

La gestación por sustitución caso por caso: A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 27 de abril de 2021

Case by case in surrogacy: regarding to the judgement of the Islas Baleares Provincial Court of 27th april 2021

M^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

orcid ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 24.07.2022 / Aceptado: 09.09.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7219

Resumen: La Audiencia Provincial de Islas Baleares, en su Sentencia del 27 de abril de 2021, ha confirmado en apelación, que una mujer española inscriba como hija suya a una niña nacida mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en Rusia.

Es especialmente relevante esta sentencia, porque se está permitiendo el reconocimiento de la filiación de una menor rusa a favor de la madre comitente española, sin que, en principio, se aporte una sentencia judicial en la que se constate el hecho de la filiación con validez jurídica; y sin que exista ningún vínculo biológico entre ambas. Se trata por tanto de un caso completamente diferente a los suscitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o ante el Tribunal Supremo.

Palabras clave: gestación por sustitución, maternidad subrogada, conflicto de Leyes, reconocimiento de decisiones, certificaciones registrales extranjeras, *Lex Fori*, filiación, Derecho internacional privado, *Forum Shopping*, fraude de Ley, orden público internacional, orden público europeo, interés superior del menor.

Abstract: The judgement of the Islas Baleares provincial court of 27th april 2021 has confirmed on appeal that a Spanish woman registers as her daughter a girl born through a surrogacy contract entered into in Russia.

This sentence is especially relevant, because the recognition of the parentage of a Russian minor in favor of the Spanish intending mother is being allowed, without, in principle, providing a judicial sentence in which the fact of the parentage is verified with validity legal; and without any biological link between the two. It is therefore a completely different case from those brought before the European Court of Human Rights or before the Supreme Court.

Keywords: surrogacy, surrogate mothers, surrogate motherhood, conflict-of-laws, recognition and enforcement of foreign decisions, foreign birth certificates, *lex fori*, parentage, Private international law, *Forum Shopping*, evasion of the law, international public policy, european public policy, interests of the child.

Sumario: I. Introducción de la SAP de Islas Baleares de 27 de abril de 2021. II. Análisis de la SAP de Islas Baleares de 27 de abril de 2021. 1. Reconocimiento de la filiación mediante la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. 2. Determinación de la filiación ex novo por posesión de estado. 3. Análisis de la jurisprudencia del TS y del TEDH. 4. Imposibilidad de la adopción. III. Conclusiones

Introducción de la sap de islas baleares de 27 de abril de 2021

1. En su sentencia de 26 de septiembre de 2018, el Juzgado de Primera Instancia de Islas Baleares estableció la filiación materna a favor de una mujer española de una niña nacida en Rusia, mediante técnicas de reproducción asistida, más concretamente a través de un contrato de gestación por sustitución¹.

El Ministerio Público interpuso entonces recurso de apelación, al que se opuso la madre comitente de la niña nacida en Rusia².

2. La Audiencia Provincial de Islas Baleres procedió a resolver si efectivamente se le reconocía la filiación materna a la mujer española, como lo había hecho previamente el Juzgado de Primera Instancia, o se le denegaba dicha filiación.

Análisis de la SAP de Islas Baleares de 27 de abril de 2021

3. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Islas Baleares, en su Sentencia del 27 de abril de 2021, ha confirmado en apelación, que una mujer española inscriba como hija suya a una niña nacida mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en Rusia³.

La Sala establece la filiación materna de una menor que nació en Moscú de una mujer rusa, a la que le fueron implantadas células germinales femeninas y masculinas de donantes anónimos, de modo que la niña carecía de vínculo biológico con la demandante, mujer española, soltera, que era, por tanto, la madre comitente.

4. Es especialmente relevante esta sentencia, porque se está permitiendo el reconocimiento de la filiación de una menor rusa a favor de la madre comitente española, sin que, en principio, se aporte una sentencia judicial en la que se constate el hecho de la filiación con validez jurídica; y sin que exista ningún vínculo biológico entre ambas. En mi opinión, de manera acertada, se ha procedido a un análisis del caso planteado, que es complementante diferente a los suscitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o ante el Tribunal Supremo (TS)⁴.

Reconocimiento de la filiación mediante la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010

5. Con el fin de cumplir con los requisitos establecidos por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y poder realizar la inscripción de la filiación de la menor a su favor, la mujer española, demandó a los tribunales rusos, para obtener una sentencia que acreditara dicha filiación. Sin embargo, la madre comitente, vio desestimada su demanda ante los tribunales rusos, que no reconocieron la filiación de la menor a favor de la demandante, porque ya poseía una certificación de nacimiento en la que constaba como madre de la menor, que se había efectuado de acuerdo con la legislación rusa y que hacía innecesaria su intervención⁵.

¹ Antecedente de hecho I SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

² Antecedente de hecho II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

³ SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁴ STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111); STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁵ FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

No obstante, de forma errónea, la demanda es estimada con base en la citada Instrucción y añade el tribunal que considera posible y procedente una aplicación atenuada del orden público español de acuerdo con el principio de preservación del superior interés del menor⁶. Se equivoca en los argumentos para admitir la demanda el Juzgado de Primera Instancia, en primer lugar, porque la Instrucción de la DGRN está prevista para procedimientos de reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero en los supuestos en que además de la certificación registral extranjera, se tiene que aportar una sentencia judicial. Si bien luego se volverá sobre este asunto, para conocer por qué fue rechazada por parte de los tribunales de San Petesburgo la demanda de la madre comitente de obtener una sentencia en la que se constaten los hechos con validez jurídica.

En segundo lugar, porque la interpretación que hace del orden público atenuado es diferente de la que hace el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de febrero de 2014⁷. Señalaba el Tribunal Supremo en el asunto de los “niños de California” que el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”, donde el grado de atenuación es menor, cuantos mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. En dicho caso, como el supuesto tenía fuertes vínculos con España, porque en California sólo se llevó a cabo el contrato de maternidad subrogada, el orden público internacional español no podía “atenuarse”⁸. Si bien, en nuestra opinión, el Tribunal Supremo está confundiendo el orden público internacional “atenuado” con el orden público internacional de “proximidad”⁹. No obstante, si tuviéramos en cuenta la interpretación del Tribunal Supremo en el asunto de la gestación por sustitución llevada a cabo en Rusia procedería la misma solución que en el caso de los “niños de California”, de forma que no podría aplicarse un orden público atenuado, porque el supuesto tiene fuertes vínculos con España y en Rusia únicamente se ha llevado a cabo el contrato de gestación por sustitución.

