

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, ha visto el recurso de casación núm. 245/2012, interpuesto por D. Ignacio y D. JUAN CARLOS, representados ante esta Sala por el Procurador D. Jorge Deleito García, contra la Sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 949/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 188/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de la misma ciudad. Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado. Asimismo, ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal presentó en el Decanato de los Juzgados de Valencia, con fecha 28 de enero de 2010, demanda de juicio ordinario contra la “Dirección General de los Registros y del Notariado”, D. Ignacio y D. JUAN CARLOS, que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 y fue registrada con el núm. PO 188/2010, cuyo suplico pedía “[...], se dicte en su día una sentencia por la que se declare que, al infringirse directamente un precepto incluido en la Ley Española (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, artículo 10), el contenido de dicha resolución es contrario al orden público español y no procede el acceso al Registro Civil español de los hechos en su virtud inscritos, por lo que deberá acordarse su cancelación”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a los demandados para su contestación.

La Procuradora D^a Ana Ballesteros Navarro, en nombre y representación de D. Ignacio y D. Juan Carlos, en su escrito de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado: “[...] dicte en su día Sentencia, desestimando la demanda, con expresa imposición de las costas a la actora.” El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado: “[...] dictar Sentencia por la que se desestime la demanda y se confirme la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado”.

TERCERO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez de Primera Instancia núm. 15 de Valencia dictó la sentencia núm. 193/2010, de 15 de septiembre, cuya parte dispositiva disponía: “Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009, debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores César y Marc con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de Ignacio y Juan Carlos y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción.” Tramitación en segunda instancia.

CUARTO.- La Procuradora de D. Ignacio y de D. Juan Carlos interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia.

QUINTO.- De la interposición del recurso de apelación se dio traslado a las demás partes personadas, para que pudieran presentar escrito de oposición al citado recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada. Únicamente, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación interpuesto.

SEXTO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el núm. de rollo 949/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, cuya parte dispositiva disponía: “Fallamos: En atención a todo lo expuesto, la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de su Majestad el Rey ha decidido:

Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia el día 15 de septiembre de 2010.

Segundo.- Confirmar la citada sentencia.

Tercero.- No hacer expresa imposición de las costas de la alzada.”
Interposición y tramitación del recurso de casación.

SÉPTIMO.- La representante procesal de D. Ignacio y de D. Juan Carlos formalizó, al amparo de lo establecido en los artículos 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso de casación contra la Sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada en apelación, por la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, y basó su interposición en único motivo, que a continuación se transcribe: “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”.

OCTAVO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los representantes procesales mencionados en el encabezamiento de esta resolución se dictó Auto de 16 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva decía: “La Sala acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Ignacio y de Don Juan Carlos, contra la Sentencia dictada, con fecha 23 de noviembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), en el rollo de apelación núm. 949/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 188/2010, del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia.

2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito, en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría y transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dése traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal”.

NOVENO.- El Abogado del Estado no presentó escrito de oposición al recurso de casación, por lo que se pasaron las actuaciones al Fiscal, quien interesó la desestimación del recurso.

DÉCIMO.- Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

UNDÉCIMO.- Mediante providencia de 5 de diciembre de 2012, se señaló para votación y fallo el día 18 de diciembre de 2012, se designó Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana y, advertida la posibilidad de que la resolución que hubiera de recaer en el presente recurso pudiera formar doctrina, se acordó someter su conocimiento al Pleno.

DUODÉCIMO.- Debido al número de asuntos señalados para conocimiento del Pleno, así como a la complejidad de los mismos, el recurso de casación núm. 245/2012 no fue objeto de deliberación en la fecha referida, por lo que, se señaló nuevamente para votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 16 de diciembre de 2013, fecha en la que tuvo lugar.

DECIMOTERCERO.- En el curso de la misma, el Excmo. Sr. Seijas Quintana mostró su disconformidad con el voto de la mayoría y declinó la redacción de la resolución, anunciando voto particular, por lo que el Presidente de la Sala encomendó la redacción de la sentencia al Magistrado que es ponente en este trámite.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, Magistrado de Sala, que expresa la opinión mayoritaria de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Los hechos fundamentales para comprender la cuestión que es objeto del recurso, tal como han sido fijados en la instancia, son los que a continuación se exponen resumidamente.

Los hoy recurrentes, 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 “gestación por sustitución”.

