Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015

A judicial crossroads and legal reform to do: legal problems of gestation by substitution in Spain. Concerning the order of the Supreme Court on February 2, 2015

ANTONIA DURÁN AYAGO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Salamanca

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2015.010

Bitácora Millennium, Nº 2 (2015)

Zaragoza, diciembre 2015

Abstract

El Tribunal Supremo ha precisado en su auto de 2 de febrero de 2015 por qué considera que su sentencia de febrero de 2014, en la que determina que no es posible que accedan al Registro Civil español las actas registrales de nacimiento de dos menores, hijos de españoles, nacidos en Estados Unidos mediante gestación por sustitución por contrariar el orden público internacional español, no se contrapone con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, principalmente por el distinto alcance que tiene la prohibición de la gestación por sustitución en Francia y en España.

The Supreme Court has stated in its order of February 2, 2015 why it considers that its judgment of February 2014 which determines that it is not possible to access the Spanish Civil Registry the certificates of birth of two children, sons of Spaniards, born in the United States through surrogacy arrangements on the grounds that are contrary to Spanish international public order, it does not conflict with the jurisprudence of the European Court of Human Rights in this area, mainly due to the different scope that the prohibition of surrogacy arrangements in France and Spain.

Palabras clave: filiación, gestación por sustitución, Derecho a la intimidad personal, reconocimiento de actas registrales extranjeras

Key words: *legal parentage, surrogacy arrangements, Right to privacy, recognition of foreign registry certificates*

Sumario

I. Contexto

II. *Flash back*: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, origen de la batalla judicial, y su íter

III. Motivos del recurso: cuestión personal convertida en causa general a favor de la gestación por sustitución

IV. Argumentos del Tribunal Supremo o de cómo, a su juicio, nuestro ordenamiento jurídico protege mejor el interés superior del menor que el ordenamiento jurídico francés

V. Pseudo avances legislativos frustrados. ¿Pervivencia de Instrucción de la DGRN de 2010? La esquizofrenia jurídica continúa…

VI. Reflexiones finales

I. Contexto

1. Pocos temas han suscitado en los últimos años tanta controversia doctrinal como el de la gestación por sustitución[1]. Existe una demanda social evidente que reclama una respuesta legal que no llega[2]. Entretanto han tenido que ser los tribunales los que dictaminen sobre los efectos de los contratos de gestación por sustitución que nacionales españoles acuerdan en el extranjero, en Estados en los que esta práctica es legal, y en los que se reconoce que los comitentes son los padres legales del niño que nazca a raíz de ese acuerdo. Se trata de casos difíciles porque en ellos concurren intereses múltiples, de distinto rango y alcance, que es preciso conjugar para no vulnerar derechos fundamentales.

En esta lid, el auto del Tribunal Supremo que nos proponemos comentar pretende demostrar que en la interpretación que este tribunal ha realizado sobre el ordenamiento jurídico español en esta materia no se vulneran derechos fundamentales, en concreto no se vulnera el derecho a la vida privada y familiar, en la interpretación que de los mismos ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos

Fecha de recepción del original: 31 de agosto de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 8 de septiembre de 2015.

[1] Una selección de la más relevante puede consultarse en nuestro trabajo, DURÁN AYAGO, A., "El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. XII, 2012, en nota 10, pp. 268-269. De sumo interés tras la publicación de este artículo el trabajo de LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres,* Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013, de lectura obligada.

[2] Aunque sin datos oficiales de cuántos niños han nacido por esta técnica y han sido inscritos en España en el Registro Civil, lo cierto es que parece ser una práctica en aumento. *Vid*. http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/vientre-de-alquiler/registro-civil/bebes/, consultado el 26 de agosto de 2015.

Humanos (en adelante, TEDH) en recientes sentencias, como a continuación veremos[3].

2. En este auto[4], dictado el 2 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de nulidad de actuaciones interpuesto contra su sentencia de 6 de febrero de 2014[5], en la que consideró que no era posible transcribir al Registro Civil español las actas registrales de los nacimientos de dos niños nacidos en Estados Unidos a través de gestación por sustitución puesto que ello contravenía el orden público internacional español[6]. El auto tiene relevancia porque poco después de dictarse la

[3] Han comentado también este auto, entre otros, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., "El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea", publicado en http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html, consultado el 26 de agosto de 2015; VAQUERO LÓPEZ, C., "La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febero de 2015", *Aranzadi Civil*, nº 982 ,2015; VELA SÁNCHEZ, A. J., "Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015", *Diario La Ley*, nº 8600, de 8 de septiembre de 2015.

[4] *ROJ:* ATS 335/2015.