6. Sin embargo, para entender en qué consiste el orden público internacional atenuado, este debe ser analizado en el contexto de la poligamia. Aunque a los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero no se les permiten determinados efectos jurídicos en España tales como la inscripción en el Registro Civil de los mismos, sí que se les permiten ciertos efectos legales en España. En este sentido sería injusto, sobre todo, para el resto de esposas que no son la primera, que el segundo o posteriores matrimonios fuesen considerados como totalmente inexistentes por el mero hecho de cruzar la frontera, especialmente cuando los contrayentes residen en Estados que admiten la poligamia o cuando la primera esposa es nacional de un Estado que admite la poligamia¹⁰. En definitiva, se trata de activar un orden público internacional español atenuado en relación con dichos matrimonios poligámicos. De manera que el orden público internacional impedirá ciertos efectos jurídicos del matrimonio poligámico, es decir los efectos nucleares, porque si fuesen admitidos en España dañarían la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. Pero el orden público atenuado permitirá otros efectos jurídicos periféricos derivados de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, puesto que admitir incidentalmente estos efectos jurídicos periféricos no dañan la cohesión de la sociedad española¹¹. Este orden público

⁶ FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁷ STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁸ FD III.7 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁹ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 19-20. En relación con el orden público internacional de proximidad, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, p. 91. También, A. QUIÑONES ESCÁMEZ confunde o quizás mezcla el orden público internacional atenuado –que distingue efectos nucleares de periféricos– con el de proximidad (A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, nº 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, p. 19).

¹⁰ Esto por dos razones: porque dañaría la “estabilidad legal” de los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero y la seguridad jurídica; y porque el peligro para la organización moral y económica de la sociedad española es mucho menor si el matrimonio se ha celebrado en el extranjero que si el matrimonio se pretende celebrar en España (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1414).

¹¹ M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 223; M. GARDEÑES

internacional atenuado frente a los matrimonios poligámicos es el que se ha mantenido en otros países europeos como Francia, no sólo en España¹².

Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Valencia en el caso de los “niños de California” negó la posibilidad de acudir a la figura del orden público atenuado, para permitir la inscripción de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes, tal y como se ha señalado en relación con la poligamia, que aunque está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento, se permiten ciertos efectos, los menos dañinos para las sociedad española, a los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero¹³. Sin embargo, la Audiencia considera que como la filiación es una causa directa del contrato de gestación por sustitución, no puede realizarse la inscripción, pues afectaría a la cohesión de la sociedad española¹⁴. En mi opinión, la respuesta de dicho tribunal es acertada, puesto que la inscripción de la filiación en el Registro Civil, al igual que la anotación de las sucesivas esposas en el caso de los matrimonios poligámicos, debe ser considerado un efecto nuclear de la gestación por sustitución.

7. No obstante, el Ministerio Público recurre la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y tras señalar que queda probado que la menor nació en Moscú en el 2015 mediante un proceso de gestación por sustitución, no se establece nada en la demanda en relación a que no hubiese aportación del material genético de la madre comitente¹⁵. Así pues, como no existe vinculación biológica de ésta con la menor, –requisito que según el Ministerio Fiscal es imprescindible para el ordenamiento jurídico de la Federación rusa–, no es posible reconocer la filiación por posesión de estado, puesto que ésta viene determinada por el parto, en virtud de los arts. 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006, en relación con los arts. 113 y 131 CC, regulando estos últimos la posesión de estado¹⁶.

Sin embargo, la madre comitente señala que el Ministerio Fiscal no denunció en primera instancia el contenido de la documentación pública aportada, por lo que no puede hacerlo por primera vez con motivo de su recurso. Además, denuncia que el Ministerio Público observa incorrectamente el alcance de las sentencias dictadas por el TEDH en materia de gestación por sustitución y manifiesta que la posesión de estado ha sido probada¹⁷.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Islas Baleares señala que el Ministerio Público no cuestiona en su recurso la admisión de pruebas en primera instancia, ni alega infracción de normas o garantías procesales, sino que plantea un error del juzgador en la valoración de las mismas de conformidad con la normativa de aplicación¹⁸. Efectivamente, en principio, tal error se produjo, porque el Juzgado de

SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 281-285; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1414-1415.

¹² M.-D. ADAM MUÑOZ, “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, en M.-D. ADAM MUÑOZ/ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, 2004, pp. 223-227; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho de Familia Internacional*, Volumen II, Comares, Granada, 2005, pp. 53-55; M. GARDENES SANTIAGO, “La application in Espagne du Droit des États”, en N. BERNARD-MAUGIRON/ B. DUPRET (dirs.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 281-288; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1412-1423.

¹³ Sobre los efectos jurídicos de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, *vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 10, n° 1, marzo 2018, pp. 94-126; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1412-1423.

¹⁴ FD IV SAP núm. 826/2011 de 23 noviembre (AC\2011\1561). *Vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, n° 2, octubre 2014, p. 161.

¹⁵ FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

¹⁶ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, 27 mayo 2006. En adelante, se denominará Ley 14/2016. *Vid.* FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

¹⁷ FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

¹⁸ FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

Primera Instancia reconoció la filiación de la menor a favor de la madre comitente, tal y como aparecía en el acta registral de nacimiento rusa, en virtud de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sin la aportación de una sentencia en la que se constate la validez jurídica de unos hechos.

No obstante, la Audiencia Provincial añade que la razón por la que en la sentencia se desestima la demanda es porque se pretendía conseguir la constatación judicial de un hecho con validez jurídica, en este caso el nacimiento de de la niña en la que la demandante figura como madre de la misma; algo que ya había sido confirmado en la certificación de nacimiento. Tal y como expresa la misma sentencia, según la legislación de la Federación rusa, el Tribunal sólo constata los hechos con validez jurídica en el caso de que la parte demandante no pueda obtener por otros medios los documentos pertinentes que constaten tales hechos y cuando no exista la posibilidad de recuperar la documentación extraviada; supuestos que aquí no concurrían¹⁹.

Por lo tanto, concluye el Tribunal de San Petesburgo respondiendo a la demanda de la madre comitente que: “*Así, teniendo en cuenta lo expuesto y la instanciade la madre subrogada, se concluye que no existe fundamento para considerar que la inscripción en el acta de nacimiento de la demandante como madre de Rosario no se adecúa a la Ley de la Federación de Rusia*”²⁰. Basa su pronunciamiento en que según el certificado médico de nacimiento de 2015, la madre gestante dio a luz una niña, y que el 9 de julio de 2015, esta prestó el consentimiento que exige el art. 16, punto 5 de la Ley Federal de 15 de noviembre de 1997 n° 143-FZ “Sobre los actos relativos al estado civil”, para así proceder al registro público de nacimiento; y todo ello, por petición de los cónyuges que también prestaron su consentimiento para la implantación de un embrión a otra mujer para su gestación, y lo hicieron ante el organismo del Registro Civil, que inscribió en el año 2015 el nacimiento de la menor²¹.