Adjuntaron a la solicitud documentos consistentes en certificados de nacimiento de los menores expedidos por la autoridad registral de California, en los que aparecían como hijos de los solicitantes.

2.- El encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada, con invocación de la prohibición de la denominada “gestación por sustitución” establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

3.- Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que solicitaron la revocación de la decisión del Encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles y la inscripción de los menores en el Registro Civil español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos. La Dirección General dictó resolución de 18 de febrero de 2009 estimando el recurso y ordenando se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos. La resolución consideraba que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor.

4.- El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba dicha resolución. Alegaba que la solución adoptada por el Derecho californiano infringía directamente el art. 10 de la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que establecía la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución sería determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Consideraba la demanda que el contenido de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado era contrario al orden público español y que por tanto no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada.

5.- Tanto los solicitantes de la inscripción como el Abogado del Estado contestaron a la demanda, oponiéndose a ella. El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, al que había correspondido el conocimiento de la demanda, dictó sentencia en la que estimó la impugnación formulada y acordó dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada en la resolución.

6.- Los solicitantes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Contra esta sentencia han interpuesto recurso de casación.

7.- No se han aportado al proceso ni el contrato de gestación por sustitución ni la sentencia del tribunal californiano atribuyendo la paternidad a los hoy recurrentes, pero estos han admitido en sus alegaciones la existencia del citado contrato y se ha hecho referencia a lo largo del litigio a la existencia de tal sentencia, exigida por el Código de Familia de California.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Enunciación del único motivo del recurso.

1.- El recurso de casación se articula en torno a un único motivo, que se enuncia del siguiente modo: "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".

2.- Los argumentos que se esgrimen como fundamento del motivo son, resumidamente, los siguientes:

1) 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.

2) 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.

3) 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.

TERCERO.- Valoración de la Sala. El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español.

1.- La cuestión objeto del proceso, tal como ha sido planteada por las alegaciones iniciales de las partes, es si procede el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores realizada por las autoridades del estado norteamericano de California en que se fija la filiación a favor de los hoy recurrentes. Estos solicitaron al encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles, la práctica de las inscripciones de nacimiento de los menores y de la filiación aparejada a tales inscripciones, no mediante la declaración del nacimiento sino mediante la aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por el organismo de California equivalente al Registro Civil, en las que aparecían como padres los hoy recurrentes.

El Registro Civil consular denegó la inscripción pero la Dirección General de los Registros y del Notariado, al resolver el recurso interpuesto por los solicitantes de la inscripción, revocó la decisión denegatoria y acordó la práctica de la

inscripción con base en dichas certificaciones extranjeras y, por tanto, con la filiación de los menores tal como resultaba de las mismas.

Esa es la resolución cuestionada por el Ministerio Fiscal en la demanda que ha dado origen a este procedimiento.

2.- Tal como ha sido planteada la cuestión ante este tribunal, no estamos ante un “hecho” que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable.

La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español.

Ciertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California. Pero este problema no ha sido planteado en ningún momento en el litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y solo obscurecería la solución del recurso.

3.- La forma en que se ha procedido al reconocimiento del título extranjero, la certificación registral de California, es la prevista en el art. 85 en relación al último inciso del art. 81, ambos del Reglamento del Registro Civil.

El control en qué consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará.

4.- La pluralidad de ordenamientos jurídicos en los diversos estados y la libre circulación de las personas hacen que cada vez sean más frecuentes las relaciones jurídicas personales y económicas que se proyectan sobre diversos ordenamientos, y que, consecuentemente, se planteen ante las autoridades administrativas y judiciales cuestiones relacionadas con el reconocimiento de situaciones jurídicas o decisiones de autoridades extranjeras.

La posibilidad de que ciudadanos y empresas elijan entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos es una realidad, y el Derecho internacional privado ha de buscar cada vez más normas de compatibilidad entre distintos ordenamientos jurídicos en vez de normas de supremacía que impongan un solo punto de vista.

Pero esta posibilidad de elección tiene unos límites que, en lo que aquí interesa, vienen constituidos por el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

De lo expuesto se deriva que la “legalidad conforme a la Ley española” de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, sí bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional

español, y a este aspecto ha de extenderse el control en qué consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación).