[5] *ROJ:* STS 247/2014.

[6] Muy abundantes los comentarios sobre esta sentencia. Sin ánimo de exhaustividad, puede consultarse ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. / CARRIZO AGUADO, D., "Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?", *La notaría*, nº 2, 2014, pp. 59-75; BLANCO-MORALES LIMONES, P. / DURÁN AYAGO, A., "La cara y la cruz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 sobre gestación por sustitución", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 881, 20 de marzo de 2014, p. 2; BLANCO-MORALES LIMONES, P., "Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto", *Bitácora Millenium DIPr.*, Tirant Lo Blanch, disponible en http://www.millenniumdipr.com/archivos/1433416687.pdf, consultado el 26 de agosto de 2015; CORRAL GARCÍA, E., "Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 744, 2014, pp. 1910-1923; DURÁN AYAGO, A., "Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014: Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, nº. 2, 2014, págs. 277-279; HEREDIA CERVANTES, I., "Sentencia de 6 de febrero de 2014. Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 96, 2014, pp. 177-214; IGAREDA GONZÁLEZ, N., "La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 40, 2014, pp. 171-191; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 18, 2014, pp. 400-419; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., "La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: comentario a la Sentencia TS de 6 febrero 2014", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1 (abril 2014) 2014, pp. 125-134; PRESNO LINERA, M. A. / JIMÉNEZ BLANCO, P., "Libertad, igualdad,

sentencia recurrida, el TEDH emitió dos sentencias, el 26 de junio de 2014, en los asuntos *Mennesson c. Francia* (n.º 65192/11) [7] y *Labassee c. Francia* (n.º 65941/11)[8], las primeras de este Tribunal en esta materia, en las que consideró que Francia había vulnerado el artículo 8 del Convenio europeo sobre Derechos Humanos por haber impedido a los niños nacidos por gestación por sustitución la determinación de su filiación, por ningún medio, impidiendo incluso la determinación de la filiación biológica paterna, puesto que en los dos matrimonios los maridos habían aportado su semen. Esta negativa a que pudiera determinarse de ningún modo la filiación de los menores, consideró el Tribunal que afectaba de manera directa al derecho a la vida privada de los niños[9].

¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea", *Civitas. Revista española de Derecho Europeo*, nº 51, 2014, pp. 9-44; MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L., "La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 18, 2014, pp. 289-329.

[7] Disponible en http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179, consultado el 21 de julio de 2015.

[8] Disponible en http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180, consultado el 21 de julio de 2015.

[9] Entre otros, pueden consultarse los comentarios de DURÁN AYAGO, A., "Nota a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, nº. 2, 2014, pp. 280-282; ID., "Primeras impresiones sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Mennesson y Labassee, dictadas el 26 de junio de 2014", publicado en http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh, consultado el 26 de agosto de 2015; HERRERA, M. / LAMM, E. "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar" *La Ley*, Argentina, nº 122, 2 de julio de 2014; LAMM. E., "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto" *Ars Iuris Salmanticensis,* vol. 2, nº. 2, 2014, pp. 43-50; ROURA, S., "Nota de urgencia sobre las decisiones en los casos Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia de 26 de junio de 2014", publicado en http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh, consultado el 26 de agosto de 2015; VELA SÁNCHEZ, A. J., "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español: a propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014", *Diario La Ley*, nº 8415, 2014.

II. *Flash back*: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, origen de la batalla judicial, y su íter

3. Hasta llegar al citado auto, ha debido recorrerse un largo camino judicial, aún inacabado[10], que comenzó tras la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009[11], en la que se estimó el recurso interpuesto por un matrimonio de varones español que tuvo a sus hijos gemelos a través de gestación por sustitución en California (Estados Unidos), frente a la negativa del Encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles, de inscribir a los niños en el Registro Civil español por considerar que la gestación por sustitución, medio por el que se intuía que habían nacido, pues en el acta de nacimiento de los menores constaban los dos como padres, sin aportar resolución de adopción, contrariaba el orden público internacional español, aludiendo al artículo 10.1 de la *Ley 14/2006, de técnicas de reproducción humana asistida* (en adelante, LTRHA)[12].