Por lo tanto, para la Audiencia Provincial –la cual se pronunció en el mismo sentido que el Juzgado de Primera Instancia–, de acuerdo con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, no existía ningún impedimento para la transcripción de la certificación de nacimiento en el Registro Civil español. Pues bien, según la doctrina seguida de la Dirección General, la filiación en el Registro Civil español es posible a través del expediente en el que junto con la solicitud de inscripción se aporte una resolución judicial del tribunal extranjero competente que recoja: los datos personales de las partes, la circunstancia de que no se quebranta el interés superior del menor y el consentimiento libre y consciente de la madre gestante, con renuncia por su parte a la filiación; y todo ello sin perjuicio de que la resolución judicial puede ser analizada por parte del Encargado del Registro Civil para comprobar si se cumplen o no los requisitos señalados. Se trata por tanto de un control principalmente formal, que no entra a valorar el origen y el fondo de la situación, que es precisamente el recurso a la gestación por sustitución²². También añade la Audiencia Provincial que la renuncia a la maternidad por parte de la gestante no contradice el Derecho interno español, como se desprende entre otros del art. 45.3 de la

¹⁹ Concretamente hace referencia a lo dispuesto en los arts. 264.1 y 265 del Código de Enjuiciamiento Civil de la Federación de Rusia. *Vid.*, FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR/2021/163294).

²⁰ Dicho tribunal realiza esta afirmación teniendo en cuenta el contrato de prestación de servicios firmado el 14 de enero de 2014 entre la madre comitente y la entidad MEDINSERVIS (agente ejecutor), en el que se estipuló que dicha sociedad se comprometía a buscar una madre subrogada (FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR/2021/163294).

²¹ FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR/2021/163294).

²² Precisamente una de las críticas que ha recibido la citada Instrucción de la DGRN es que no se ha incluido el orden público internacional como motivo de denegación del “reconocimiento incidental” de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución. De forma que podría producirse la absurda situación de que, si en un 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 dicha “filiación múltiple” debería ser reconocida en España (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1885). También podría darse el caso de que la ley extranjera que contempla la gestación por sustitución contenga una disposición que por ser denigrante contra la madre gestante atentara contra el orden público internacional español. Así, por ejemplo, la Ley mexicana no establece un período de revocación del consentimiento para la madre gestante después del nacimiento del menor, que quizá sería deseable que en la Leyes sobre gestación por sustitución de los Estados se contemplara, en aras de la protección de los derechos de la madre gestante. Pues bien, como en la Instrucción no se contemplan el orden público internacional, el encargado del Registro Civil debería proceder al reconocimiento de dicha filiación. En relación a las cláusulas de los contratos de gestación por sustitución legales válidas bajo la ley mexicana, *vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

Ley 20/2011 del Registro Civil²³. Si bien en la fecha en que se dictó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la madre gestante se encontraba en situación de rebeldía, puesto que no había sido localizada; lo cual no plantea ningún problema siempre que el consentimiento fuese irrevocable o que el plazo de revocabilidad hubiese transcurrido sin que la madre gestante lo hubiese ejercitado, de acuerdo con la legislación rusa, tal y como establece la citada Instrucción²⁴.

Sin embargo, precisamente una de las críticas que ha recibido dicha Instrucción de la DGRN es que es el encargado del Registro Civil español el que debe entrar a valorar si la sentencia tiene su origen en un procedimiento análogo de jurisdicción voluntaria –pues en caso contrario la sentencia debería presentarse a *exequatur*–, y a continuación, proceder a controlar incidentemente el reconocimiento de la resolución judicial. Una de las cuestiones que ha de valorar es que el tribunal ruso haya basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, –que si bien es un requisito criticable pues pretende imponer al resto de Estados los criterios de competencia españoles– no se establece nada al respecto, es decir, si el encargado del Registro Civil ha verificado este extremo. Otro de los aspectos que ha de controlar es que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, tal y como se ha señalado antes, algo que tampoco ha sido puesto de manifiesto en ningún momento²⁵. Es posible, por lo tanto, que para el encargado del Registro Civil español dicha sentencia rusa supere el control incidental, si bien, hubiera podido suceder que para cualquier otro encargado del Registro Civil en dicha sentencia no se hayan constatado los hechos con validez jurídica, puesto que en ella se está remitiendo a la certificación registral de nacimiento como título que le otorga validez jurídica a la filiación; aunque esto se deba a que la legislación rusa no lo permita. Luego la solución que ofrece la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 estaría limitada a aquellos casos en los que la gestación por sustitución se ha efectuado en países en los que los tribunales dictan una sentencia judicial que acompaña al certificado de nacimiento del menor, como sucede en el Estado de California.

En este sentido, existen países donde no es posible obtener una sentencia judicial como en Ucrania, de forma que no es posible proceder al reconocimiento de la filiación recurriendo a la Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010. Si bien, existe una gran diferencia con el caso suscitado, porque las actas del Registro Civil ucraniano 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 privacidad²⁶.

8. Por todo ello, la Audiencia Provincial de Islas Baleares considera acertado el reconocimiento de la filiación que realiza el Juzgado de Primera Instancia por aplicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. No entiende, por tanto, que el Ministerio Fiscal al impugnar dicha filiación afirme que considera de especial trascendencia que en el momento de solicitar el salvoconducto para la menor y de instar su inscripción en el Registro Civil Consular, la madre comitente manifestó en la entrevista ante funcionario público que los donantes del material genético reproductivo eran anónimos, de modo que la niña carecía de ligamen biológico con la demandante; de forma que modifica cualquier otra interpretación sobre la legalidad de la gestación por sustitución realizada hasta ese momento.

Sin embargo, el tribunal de San Petesburgo indica que tanto la gestación por sustitución como el certificado de nacimiento de la niña respetan la legislación de la Federación rusa, teniendo en cuenta que el art. 55 de la Ley federal rusa de 21 de noviembre de 2011 establece que pueden ser utilizados embriones

²³ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, 22 julio 2011.

²⁴ J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (ed.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 95; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1880-1881.

²⁵ Para un análisis de la Instrucción de la de la DGRN de 5 de octubre de 2010, *vid.* J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (ed.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 87-96; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1880-1885.

²⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1885.

de donantes anónimos²⁷. Por lo que, para la Audiencia Provincial no puede afirmarse que se trate de una gestación por sustitución nula de pleno derecho desde la perspectiva del ordenamiento ruso, como señala el Ministerio Fiscal, y que como consecuencia de que la madre comitente es una mujer soltera, la gestación por sustitución hubiese sido legal en Rusia si el óvulo u óvulos fecundados e implantados a la madre gestante hubieran pertenecido a la madre comitente, para que quedase así acreditada su maternidad biológica. No obstante, tal y como señala la Audiencia Provincial, tal requisito no se contempla en la legislación rusa.