Que dicha certificación registral extranjera no produzca efectos de cosa juzgada y cualquier parte legitimada pueda impugnar ante los tribunales españoles la inscripción en el Registro Civil español de la certificación extranjera, como pone de relieve la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado para justificar la solución adoptada, no elimina la realización por el encargado del Registro Civil español del control de contenido del asiento objeto de dicha certificación, de modo que deniegue su acceso al Registro Civil español cuando sea contrario al orden público internacional español, o deniegue el acceso de aquellos aspectos del asiento (como el relativo a la determinación de la filiación) en los que se observe tal contrariedad.

5.- Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).

Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución).

Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.

6.- Llevan razón los recurrentes cuando afirman que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español.

Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural.

Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Fruto de esta preocupación es, por ejemplo, la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional estableciendo como principios básicos que los estados establezcan, con carácter prioritario,

medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, y la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de niños, que se concreta, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (considerandos introductorios y art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993).

También responden a esta preocupación las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la gestación por sustitución.

7.- Consecuencia lógica de lo expuesto es 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.

Ciertamente, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”. Pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.

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

8.- A diferencia con lo que ocurría en el caso de Luxemburgo en relación con la adopción monoparental, que fue objeto de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007, caso Wagner, la regulación que se contiene en la ley española no es excepcional en los países de nuestro entorno jurídico más próximo, entendiendo como tal la Unión Europea. Por el contrario, en un número considerable de ellos la gestación por sustitución no está permitida, siendo prácticamente unánime su prohibición cuando tiene carácter oneroso.

9.- Otras circunstancias a tomar en consideración son que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida cuyo art. 10 regula esta cuestión es relativamente reciente, pues data de mayo de 2006, y ha venido precedida por un considerable debate social.

La ley 35/1988, de 22 de noviembre, fue tramitada y aprobada tras la elaboración del informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas creada en el Congreso de los Diputados, ante la que declararon médicos, profesores de diversas disciplinas, juristas, etc. y que fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986. Antes había existido también un grupo de trabajo sobre estas materias formado en la Dirección General de los Registros y el Notariado, integrado por prestigiosos juristas y académicos de otras disciplinas, que celebró varias sesiones de trabajo y elaboró un informe.

Dadas las críticas que suscitaron diversos aspectos de esta ley, y los problemas que los avances de las técnicas de reproducción humana asistida habían suscitado, se promulgó una nueva ley, la 14/2006, de 26 mayo, aplicable a este asunto por razones temporales, que sustituyó a la anterior.

Pese a este cambio legislativo, la norma aplicable a la gestación por sustitución, el art. 10 de ambas leyes, permaneció idéntica. Su apartado primero establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El segundo apartado prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (en línea con lo recomendado en el informe del Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas, CAHBI, del Consejo de Europa). Y el tercero deja a salvo la posible acción de

reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

10.- Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

11.- Los recurrentes reconocen la contrariedad al orden público español de dicho contrato de gestación por sustitución, que impediría considerar válido y ejecutar en España tal contrato. Pero afirman que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia “periférica” de dicho contrato, por lo que no existe la incompatibilidad con el orden público que apreció la sentencia de la Audiencia.

El argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes.

Además, es importante tomar en consideración que la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

CUARTO.- Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual.

1.- En el recurso se alega 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, porque sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge (art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

El argumento no se considera admisible. Los propios recurrentes reconocen que uno y otro supuesto son diferentes, por razones evidentes.

La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente.

2.- En todo caso, los argumentos expuestos en la sentencia recurrida muestran con claridad que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

Por tanto, la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer.

QUINTO.- El interés superior del menor:

1.- Los recurrentes alegan que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior 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.

2.- El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Este principio también se establece en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene anclaje constitucional en el art. 39 de la Constitución española, se recoge en la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paternofiliales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y ha regido la jurisprudencia de este Tribunal, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos, de 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia, y de 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros contra Francia).

3.- El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial.

Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado “conceptos esencialmente controvertidos”, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio.

Este carácter controvertido puede predicarse del “interés superior del menor” cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado.

4.- Los recurrentes consideran que el único modo de satisfacer el interés superior del menor es reconocer la filiación que ha sido recogida en el asiento registral realizado por la autoridad registral de California, esto es, la que es consecuencia del contrato de gestación por sustitución conforme a la legislación de dicho estado. Los padres serían los comitentes, esto es, quienes “encargaron” la gestación del menor (en este caso, los menores, pues nacieron mellizos). No sería madre la mujer que les dio a luz. La justificación que dan los recurrentes es que los mejores padres son los que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, mediante un contrato de gestación subrogada, y están interesados en los menores.