4. Poco tiempo después el Ministerio Fiscal impugnó esta resolución, que terminó siendo anulada por la sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, núm. 15[13]. Sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, el 23 de noviembre de 2011[14] y posteriormente por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. En todos los pronunciamientos judiciales se destaca que la gestación por sustitución es una práctica que en nuestro ordenamiento jurídico no está admitida y como tal tampoco pueden ser reconocidos sus efectos, como dispone el artículo 10.1 LTRHA en relación con el artículo 23 de la todavía vigente Ley del Registro Civil de 1957. Del

[10] En estos momentos está pendiente de admitirse el recurso que han planteado los recurrentes ante el Tribunal Constitucional, *vid*. http://www.babygest.es/entrevista-a-manuel-mata-abogado-del-caso-cero-de-gestacion-subrogada/, consultado el 26 de agosto de 2015. Sobre el íter judicial, puede verse nuestro trabajo DURÁN AYAGO, A., "El acceso al Registro Civil …", *loc. cit*., pp. 265-308. También en LAMM, E.," Gestación por sustitución en España y el mundo. Una realidad que exige legalidad", *Revista de la Asociación española de Defensa Médica*, en prensa.

[11] Disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338959779?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones_de_07-01-2009_a_28-02-2009.PDF&blobheadervalue2=1288774538248, pp. 372 y ss., consultado el 10 de agosto de 2015. También en *Westlaw* RJ 2009\1735.

[12] *BOE* nº. 126, de 27 de mayo de 2006.

[13] *ROJ*: SJPI 25/2010.

[14] *ROJ*: SAP V 5738/2011.

mismo modo, unánimemente se destaca que es preciso y posible determinar "correctamente" la filiación de estos menores a través de los medios admitidos en el ordenamiento jurídico español, impugnando la paternidad biológica a través del artículo 10.3 LTRHA y de la correspondiente adopción por el otro miembro de la pareja. Incluso en la sentencia del Tribunal Supremo se insta al Ministerio Fiscal a adoptar las medidas precisas para que la filiación de los menores quede "debidamente" acreditada.

En este sentido, el Supremo recalca que su sentencia protege el interés de los menores pues permite la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones familiares "de facto" mediante la adopción o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores. Siendo esto así, lo cierto es que en todas las instancias judiciales por las que ha pasado el caso se ha insistido en la necesidad de una nueva determinación de la filiación en España como solución al problema, cuando lo que se pretendía por los recurrentes era dotar de continuidad en el espacio a una filiación ya determinada en el extranjero[15].

III. Motivos del recurso: cuestión personal convertida en causa general a favor de la gestación por sustitución

5. Cuatro meses después de la sentencia del Tribunal Supremo, el TEDH dictó dos sentencias relacionadas con el presente procedimiento y sobre la base de sus pronunciamientos el abogado de los recurrentes solicitó la nulidad de la sentencia de febrero de 2014[16]. En concreto, consideraban que se habían vulnerado tres derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española (en adelante, CE), debido a que la Sala habría infringido las

[15] Muy interesante la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 10 de diciembre de 2014, que permitió el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por gestación por sustitución considerando que no resultaba en el caso concreto contraria al orden público internacional alemán, destacando la importancia de una interpretación restrictiva del orden público respetuosa con el interés superior del menor y la conveniencia de evitar situaciones jurídicas claudicantes. En el citado caso fue determinante la aportación de material genético por parte de uno de los miembros de la pareja de varones. *Vid*. DE MIGUEL ASENSIO, P. A., "El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución…", cit.

[16] El TEDH ha dictado una tercera sentencia sobre esta materia el 27 de enero de 2015, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (demanda nº 25358/12), aunque los hechos distan más del supuesto analizado, pues en él ninguno de los comitentes, pareja heterosexual, había aportado su material genético y la condena a Italia por vulnerar el artículo 8 CEDH deriva de no haber posibilitado vías para que los comitentes pudieran cuidar a su hijo que les fue arrebatado y dado en adopción cuando se tuvo conocimiento de que había sido gestado por sustitución.

normas sobre prueba y carga de la prueba, al partir de la existencia de una serie de hechos y circunstancias cuya existencia consideraban no estaba probada, habiendo desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución; el derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores, en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento, como de los padres, en cuanto a la no discriminación por razón de su orientación sexual (arts. 14 y 39 CE) y por último, se alega la vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida (art. 18 CE).

6. El Ministerio Fiscal presentó un informe al respecto en el que concluyó que la sentencia del Supremo no resolvía un caso idéntico a los resueltos por el TEDH, fundamentalmente debido a las diferencias entre el Derecho francés y el español, ya que en el caso español es posible utilizar las acciones oportunas para acreditar la condición de padres respecto de los hijos, cosa que no permite el Derecho francés, en el que la nulidad del contrato de gestación por sustitución elimina toda posibilidad de acreditar legalmente la filiación. Por lo que concluye que en el caso español no se vulnera el derecho a la identidad de los menores ni a su vida privada, derechos ambos protegidos, además de en el artículo 8 de la CEDH en el artículo 18 de la CE.