En mi opinión, el Ministerio Fiscal se equivoca en sus argumentos, pues el vínculo biológico no es necesario si, por la vía de la Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010, se solicita el reconocimiento de la filiación de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. Sólo se justifica la necesidad de vínculo biológico en el caso de que se tratara de la reclamación de paternidad para los supuestos de gestación por sustitución, en virtud del art. 10.3 de la Ley 14/2006; pues como ya se ha señalado anteriormente los arts. 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006 establecen que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y que la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución vendrá determinada por el parto; todo ello en el supuesto de que la madre gestante procediera a reclamar la filiación *ex novo*.

9. En cualquier caso, la demandante acierta al iniciar una acción de filiación *ex novo*, puesto que no pudo obtener una sentencia rusa en la que constara la filiación en los términos de la Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010, por lo que era probable que no se reconociera la filiación a favor de la madre comitente. Sin embargo, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial sí procedieron finalmente al reconocimiento de dicha filiación, aunque sólo se había aportado la certificación registral de nacimiento rusa de la menor y la sentencia en la que se denegaba su pretensión, pero que, por otra parte, otorgaba plena validez al certificado de nacimiento en el que constaba la filiación y todo ello a la luz de los datos del caso concreto.

Determinación de la filiación *ex novo* por posesión de estado

10. El Juzgado de Primera Instancia de Islas Baleares otorga la filiación a favor de la madre comitente de la niña rusa utilizando un *totum revolutum* de argumentos de dos técnicas jurídicas perfectamente diferenciadas en Derecho internacional privado. Por un lado, en virtud de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, –en conjunción con el art. 96.2, d) de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil–, reconoce la filiación que aparece en el acta registral de nacimiento rusa, por la vía del reconocimiento de las resoluciones extranjeras –como ya se ha señalado en el apartado anterior–. Mientras que, por otro lado, considera igualmente el juez de Primera Instancia que se ha acreditado la posesión de estado a través de la documentación facilitada;²⁸ así que en este caso se está utilizando la técnica jurídica del conflicto de leyes, una vez que los tribunales españoles se han declarado competentes en virtud de las normas de producción interna relativas a la competencia judicial internacional²⁹. En este sentido, el juez no separa los tres sectores del Derecho internacional privado, que son la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Esta distinción, sin embargo, sí que es realizada por el Tribunal Supremo de manera acertada en el caso de los “niños de California” en su Sentencia de 6 de febrero de 2014. Este señaló que la técnica jurídica que se debía utilizar no era la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento, puesto que existía ya una decisión de la autoridad administrativa del Registro Civil de California, cuando se inscribió el nacimiento de los niños y se determinó una filiación a favor de los padres comitentes, de acuerdo con las leyes californianas³⁰.

²⁷ FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

²⁸ FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

²⁹ Los tribunales españoles se pueden declarar competentes en virtud de los siguientes foros alternativos: residencia habitual del hijo o menor en España, nacionalidad española del demandante, residencia habitual en España del demandante o residencia de éste en España desde seis meses antes en el momento de la interposición de la demanda (art. 22 *quater* d) LOPJ); o domicilio del demandado (art. 22 ter.1 LOPJ).

³⁰ FD III.2 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

11. En cualquier caso, la demandante lo que hizo es iniciar una acción de filiación, alegando entre otros argumentos posesión de estado. Si bien la posesión de estado fue rechazada por la Audiencia Provincial, porque, aunque ésta quedó acreditada por los hechos que se relatan, no bastaba por sí misma para obtener la filiación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 CC, porque contravenía lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley 14/2006. Así pues, el art. 131 CC establece que la filiación manifestada por la constante posesión de estado no se puede reclamar en el caso de que ésta contradiga otra legalmente determinada. Como el art. 10.2 de la Ley 14/2006 señala que la madre gestante es la madre que da a luz, pues la reclamación de filiación por posesión de estado no puede ser concedida por la Audiencia Provincial al tratarse de filiaciones contradictorias.

Este argumento es un error del juez, puesto que, al tratarse de una filiación internacional, no procede la aplicación directa de la norma sustantiva española, sino que es de aplicación, el art. 9.4.I CC, que es la norma de conflicto que regula la filiación internacional. Sólo en el caso de que dicha norma nos lleve a la aplicación de la ley española, podría aplicarse la Ley 14/2006, como efectivamente sucede en este caso, pues la niña tiene su residencia habitual en España, que es el primer punto de conexión que contempla el art. 9.4.I CC, con su actual redacción³¹.

Ahora bien, siguiendo con los puntos de conexión jerárquicos que recoge la redacción del art. 9.4.I CC y teniendo en cuenta que es una norma materialmente orientada, si mediante la ley designada por el primer o segundo punto de conexión, no es posible la acreditación de la filiación, se pasa al siguiente punto de conexión. Pero, según parte de la doctrina, no siempre la acreditación de la filiación de un hijo respecto de un padre concreto supone un beneficio para dicho hijo, incluso desde la perspectiva del Derecho español. Así que si, como en el caso planteado, todos los puntos de conexión nos lleven a la Ley española, para el juez no es posible acreditar la filiación del nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, porque el Derecho español, concretamente el art. 10.2 de la Ley 14/2006, señala que corresponde a la mujer que ha dado a luz y no a la mujer que la ha contratado para llevar a cabo el contrato de gestación por sustitución. Ahora bien, la redacción del art. 9.4.I CC es excesivamente genérica y no concede poder al juez para decidir si el no establecimiento de la filiación derivado de la aplicación de una concreta Ley estatal es o no es beneficioso para el hijo. En casos como el planteado, la orientación material no garantiza que siempre pueda acreditarse la filiación del hijo³². Por lo tanto, si se atiende a esta interpretación del 9.4.I CC, no podría acreditarse la filiación de la menor, de manera que, en mi opinión, esta opción todavía es peor que con la anterior redacción del 9.4 CC, en la que al menos el padre comitente, si era el padre biológico, podrían ser considerado el padre legal.

12. La posesión de estado para la Audiencia Provincial quedó probada, pues se incorpora el alta en guardería en el año 2016, así como el alta de la niña en el Sistema Nacional de Salud. Además, está acreditado el empadronamiento de la niña desde el 24 de junio de 2016, y, además, convive no sólo con la madre comitente, sino con tres personas más, es decir, como señala la Audiencia Provincial: “*se trata de actos que persiguen la educación de la niña, la protección de su salud y su acogimiento permanente en un hogar familiar*”³³.

Sin embargo, no basta la posesión de estado por sí misma, en este caso, para obtener la filiación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 CC en su segundo párrafo, porque chocaría con el art. 10.2 de

³¹ A efectos prácticos, se hace este análisis con la redacción actual del precepto conforme a la modificación realizada por el art. 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, (BOE núm. 180, 29 julio 2015). Si bien, en el momento en el que se inició la acción de filiación en el asunto que nos compete, en el año 2015, estaba en vigor la anterior redacción del art. 9.4 CC, que tampoco era muy diferente a la actual, pues establecía los mismos puntos de conexión, tales como nacionalidad del hijo, residencia habitual del hijo y ley sustantiva española, que también son jerárquicos; pero una de las diferencias fundamentales de ambos preceptos se encuentra en que en la anterior redacción del 9.4 CC, la ley de la nacionalidad del hijo es el primer punto de conexión, no el segundo punto de conexión, que es como aparece en la redacción actual del 9.4 CC.