Con dichos argumentos solicitan la confirmación de la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado cuya impugnación constituye el objeto de este proceso. Esta resolución afirmó (párrafo cuarto del fundamento de derecho quinto) que “[...] el interés superior de los menores [...] exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño “la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar”“.

5.- La aceptación de estos argumentos llevaría a concluir que el legislador español, al considerar nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuir la condición de madre a la mujer que da a luz al niño, no reconociendo por tanto la relación de filiación respecto de los padres intencionales o comitentes, ha vulnerado el interés superior del menor.

Asimismo, la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él.

La invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas.

6.- La tesis de los recurrentes no puede ser aceptada. La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.

La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.

No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.

7.- En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene la consideración de “una consideración primordial” a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración.

Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden

encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

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

En línea con lo expuesto, un dato a tomar en consideración es que el Código Civil no exige que cuando se formule una acción de impugnación de la filiación respecto de un menor haya de fijarse simultáneamente otra filiación alternativa, de modo que el éxito de tal acción supone privar al menor de la filiación hasta ese momento determinada. Por tanto, la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí lo sea, tiene encaje adecuado en nuestro ordenamiento jurídico, pues este considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación.

9.- Otro argumento de los recurrentes es que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

Las sentencias de tribunales internacionales que se citan en apoyo de este argumento no sirven para darle adecuado fundamento. Mientras que en los casos enjuiciados en esas sentencias los menores tenían una vinculación efectiva con dos estados distintos (por la diferente nacionalidad de sus padres o por ser distinto el estado de residencia del estado de nacionalidad), en el

caso aquí enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos, puesto que los recurrentes acudieron a California solo porque allí era posible concertar un contrato de gestación por sustitución, con la consiguiente determinación de la filiación a su favor, que en España y en los países más cercanos estaba prohibido. No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única.

Además, en las sentencias invocadas el bien jurídico con el que entraba en conflicto el principio de identidad única del menor era el principio de inmutabilidad o estabilidad de los apellidos (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, caso García Avello, y de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, caso Grunkin-Paul). Es evidente que se trata de un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución.

10.- Tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo:

(i) Está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional.

(ii) Es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

11.- La última cuestión que ha de abordarse es la de la desprotección en que se dejaría a los menores.

La afirmación de los recurrentes de que los menores serían enviados a un orfanato o a los Estados Unidos carece de verosimilitud y no está apoyada en ningún dato.

No obstante, este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute. Pero considera que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo.

La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia).

El presente recurso no tiene por objeto, porque la acción ejercitada no lo tenía y porque no se han alegado y probado los hechos que permitirían decidirlo, adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cuál de ellos lo habría aportado, ni menos aún se prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños.

Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores

tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

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

Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

12.- Lo expuesto supone que la solución alcanzada por los tribunales de instancia realiza una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto tomando en consideración primordial el interés superior de los menores. La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia) ha declarado que el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. A tal efecto, procede instar al Ministerio Fiscal a que, de

acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”.

SEXTO.- Costas De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación por las serias dudas de derecho existentes. No puede obviarse que los recurrentes están litigando en defensa de la legalidad de una resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado. También son relevantes a estos efectos los votos particulares que han sido anunciados a esta sentencia.

Procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Ignacio y D. Juan Carlos contra la sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 949/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 188/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de la misma ciudad.

SEGUNDO.- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación. Acordar la pérdida del depósito constituido.

TERCERO.- Instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Sarazá Jimena.- Sebastián Sastre Papiol. Firmada y rubricada.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, y al que se adhieren los Magistrados D. José Ramón Ferrandiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.

Con el mayor respeto para el criterio mayoritario plasmado en la Sentencia, formuló el siguiente voto particular discrepante:

PRIMERO.- La sentencia reconduce la solución del caso a un supuesto de reconocimiento de una decisión de autoridad administrativa extranjera, la adoptada por el Registro Civil de California, al inscribir el nacimiento de dos hijos nacidos en dicho Estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 mediante “gestación por sustitución”, que había sido solicitada ante el Registro Civil Español por dos varones españoles, casados entre sí en 2005.