IV. Argumentos del Tribunal Supremo o de cómo, a su juicio, nuestro ordenamiento jurídico protege mejor el interés superior del menor que el ordenamiento jurídico francés

7. En el auto el Tribunal Supremo aclara que el incidente de nulidad de actuaciones no es un nuevo recurso en el que puedan revisarse cualesquiera infracciones de normas sustantivas o procesales, sino que únicamente el tribunal puede entrar a examinar si la sentencia ha infringido derechos fundamentales. Precisa además que si esas cuestiones de transcendencia constitucional han constituido justamente el objeto del proceso y la sentencia ha razonado sobre la incidencia de los derechos fundamentales en cuestión, en este caso, el derecho a no sufrir discriminación y el derecho a la intimidad personal y familiar, no procede volver a extenderse sobre lo previamente razonado. Sin embargo, considera que en el contexto de las sentencias del TEDH dictadas poco después de la sentencia recurrida debe aclarar si su pronunciamiento es o no compatible con la citada jurisprudencia.

8. A pesar de esta advertencia, el Tribunal Supremo valora someramente por qué considera que no se han vulnerado los derechos fundamentales alegados por los recurrentes, antes de analizar de forma extensa la incidencia de las sentencias del TEDH en su sentencia. Así, respecto de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, aludiendo a que la sentencia se ha basado en hechos o circunstancias que no están probados, como la existencia de un contrato de gestación por sustitución o

de una sentencia de un tribunal de California o el carácter artificial de la vinculación de la situación jurídica controvertida con Estados Unidos, considera el Tribunal que los recurrentes tenían la disponibilidad de la prueba, y aun admitiendo los hechos fundamentales, no aportaron los documentos acreditativos de los mismos. Tampoco considera procedente en este momento procesal que se aporten elementos que justifiquen la vinculación real de la situación con el Estado extranjero cuya decisión se pretendía que fuera reconocida en España.

9. En cuanto a la alegación de vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación, apunta el Tribunal Supremo que la interdicción de discriminación por razón de filiación no exige que el ordenamiento jurídico español deba reconocer como filiación la relación que deriva de haber concertado con la "madre" gestante un contrato de gestación por sustitución. Siendo el legislador español soberano a la hora de atribuir el carácter de relación paterno filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas, no ha considerado oportuno otorgar este carácter el contrato de gestación por sustitución sin que esto implique, a su juicio, discriminación alguna, ni respecto del origen de la filiación ni respecto a las relaciones entre parejas del mismo sexo, puesto que la respuesta habría sido idéntica, apunta, si se hubiera tratado de una pareja heterosexual.

10. En relación a la alegación de vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar, destaca en primer lugar y en lo relativo a la intimidad familiar, que en ningún caso se ha producido tal vulneración, puesto que el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, poniendo en valor nuevamente que la sentencia impugnada acordó la adopción de las medidas pertinentes para otorgar la protección jurídica precisa que hiciera posible la integración de los menores en su familia, para el caso de que efectivamente alguno de los recurrentes fuera progenitor biológico de los niños y, en todo caso, si existieran en este momento tales relaciones familiares "de facto" entre los recurrentes y los menores[17].

11. Respecto de la alegación de vulneración del derecho a la intimidad personal y dado que es el argumento esencial de las sentencias del TEDH *Mennesson* y *Labassee*, el Tribunal Supremo analiza por qué considera que la doctrina sentada por el Tribunal europeo no es extrapolable al caso de marras. En ambos supuestos, se trataba de matrimonios heterosexuales de origen francés que ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución habían recurrido a dos estados de Estados Unidos en que esta práctica es legal (California y Minnesota). En los dos casos el semen lo habían aportado los respectivos maridos y el óvulo procedía de

[17] F. j. quinto, apartado tercero.

donante. Aunque en los estados de EE.UU. en que nacieron los niños los padres intencionales constaban a todos los efectos como sus padres legales, en Francia, se les denegó el acceso al Registro Civil por considerar que esto atentaba contra el orden público internacional francés (art. 16.7 y 9 Código civil francés)[18]. Aun así, habían podido vivir en Francia como verdaderas uniones familiares, aunque sin ser reconocidos los hijos como ciudadanos franceses.

El Tribunal de Casación francés consideró que la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento (posesión de estado), sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción, manifestando que "*en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention (...) ne sauraient être utilement invoqués*"[19].