³² Para un análisis en profundidad de la orientación material del art. 9.4 CC, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1821-1829.

³³ FD VII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR/2021\163294).

la Ley 14/2006, que señala que la filiación viene determinada por el parto en los supuestos de gestación subrogada³⁴.

No obstante, teniendo en cuenta que, en su opinión, se cumplían los requisitos de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, que la posesión de estado estaba probada y apoyándose en otros argumentos que se pasan a explicar a continuación, la Audiencia Provincial procedió al reconocimiento de la filiación a favor de la madre comitente como madre legal de la menor³⁵. Por lo tanto, también acaba realizando el mismo *totum revolutum* que el Juzgado de Primera Instancia, en lo que a la argumentación utilizada se refiere, con independencia de que el reconocimiento de dicha filiación a favor de la madre comitente fuese lo más apropiado teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor.

Análisis de la jurisprudencia del del TS y del TEDH

13. La Audiencia Provincial procede a analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia. Así, de su sentencia de 6 de febrero de 2014 analiza los dos principios que entran en confrontación en los contratos de gestación por sustitución, que no son otros que el orden público internacional y el interés superior del menor.

Dentro del orden público internacional español están las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia, y dentro de ella, los que sostienen la filiación, pero también el art. 10 de la Ley 14/2006, que es la norma que regula la gestación por sustitución³⁶. En consecuencia, la cláusula de orden público internacional español impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, así como el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determine³⁷.

En definitiva, aunque de la sentencia del tribunal de San Petesburgo no se desprende que la gestación por sustitución realizada pueda ser calificada como nula de acuerdo con el ordenamiento ruso, sí que es nulo dicho contrato bajo el ordenamiento español; en concreto, vulnera el citado art. 10 de la Ley 14/2006, la cual establece que en estos casos la filiación se determina por el parto, previéndose la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad por parte del padre biológico.

14. En lo que respecta al principio de interés superior del menor recuerda la Audiencia Provincial que el Tribunal Supremo ya señaló en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 que este principio un concepto jurídico indeterminado que no permite su aplicación ciega. Dicho principio sirve para complementar las leyes, tanto en su aplicación como en su interpretación, de forma que la filiación deberá determinarse no sólo en atención a este principio sino también teniendo siempre presente la legislación del Ordenamiento Jurídico correspondiente. Es decir, la inscripción de los menores nacidos por maternidad subrogada que se realice quebrantando las normas también supone un perjuicio para el menor. Por lo tanto, el principio de interés superior del menor no es el único que se debe tener en consideración, sino que se deben tener en cuenta otros principios como 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 filiación³⁸.

³⁴ FD VII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

³⁵ FD VIII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

³⁶ Estos principios fundamentales que deben protegerse son: la dignidad de la persona (art. 10 CE), tanto de la mujer gestante como del hijo; la protección de la infancia (art. 39 CE); el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE); y el derecho a la integridad moral (art. 15 CE). *Vid.* FD III.5 y FD III.7 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). También es considerado un acierto por parte de la doctrina que el art. 10 Ley 14/2006 no se haya aplicado como una norma internacionalmente imperativa, sino como una norma que forma parte del orden público internacional español (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 70-71).

³⁷ FD IV SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

³⁸ FD IV SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

Es necesario, por tanto, realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique al menor, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico y que la protección del menor no se consigue mediante una aceptación acrítica del contrato de gestación por sustitución realizado en un país extranjero, sino partiendo de las previsiones legales y convenios aplicables en España y la jurisprudencia que los interpreta. Por ello, tiene en consideración que el TEDH, al interpretar el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que recoge el derecho al respeto a la vida privada y familiar, señala que si existe una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar para permitir que ese vínculo se desarrolle y para proteger la integración del niño en su familia; tal y como se recoge en las sentencias *Wagner y otro contra Luxemburgo* y *Harroudj contra Francia*³⁹. Pero, siguiendo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TEDH, si el núcleo familiar ya existe y si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los padres comitentes, se tendría que tener en cuenta este dato, para permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

El Tribunal Supremo señala en este sentido además que en el ordenamiento español existen diversas instituciones que permiten el desarrollo y la protección de estos vínculos. En primer lugar, el art. 10.3 de la Ley 14/2006, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por si alguno de los recurrentes lo fuera⁴⁰. En segundo lugar, señala el Tribunal Supremo “*figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar*”.

Además, el Tribunal Supremo establece que, de conformidad con el art. 7.1 de la CDN, el niño ha de ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a una nacionalidad, por lo que la denegación de reconocimiento de la certificación registral afectará exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

Posteriormente, el Tribunal Supremo, por medio de Auto de fecha 2 de febrero de 2015, resolviendo el incidente de nulidad de actuaciones que se planteó frente a su Sentencia de 6 de febrero de 2014 dictaminó, que a diferencia de lo ocurrido con las sentencias del TEDH, casos *Menesson* y *Labassee*, no se había producido una vulneración del derecho a la identidad, ni del derecho al respeto de la vida privada de los menores por su no inscripción en el Registro Civil español⁴¹. En dicho Auto, el Tribunal Supremo ratifica el fallo de la Sentencia de 6 de febrero de 2014, donde si bien establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada en nuestro ordenamiento, señala que: en cumplimiento del principio de superior interés del menor debe protegerse el núcleo familiar en el que se encuentra integrado, siempre que sea adecuado para el niño y no suponga para él algún peligro; pero respetando los cauces previstos en el ordenamiento español, como son la reclamación de la filiación por el padre biológico, la adopción y, en algunos supuestos, el acogimiento familiar⁴².

15. A continuación, la Audiencia Provincial, hace un análisis del Primer Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019⁴³. Dicho Dictamen del TEDH en materia de gestación por sustitución fue el resultado de la consulta realizada por la *Cour de Cassation* francesa, a raíz de la sentencia *Menesson contra Francia*. En dicha sentencia se señalaba que debía reconocerse la filiación de los padres comitentes en

³⁹ STEDH 28 junio 2007, *Wagner y otro c. Luxemburgo*, 76240/01 (JUR\2007\147388); STEDH 4 octubre 2012, *Harroudj c. Francia*, 43631/09 (TEDH\2012\89).