Los antecedentes del caso están correctamente descritos por lo que no se va incidir en ello. Interesa, por lo que a este voto discrepante afecta, las razones por las que se ha desestimado el recurso, con las que se discrepa:

a) Acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California.

b) Orden público.

c) Interés superior del menor.

SEGUNDO.- El desacuerdo con el criterio mayoritario resulta de lo siguiente:

1.- La técnica jurídica aplicable no es la del conflicto de leyes, sino la de reconocimiento de una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California, como admite la sentencia. En lo que aquí interesa supone, aunque parezca obvio, que existe una previa decisión de este orden sobre filiación de dos niños nacidos tras una gestación por sustitución por lo que el acceso de esta decisión extranjera al Registro Civil español no debería plantear problemas sobre la ley aplicable, sino con relación al hecho del reconocimiento en España de un documento auténtico de autoridad administrativa, en la forma que hiciera la DGRN en la resolución que ha sido impugnada, conforme al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Esta solución estaría, además, amparada en el principio de igualdad e interés de los menores que de hecho están siendo inscritos en los registros civiles a partir de la inscripción aquí cuestionada.

2.- Si situamos la certificación registral en este contexto normativo, que presupone la existencia de una resolución extranjera, que no consta, como presupone la existencia de un contrato de gestación, que tampoco consta en la certificación (la ilicitud de este contrato con arreglo a la normativa española constituye el principal argumento de la demanda formulada por el Ministerio Fiscal), se habría aplicado correctamente el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil en el sentido de que el documento presentado era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, al haberse producido conforme a la ley californiana. Lo que se interesa es el reconocimiento de la filiación resultante de la legislación americana, en relación con el amparo que se presta a unos hijos de españoles, al margen de un contrato en cuya proyección no han intervenido los menores, por lo que el instrumento contractual no puede ser la

causa de denegación del reconocimiento. En consecuencia, no resulta aplicable el artículo 10 de la Ley 14/2006, puesto que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera ("decisión de autoridad"), con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta decisión contraría o no el orden público internacional, que es el argumento utilizado en algunas resoluciones dictadas en países de nuestro entorno en los que este tipo de contratos está prohibido por su legislación, algunos incluso en trámite de resolución ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Menesson y Labasse, en Francia, y caso Paradiso y Capanelli, en Italia), y ver si puede ser introducida en el orden jurídico español para surtir en España los efectos legales correspondientes.

3.- Se discrepa abiertamente de lo que sostiene la mayoría sobre la vulneración del orden público.

En primer lugar, si bien el legislador español considera nulo el contrato de gestación por sustitución, tanto con precio como sin él, ha de diferenciarse la admisión de estas prácticas en España, que en el momento actual son ilegales, de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admiten y tienen eficacia vinculante basada en la jurisprudencia emanada de su Tribunal Supremo (case law), en línea con el informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya 10 de marzo de 2012, sobre los problemas de los contratos de gestación subrogada en el ámbito internacional, porque lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. La denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. El orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor (como ocurre en materia de adopciones internacionales), cuya normativa reguladora tiene también características de orden público y debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en cuanto les afecte, según establecen los artículos 53 CE y 5 LOPJ, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional", destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (asimismo SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero).

En segundo lugar, se dice en la sentencia que "los avatares en la técnica de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población". Esta afirmación no se puede generalizar ni se compadece con las reglas jurídicas de un Estado con el que compartimos ámbitos privilegiados de cooperación jurídica, en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, como son los Estados Unidos de Norteamérica. Pero es que, además:

a) Supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso.

b) No se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante.

c) El consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias.

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

En tercer lugar, la tendencia en el derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos. Lo ha hecho nuestro país mediante la Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre "régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", de 5 de octubre de 2010, con la que se permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos a través de gestación por sustitución en los

países cuya normativa lo permita siempre que alguno de los progenitores sea español. Sin duda, el orden público internacional, como motivo de rechazo del reconocimiento en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución, se tiene en cuenta para algunos y se niega a otros, convirtiendo lo que es nulo por ley en una mera cuestión de cumplimiento de diversas formalidades que no existían en el momento de la inscripción que ahora se cuestiona, puesto que en la práctica ha servido y está sirviendo, de forma directa, para dar entrada a numerosas inscripciones de nacimiento y filiación de niños nacidos en el extranjero mediante esta técnica. Este orden público atenuado, o inexistente en la práctica, es lo que ha permitido reconocer ciertos efectos en nuestro ordenamiento a esta suerte de contratos referidos a prestaciones de paternidad o maternidad por parte de los comitentes en el ámbito de los tribunales sociales de nuestro país (Sentencia del Juzgado de lo social núm. 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012, confirmada por la Sentencia del TSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012; Sentencias del TSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 y 13 de marzo 2013, y Sentencia TSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012). También se ha tenido en cuenta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (conclusiones de la Abogado General presentadas el 26 de septiembre de 2013, sobre permiso de maternidad de una madre subrogada o de alquiler).

