

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 6 DE FEBRERO DE 2014 (247/2014)**

**Gestación por sustitución en California**

Comentario a cargo de:  
Alfonso-Luis Calvo Caravaca  
Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación  
Universidad Carlos III de Madrid

Javier Carrascosa González  
Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Murcia

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 6 DE FEBRERO DE 2014**

**ID CENDOJ:** 28079119912014100001

**PONENTE:** *EXCMO. SR. RAFAEL SARAZA JIMENA*

**Asunto:** La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 rechaza la inscripción en el Registro Civil español del acta registral expedida por Registro Civil norteamericano en la que consta el nacimiento en California de dos menores tras un contrato de gestación por sustitución entre los dos varones comitentes españoles y una mujer norteamericana. Entiende la Sala que, en estos casos, se vulnera el orden público internacional español, mecanismo que debe activarse para salvaguardar la dignidad de la mujer y para impedir el comercio de menores (arts. 81 y 83 RRC).

**Sumario:** 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doc-

**trina del Tribunal Supremo:** 5.1. Síntesis de la posición del Tribunal Supremo. 5.2. Aciertos de la STS 6 febrero 2014. 5.3. La vulneración del orden público internacional español según el TS. 5.4. Crítica de la posición del TS sobre el orden público internacional español. 5.5. Falsas soluciones: adopción de los menores / reclamación de la paternidad biológica. **6. Bibliografía utilizada.**

## **1. Resumen de los hechos**

Dos varones españoles casados entre sí en 2005 solicitaron en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos) la inscripción de nacimiento de dos hijos, nacidos en dicho Estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 mediante un procedimiento de “gestación por sustitución”. Los nacidos constaban inscritos en los registros civiles de California como hijos de los solicitantes y se adjuntó certificación registral de California en este sentido.

## **2. Soluciones dadas en primera instancia**

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.

La DGRN entendió 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.

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 10<sup>a</sup>, 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 DGRN. 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.

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 sustitución. 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.

### **3. Soluciones dadas en apelación**

Las soluciones proporcionadas en apelación confirmaron, como se ha dicho, de manera íntegra y sin cambios relevantes, las dadas en primera instancia.

### **4. Los motivos de casación alegados**

El recurso de casación se articuló en torno a un único motivo. Se invocó infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989. Como fundamento del motivo casacional único se adujo que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio, que privar de su filiación a los menores

vulnera el interés del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales. Igualmente se dijo que el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues este impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato. Se abordará en primer lugar la última de las cuestiones planteadas para a continuación analizar las planteadas previamente.

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. *Síntesis de la posición del Tribunal Supremo*

El TS 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.

### 5.2. *Aciertos de la STS 6 febrero 2014*

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.

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 cognición. 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 “conflicto de Leyes”. El acierto del TS al seguir esa perspectiva es total. 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 conflicto. 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).

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”). La STJUE 14 octubre 2008, as. C-353/06, *Grunkin-Paul*, constituye una inmejorable prueba de ello.

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). 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 extranjera.

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 público internacional español, no el Derecho sustantivo español. 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).

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 1978.

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.

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. En realidad, el TS busca el respeto de “*la legalidad española*”, esto es, el respeto al art. 10 Ley 14/2006 tantas veces citado. 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.

### 5.3. *La vulneración del orden público internacional español según el TS*

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 autores. 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.

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”; (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”.

#### *5.4. Crítica de la posición del TS sobre el orden público internacional español*

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.

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.

Estas críticas han sido puestas 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.

Las afirmaciones discutibles que realiza 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.

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.

a) *El TS no valoró una infracción del orden público internacional español en el caso concreto.* 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. 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.

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 1989. 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.

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 2015. 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.

c) *Superioridad valorativa del principio del “interés superior del menor”*. 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 interés “superior”. 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”. 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”.

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 fundamental 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.

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 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 al 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”).

*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.

- 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 Unidos. La doctrina del TJUE apunta en esta misma dirección (STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*, STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*, 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*), 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*”. 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. 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; (iii) *Privación de derechos sucesorios*. Al no ser considerados, en España (= Estado de desti-

no), “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. 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.

Estas consecuencias negativas vulneran el art. 3 CDN 20 noviembre 1989 y el “interés superior del menor” y por ello, deben evitarse.

f) *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 francesa. 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 acudir 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 “des-

localización 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. 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. Una reflexión final sobre este aspecto es necesaria. 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 le 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).

##### 5.5. *Falsas soluciones: adopción de los menores / reclamación de la paternidad biológica*

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 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). Ambas soluciones, como se verá, comportan notables perjuicios para los menores.

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.

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 menor. 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.

## 6. Bibliografía utilizada

- A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, “Gestión 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.
- “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 gestión por sustitución”, *CDT*, 2011, pp. 247-262.
- “Gestión por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *CDT - Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. VII, n. 2, 2015, pp. 45-113.
- 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 gestión por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308.
- M. Guzmán Zapater, “Gestión 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.
- A. Hernández Rodríguez, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestión por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174.
- P. Jiménez Blanco, “Nota a la Sentencias TEDH 26 junio 2014”, *REDI*, 2014, pp. 238-241.
- 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.
- 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.), *Iguals y diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516.



- “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. Quiñones Escámez, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret*, julio 2009, versión *on line*.