⁴⁰ El TS recuerda que el objeto del recurso no era adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los padres comitentes, sino el reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También señala que no ha quedado probado si alguno de los comitentes aportó sus gametos, puesto que, aunque se menciona en las alegaciones, ni se concreta cuál de ellos los habría aportado, ni menos aún se prueba cual sería el padre biológico de cada uno de los menores (FD V.11 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)).

⁴¹ Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141). *Vid.* STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111).

⁴² FD IV SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁴³ *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande n° P16-2018-001).

relación con dos menores nacidas mediante un contrato de sustitución en California, pero no decía realizarse. Dado que, durante el proceso, se había conseguido demostrar que el padre comitente era el padre biológico, se le daba la opción a la madre comitente de adoptar a las menores; algo que esta rechazó porque quería que se le reconociese como “madre legal”, pues así aparecía en las actas registrales de nacimiento extranjeras.

El TEDH tiene en cuenta dos factores para llegar a sus conclusiones: el primero de ellos es la preservación del superior interés del menor, que considera primordial; y el segundo se refiere al alcance del margen de discrecionalidad de que disponen los Estados contratantes de acuerdo con el art. 8 del CEDH⁴⁴.

En relación al interés superior del menor, recuerda el TEDH que la falta de reconocimiento de una relación jurídica entre un niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución realizado en el extranjero y la madre comitente, tiene un impacto negativo en varios aspectos del derecho del menor al respeto de su vida privada, pues coloca al niño en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad y así lo observó el Tribunal en sus sentencias *Menesson y Labasse*⁴⁵. Los riesgos concretos para el menor consistirían en que se le niegue el acceso a la nacionalidad de la madre comitente que garantiza la filiación; que se complique la permanencia del menor en el país de residencia de la madre comitente –aunque este riesgo no exista en el caso planteado porque el padre de intención que es el padre biológico tenga la nacionalidad francesa–; que los derechos sucesorios se vean disminuidos; que la relación con su madre pueda correr riesgo si los padres comitentes se separan o si el padre comitente fallece; y que el menor carezca de protección en el caso de que la madre comitente lo rechace o deje de ocuparse de él⁴⁶. Así pues, el TEDH considera que el no reconocimiento de la filiación cuando esta deriva de un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo de forma válida en el extranjero, es incompatible con el interés superior del niño, que exige, como mínimo, que cada situación sea examinada a la vista de las circunstancias particulares del asunto.

Ahora bien, una cuestión distinta es el margen de apreciación del que dispone cada Estado en lo relativo a la elección de los medios que permitan reconocer la relación jurídica entre el menor y la madre comitente. El TEDH afirma que existe un consenso europeo en cuanto al establecimiento o el reconocimiento del vínculo de filiación entre el menor y el padre de intención, pero las modalidades en que se realiza varían de Estado a Estado. Por lo tanto, la elección de los medios mediante los cuales sea posible el reconocimiento de dicho vínculo entran dentro del margen de apreciación de los Estados⁴⁷.

El TEDH señala que el respeto al principio de superior interés del niño –que se evaluará en concreto y no en abstracto–, implica que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible cuando tal relación se haya convertido en una realidad práctica, lo cual debe ser analizado por la autoridad de cada Estado⁴⁸. El interés superior del niño no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial entre el niño y la madre comitente, implique obligatoriamente la transcripción del certificado de nacimiento extranjero en el que se designa a la madre comitente como “madre legítima”. En este sentido, dependiendo de las circunstancias de cada caso, otros medios también pueden servir a esos intereses de manera adecuada, incluida la adopción⁴⁹. Esta misma interpretación fue realizada de nuevo por el TEDH en su Sentencia de 16 de julio de 2020 en el asunto *D c Francia*⁵⁰.

⁴⁴ *Idem*, apartado 37.

⁴⁵ STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111).

⁴⁶ *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demanda n° P16-2018-001), apartado 40.

⁴⁷ *Idem*, apartado 51.

⁴⁸ *Idem*, apartado 52.

⁴⁹ *Idem*, apartado 53.

⁵⁰ *Vid.* STEDH 16 julio 2020, 11288/18, *D c Francia*, (JUR\2020\214195) (ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818), apartados 66 y 67. En esta asunto, se desestimó la demanda de inscripción del acta de nacimiento de un niño nacido en el extranjero en el que se designaba como madre a la madre genética o biológica, pero que no había sido la madre gestante. La adopción fue el medio ofrecido para el reconocimiento del vínculo de filiación entre la madre de intención, que también era la biológica y el menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución; pues el padre de intención que también era el

16. En conclusión, la Audiencia Provincial de Islas Baleares, tras un análisis de la doctrina del Tribunal Supremo y del TEDH, especialmente de lo señalado en el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 concluye que, de acuerdo con la evaluación de las circunstancias de cada caso, tiene que haber un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica. No obstante, este derecho no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro, sino que la adopción puede cumplir este requisito siempre que las condiciones que la regulen sean adecuadas y el procedimiento permita tomar rápidamente una decisión; de modo que el niño no se encuentre durante un largo periodo de tiempo en una situación de inseguridad jurídica en cuanto a dicha relación; debiendo incluir estas condiciones una evaluación por parte de los tribunales del interés superior del menor a la vista de las circunstancias del caso⁵¹.

Aunque el TEDH es consciente de los riesgos de abuso que implican los acuerdos de gestación por sustitución y la posibilidad de conocer el origen de la persona, termina concluyendo que el interés superior del niño también supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como de asegurar que el menor crezca y se desarrolle en un entorno estable. Son estas las razones por las que el TEDH considera que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es incompatible con el interés superior del niño⁵².

Imposibilidad de la adopción

17. Sin embargo, en el caso sometido a la consideración de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, no es posible acogerse a las vías sugeridas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 para establecer la filiación entre la demandante y la menor, puesto que no existe padre biológico de la menor que sea pareja de la madre comitente y que, por tanto, pudiese reclamar la filiación, adoptando a la niña. Tampoco puede acudir a la adopción, puesto que existe una diferencia de edad entre la menor y la madre comitente de casi cuarenta y siete años, que excede la diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado establecida imperativamente en el art. 175.1 del CC (cuarenta y cinco años). Y tampoco podría acogerse a las excepciones recogidas en el art. 176.2 del CC, concretamente la tercera, porque la menor no se encuentra en situación de guarda con fines de adopción, ni la figura de la tutela resulta compatible con la realidad de la situación familiar existente, vivida por la niña junto con su madre comitente desde su nacimiento⁵³.