En cuarto lugar, el orden público se vuelve a poner en evidencia en el informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución, en el que lejos de rechazarlo trata de uniformar los acuerdos internacionales y de procurar una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente, propiciada por el aumento de los casos.

Finalmente, la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso. Son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España contrarían los principios constitucionales, no los que emanan de una ley que anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas, y es evidente que más allá de una afirmación genérica sobre esta cuestión, nada se concreta:

a) No se indica como queda afectada la dignidad de quien solicita libre y voluntariamente esta forma de procreación, como tampoco de la mujer que acepta esa petición, en el seno de un procedimiento judicial regulado en la

sección 7630 del California Family Code dirigido a determinar la filiación conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo.

b) Tampoco se colige de qué forma se ve afectada la dignidad de los nacidos a los que se les procura una familia.

c) No ha sido objeto de contradicción ni prueba el hecho de que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediarios.

d) Es la propia DGRN la que valora especialmente en resoluciones como la impugnada "que se ha respetado el interés superior de la menor, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño" y que "la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad, garantizan el derecho del menor a disponer de una filiación única, válida para todos los países" (RDGRN 30 de noviembre; 22 de diciembre de 2011, entre otras).

Sin duda, la sentencia de la que se discrepa tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación. Obligación del legislador será establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas, no tanto de los menores, ajenos a esta suerte de relaciones mercantiles, como de las madres subrogadas, que renuncian a sus derechos como madres, especialmente de aquellas que provienen de grupos económicamente desfavorecidos, y de los que pretenden ser padres. Obligación de los Jueces y Tribunales es resolver y tutelar situaciones concretas, como la que es objeto del recurso.

5.- El interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. La sentencia trata de evitarlo instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes "para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar "de facto"". Lo que se pretende es que los derechos

fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.

Se reitera la normativa que se cita y se recuerda que este interés del menor es superior y también de orden público y este principio no se defiende contra los niños sino a partir de una regulación que impida su conculcación. El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público y “el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado” por parte de las autoridades públicas o instituciones privadas (STSJ de Madrid -Sala de lo Social- de 13 de marzo de 2013).

Este interés se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo.

Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, como la del caso italiano, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre 2003 -caso García Avello, y 14 de octubre de 2008- caso Grunkin-Paul).

En esta línea, se cita la sentencia del TEDH, que también recoge la sentencia de la que trae causa este voto particular, dictada el 28 de junio de 2007 -caso Wagner- en interpretación del artículo 8 del Convenio. La Convención, dice, es “un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales”, añadiendo la sentencia de 10 de abril de 2012 -caso K.A.B-: “No puede sustituirse a las autoridades nacionales en esta tarea ni, por lo tanto, pronunciarse sobre la decisión judicial relativa al interés superior del niño o sobre la adopción de éste, pero le corresponde indagar si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, se respetaron las garantías del artículo 8 del Convenio, teniendo en cuenta, en particular, el interés superior del niño (véase, mutatis mutandis, Neulinger y Shuruk c. Suiza [GC], n 41615/07, § 141, CEDDH 2010-...)”.

Cierto es que este interés superior no impide que se produzcan situaciones como la descrita en la sentencia en un supuesto de acciones de impugnación de filiación, ni impide que los padres puedan desaparecer de la vida de los menores, física o jurídicamente. Ocurre que el interés en abstracto no basta y que, como se ha dicho, en feliz expresión, “no hay orden público si en el caso se contrataría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”.

TERCERO.- Por lo expuesto, debe casarse la Sentencia recurrida, revocarse la del Juzgado, y desestimar la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, manteniendo la inscripción practicada en el Registro Civil, sin expresa declaración en materia de costas respecto de las de ambas instancias y de este recurso de casación.

Madrid, a seis de febrero de dos mil catorce.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, así como el voto particular, por el Excmo. SR. D. Rafael Sarazá Jimena, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.