’S COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS, Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, 2013; HAGUE CONFERENCE PERMANENT BUREAU, Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (General Affairs and Policy: Doc. Prel. No 11) (March 2011); HAGUE CONFERENCE PERMANENT BUREAU, Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (General Affairs and Policy: Doc. Prel. No 10) (March 2012); HAGUE CONFERENCE PERMANENT BUREAU, Conclusions and Recommendations adopted by the Council, Council on General Affairs and Policy of the Conference (17-20 April 2012) (April 2012); HAGUE CONFERENCE PERMANENT BUREAU, Report of the Council on General Affairs and Policy of the Conference of 17-20 April 2012: Doc. Prel. No 1) (July 2012).

¹⁸⁶ M. FABRE-MAGNAN, «Les conséquences vertigineuses de l’arrêt de la CEDH sur la GPA», *Le Figaro* 26/06/2014 (<http://www.lefigaro.fr>).

¹⁸⁷ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174. H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. 567-568.

¹⁸⁸ H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. 567-568.

ha captado la europeización del orden público internacional derivado del convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 ni ha percibido la potencia de este instrumento legal como mecanismo impulsor de la validez internacional de las situaciones jurídicas legalmente creadas en un Estado. Una de las más destacadas ventajas de la participación de España en los foros internacionales es que ya no todo termina en el TS: hay vida más allá del TS. Y esa vida nos viene dada por el TEDH. El TEDH, aunque ha utilizado el tradicional mecanismo político de afirmar una cosa y hacer otra bien distinta para no herir susceptibilidades nacionalistas de los Estados, sí que ha comprendido de modo realmente admirable la función del Derecho internacional privado como sistema de realización de los derechos subjetivos de los seres humanos. Así pues, larga vida al Tribunal Europeo de Derechos Humanos...