No obstante, considera la Audiencia Provincial en esta Sentencia de 27 de abril de 2021, que únicamente el mantenimiento de la menor en el entorno familiar en el que vive y que conoce, que es el de la madre intencional y el establecimiento de la filiación pretendida, puede aportar a la niña la seguridad jurídica y estabilidad necesarias para que la menor pueda seguir desarrollándose con plena tranquilidad en todos los aspectos de su vida, físicos, intelectuales y emocionales. Por ello, acuerda proceder a la inscripción solicitada, atendiendo al principio de superior interés de la niña, que pasa por “*dar carta de naturaleza y preservar la situación familiar que vive desde su nacimiento*”, teniendo en cuenta también la posesión de estado, lo cual favorece a la demandante⁵⁴. En relación a la posesión de estado, en el Auto de 2 de febrero de 2015 antes señalado, el Tribunal Supremo señala que el reconocimiento

padre biológico, sí que fue reconocido como tal. Sin embargo, esta opción de la adopción para la madre comitente fue rechazada por los padres comitentes que solicitaron la inscripción de la certificación de nacimiento extranjera, alegando vulneración del art. 8 del TEDH. Pero, el TEDH determinó que no existía tal vulneración, puesto que los procedimientos de adopción plena tienen de una duración de alrededor de cuatro meses en Francia, por lo que había una celeridad razonable en los procedimientos de adopción plena en dicho Estado.

⁵¹ FD V SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁵² FD V SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁵³ FD VI SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁵⁴ FD VIII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

o establecimiento de la filiación, puede proceder de la adopción, pero, también, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que el ordenamiento jurídico español ha considerado idóneos para proteger el interés del menor⁵⁵.

18. Por lo tanto, las apreciaciones acerca del superior interés del menor realizadas por el Tribunal Supremo tanto en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 como en el Auto de 2 de febrero de 2015 son matizadas por la Audiencia Provincial a la vista de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵⁶.

Esta ley permite abordar este caso en concreto desde una perspectiva que complementa el criterio del Tribunal Supremo, que no pudo tener en cuenta dicho texto normativo. Así, en su art. 2.1 se establece de forma imperativa, la consideración de forma primordial y sobre cualquier otro legítimo, el interés superior de todo menor en las acciones y decisiones que le conciernan, tanto públicas como privadas. Así que la Audiencia Provincial considera que deben aplicarse los criterios establecidos en las letras a), c) y d) del art. 2.2 de dicha Ley para interpretar y aplicar este superior interés de la menor, junto con los elementos que proporciona el precepto 2.3. Tales preceptos se refieren a la protección del derecho de la niña a la vida y al desarrollo de la misma en un entorno familiar adecuado, que es el que tiene con la madre comitente desde su nacimiento, no existiendo indicio alguno como para pensar que la menor se encuentre desatendida o desprotegida y sometida a algún peligro en ese ámbito. De este modo también se consigue preservar la identidad, cultura, religión, convicciones de la menor, que ha podido ir adquiriendo y que únicamente han sido proporcionadas la madre comitente y sus familiares más cercanos que conviven con ellas⁵⁷.

Para proceder al reconocimiento de la filiación de la madre comitente en relación a la menor nacida en Rusia, se ha tenido en cuenta que la madre gestante, que tampoco tiene vinculación genética con la niña, se encuentra desaparecida de este procedimiento. Por un lado, la madre gestante no ha tenido intervención alguna ante los órganos jurisdiccionales de San Petesburgo y, por otro lado, no existe indicio de que se haya reivindicado como madre de la niña, ni que haya tenido algún tipo de relación con ella⁵⁸.

19. En definitiva, en esta sentencia pionera en España en materia de gestación por sustitución, el interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra consideración, de forma que una vez analizado el caso concreto, es decir, que se ha observado que el contrato de gestación por sustitución ha cumplido con las garantías requeridas para las partes y la menor en el Estado de celebración, la autoridad de cada Estado tiene un margen de discrecionalidad limitado para proponer un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente a la mayor brevedad posible.

Como las soluciones ofrecidas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, no pueden aplicarse al asunto que se está dirimiendo, la única posibilidad es proceder a la inscripción de la filiación de la menor a favor de la madre comitente, tal y como aparece en la certificación registral rusa de nacimiento aportada por ella. En este asunto, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, teniendo en cuenta el interés superior del menor, sí permitió su inscripción, siguiendo la tesis de la admisión en España de la filiación determinada en el extranjero mediante decisión registral. Esta es la tesis que al principio siguió la DGRN, concretamente en su Resolución de 18 de febrero de 2009, en relación con los “niños de California”⁵⁹.

⁵⁵ FD IV SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294). *Vid.* Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141)

⁵⁶ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 175, 23 de julio 2015, pp. 61871-61889. En adelante Ley 8/2015.

⁵⁷ FD VIII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁵⁸ FD VI SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁵⁹ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Boletín del Ministerio de Justicia, Núm. 2104 (Fecha de edición: 15 de marzo de 2010, con las Resoluciones de 07/01/2009 a 20/02/2009).

III. Conclusiones

20. En primer lugar, ya el Juzgado de Primera Instancia de Islas Baleares otorga la filiación a favor de la madre comitente de la niña rusa utilizando un *totum revolutum* de argumentos de dos técnicas jurídicas perfectamente diferenciadas en Derecho internacional privado. Por un lado, en virtud de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 reconoce la filiación que aparece en el acta registral de nacimiento rusa, por la vía del reconocimiento de las resoluciones. Mientras que, por otro lado, considera igualmente el juez de Primera Instancia que se ha acreditado la posesión de estado a través de la documentación facilitada; así que en este caso se está utilizando la técnica jurídica del conflicto de leyes, una vez que los tribunales españoles se han declarado competentes en virtud de las normas de producción interna relativas a la competencia judicial internacional. Por lo tanto, el juez no separa los tres sectores del Derecho internacional privado, que son la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

Pues bien, la Audiencia Provincial de Islas Baleares viene a realizar algo parecido en la sentencia objeto de análisis. Por un lado, considera que, aunque el tribunal de San Petesburgo deniega a la demandante su solicitud de sentencia judicial, es porque se pretendía conseguir la constatación judicial de un hecho con validez jurídica, en este caso el nacimiento de de la niña en la que la demandante figura como madre de la misma; algo que ya había sido confirmado en la certificación de nacimiento. Por lo tanto, para la Audiencia Provincial, de acuerdo con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, no existía ningún impedimento para la transcripción de la certificación de nacimiento en el Registro Civil español. Si bien, la duda que surge en este punto es si efectivamente la sentencia del tribunal de San Petesburgo, en la que se desestima la demanda de la actora, deriva de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, de forma que pueda superar los requisitos establecidos en la Instrucción y proceder al reconocimiento de la filiación recogida en el acta registral de nacimiento rusa. La solución a la disyuntiva por parte de la Audiencia Provincial ha sido en sentido positivo.

Pero, sin embargo, analiza la reclamación de filiación por posesión de estado. Sobre esta cuestión señala que, aunque esta ha quedado probada a lo largo del procedimiento, no basta por sí misma para obtener la filiación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 CC, porque contraviene lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley 14/2006. Si bien la posesión de estado favorece a la demandante en aras del reconocimiento de la filiación de la madre comitente con respecto a la menor rusa.

Además, los argumentos posteriores están en consonancia con la solicitud de reconocimiento de la certificación de nacimiento extranjera, pues se analiza la jurisprudencia del TS y del TEDH en relación al principio del interés superior del menor; para llegar a la conclusión de que sí procede la inscripción como aparece en la certificación registral, porque en el caso planteado no se cumplen los criterios de determinación de la filiación que el ordenamiento jurídico español ha considerado idóneos para proteger el interés del menor, entre ellos la adopción.

En este mismo sentido, se debe recordar que, a raíz del Dictamen del TEDH, en relación al asunto *Mennesson*, el juez decidió proceder a la inscripción de la madre comitente de las niñas como madre legal, al considerar que, después de quince años de procedimiento judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de la relación materno-filial, sin tener que recurrir a los trámites de la adopción.

En definitiva, todo este análisis que realiza la Audiencia Provincial y que se va a resumir a continuación, –al igual que como sucede con la reclamación de filiación por posesión de estado– es innecesario si es posible el reconocimiento incidental de la sentencia rusa de nacimiento de los menores, por medio de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

21. Por un lado, el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, ha señalado que la cláusula de orden público internacional español impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, así como el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determine. Si bien una vez que el núcleo familiar ya existe y si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los padres comitentes, se tendría que tener en cuenta este dato, para permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos –respeto a la

vida privada y familiar (art. 8 CEDH)—. Para ello, el ordenamiento español, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por si alguno de los padres comitentes lo fuera; y el que no fuera padre biológico, podría optar por figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción.

Sin embargo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares del 27 de abril de 2021, el interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra consideración, de forma que una vez, que se ha observado que el contrato de gestación por sustitución ha cumplido con las garantías requeridas para las partes y la menor en el Estado de celebración, la autoridad de cada Estado tiene un margen de discrecionalidad limitado para proponer un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente a la mayor brevedad posible. Como las soluciones ofrecidas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de febrero de 2014, no pueden aplicarse al asunto que se está dirimiendo, la única posibilidad es proceder a la inscripción de la filiación de la menor a favor de la madre comitente. Para ello, la Audiencia Provincial ha realizado una interpretación del principio del interés superior del menor diferente a la del Tribunal Supremo, acorde a la concreción de dicho principio que contempla la Ley 8/2015. Así que, de acuerdo con dicha norma, en el supuesto objeto de estudio, se está preservando el interés superior del menor, pues se está favoreciendo la protección del derecho de la niña a la vida y al desarrollo de la misma en un entorno familiar adecuado, no existiendo indicio alguno como para pensar que la menor se encuentre desatendida o desprotegida y sometida a algún peligro en ese ámbito.

22. Por otro lado, tras el primer Dictamen del TEDH puede afirmarse que, aunque existe un limitado margen de discrecionalidad de los Estados miembros en el reconocimiento del vínculo de filiación, existe un amplio margen de apreciación de los Estados en la elección de los medios jurídicos para llevar a cabo el mismo, que bien puede tratarse de la adopción, siempre que se procure prontitud en el procedimiento. No se exige, por tanto, la inmediata inscripción de los datos que figuran en la certificación registral extranjera, en el Registro Civil nacional correspondiente.

No obstante, las diferencias entre las soluciones adoptadas por el TEDH en los asuntos *Menesson* y *Labassee* y el Tribunal Supremo en el caso de los “niños de California”, no han resultado ser reales en la práctica, tal y como se ha puesto de manifiesto a raíz de la consulta realizada por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH precisamente en relación con el asunto *Menesson*.

En su primer Dictamen en relación con la gestación por sustitución, el TEDH señala que el reconocimiento de la filiación de las hijas *Menesson* en relación con la madre comitente, no tiene que hacerse por la transcripción del acta de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, sino por cualquier otra vía como la adopción, siempre que las modalidades previstas en el derecho interno garanticen la efectividad y la celeridad del reconocimiento de la filiación, de conformidad con el interés superior del menor.

Si bien, la solución es similar a la ofrecida por el Tribunal Supremo para el reconocimiento de la filiación a favor del padre que no resulte ser el padre biológico, es decir, que dichos padres comitentes no biológicos tienen la posibilidad el acogimiento o la adopción. Sin embargo, ninguna de estas dos opciones es rápida en el ordenamiento español. En Francia por otro lado, aunque en el asunto *D c. Francia*, el TEDH señaló que la adopción plena tiene una duración de alrededor cuatro meses; en relación con el asunto *Menesson* el juez consideró que, después de quince años de procedimiento judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de la relación materno-filial, sin tener que recurrir a los trámites de la adopción.

Así pues, la diferencia entre el caso español y el francés es que en el caso francés, uno de los padres comitentes demostró a lo largo del procedimiento que era el padre biológico de los menores, mientras que en el caso español, esto no quedó probado, aunque sí que fue puesto de manifiesto a lo largo de las diferentes instancias que atravesó el asunto. Aunque el hecho de que ninguno de los padres comitentes sea el padre biológico del menor, no parece ser relevante para que exista un núcleo familiar de “facto” y se respete el derecho a la “vida privada y familiar”, de acuerdo con el art. 8 del TEDH; la realidad es que, la ausencia de carga genética en el menor fue uno de los motivos, entre otros, para que finalmente, el TEDH no considerara que había habido una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar por el Estado italiano en el asunto *Paradiso Campanelli*.

En cualquier caso, el TEDH y el Tribunal Supremo sí que coinciden en que debe respetarse el núcleo familiar “de facto” constituido en el país de destino, siendo un medio idóneo para la protección del mismo, por ejemplo, la concesión del derecho a la prestación de maternidad a los padres comitentes. Precisamente, porque existía un núcleo familiar de “facto” en el Estado de origen, en esta sentencia objeto de estudio, se ha permitido la inscripción de la certificación registral de nacimiento de una niña nacida en Rusia mediante gestación por sustitución, en aras del principio del interés superior del menor. Para ello, se han tenido en cuenta todas las circunstancias del caso: no era posible recurrir a ninguna de las soluciones previstas por el Tribunal Supremo, dado que no se podía identificar al padre biológico, pues se trataba de un donante anónimo; y no se cumplían las condiciones legales para la adopción o el acogimiento bajo la legislación española. Así pues, tanto en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, como en la Sentencia de 16 de julio de 2020, asunto *D c. Francia*, los tribunales están respetando las directrices que viene encomendando el TEDH a través de su jurisprudencia.

23. En definitiva, la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 27 de abril de 2021, en el que se trata de determinar la filiación de una menor nacida en Rusia mediante un contrato de gestación por sustitución donde no ha habido ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la hija, ha venido a situar el principio del interés superior del menor por encima del orden público internacional español; si bien se deben tener en cuenta las circunstancias concretas del asunto en cuestión.