12. Aunque el TEDH considera que no se había producido vulneración del derecho a la intimidad familiar, dado que habían podido vivir como familia durante todo el tiempo, pese a los obstáculos del no reconocimiento legal de la filiación de las menores en Francia, por lo que en este caso, el justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado respecto de este derecho ha existido y no cabe, en consecuencia, admitir la vulneración del derecho aludido; en cambio, por lo que se refiere al respeto a la vida privada de las niñas considera que el no reconocimiento en Francia de la filiación acreditada en el Estado en que nacieron conlleva colocarlas en una situación de incertidumbre jurídica que las perjudica, tanto más cuando el haber utilizado la gestación por sustitución supone para el Derecho francés negarles toda vía de establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, esto es, supone no sólo negarse a reconocer las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sino también toda vía para establecerla *ad novum*, ya sea por acta de notoriedad de posesión de estado, por impugnación de la paternidad biológica o por adopción. Esto, entiende el Tribunal, afecta de lleno a su identidad y a los derechos que se derivan de ostentar la nacionalidad francesa que por esta circunstancia tampoco habían podido obtener.

---

[18] *Cfr*. f. j. sexto, apartado cuarto *in fine*. Mientras el apartado séptimo del artículo 16 dispone que "[t]*odo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo*", el apartado noveno indica que "[l]*as disposiciones del presente capítulo son de orden público*".

[19] "*En presencia de este fraude ni el interés superior del niño garantizado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 de la Convención (…) podían ser invocados útilmente*".

13. A juicio del Tribunal Supremo, lo que lleva al TEDH a considerar que ha sido vulnerado el artículo 8 CEDH, en su aspecto de derecho a la vida privada de las menores, es que el ordenamiento jurídico francés, considerando que existe un vicio de origen, no permita el reconocimiento de la filiación entre los matrimonios comitentes y las niñas gestadas a través de gestación por sustitución por ningún medio (transcripción de actas de nacimiento, filiación biológica paterna, adopción, posesión de estado), lo que conduce a obstaculizar tanto el reconocimiento como el establecimiento en Derecho interno de su relación de filiación respecto de su padre biológico, y actuando así, el Estado francés ha ido más allá de lo que permitía su margen de apreciación[20].

14. Para el Tribunal Supremo en lo único que coincide su sentencia con las dictadas por el TEDH es que en ambas se deniega la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en contratos de gestación por sustitución, y apunta hasta cuatro diferencias en los pronunciamientos para considerar que la jurisprudencia del TEDH en estos casos no es aplicable a la sentencia analizada.

La principal es que el Tribunal de Casación francés sostiene la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes (*fraus omnia corrumpit*); sin embargo el ordenamiento jurídico español permite impugnar la paternidad biológica, y aun no existiendo, es posible recurrir a la adopción teniendo en cuenta que los comitentes y los niños forman un núcleo familiar de facto, cosa que, por otro lado, los recurrentes nunca han planteado puesto que han fundamentado sus recursos en la procedencia de transcribir las actas de nacimiento de California tal como allí fueron extendidas.

En segundo lugar, en Francia no es posible que las niñas adquieran la nacionalidad francesa ni heredar de los comitentes en calidad de hijas; en España la sentencia acordó que sólo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y posterior adopción por el otro miembro del matrimonio, por lo que una vez que se acredite debidamente (conforme al ordenamiento jurídico español) la filiación los niños ostentarían la nacionalidad española por ser hijos de españoles.

En tercer lugar, el Tribunal de Casación francés considera que no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo ante la

[20] "En faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation", parágrafo 100 *in fine Mennesson*,

existencia de fraude; el Tribunal Supremo español matiza que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español y alude a que se instó al Ministerio Fiscal para que ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección tomando en consideración en su caso la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto.

Por último, en los casos resueltos por el TEDH, no sólo se planteaba la transcripción de las actas de nacimiento de las niñas al Registro Civil francés, sino que de forma subsidiaria se solicitaba que bien por impugnación de la filiación biológica, bien por adopción o por posesión de estado se permitiera establecer el vínculo de filiación respecto de los comitentes; en el caso español por el contrario el asunto ha girado en el interés de los recurrentes de que se transcribieran las actas de nacimiento al Registro Civil español, no habiéndose discutido en ningún momento otras vías para acreditar debidamente la filiación.

15. Sostiene el Tribunal Supremo que el TEDH en ningún caso afirma que cualquier afectación a la filiación del menor puede suponer una vulneración de su derecho a la vida privada, sino que tal afectación existe en estas condiciones del Derecho positivo francés por establecer una absoluta imposibilidad de que su ordenamiento jurídico reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no sólo por la imposibilidad de transcribir el acta de nacimiento norteamericana, sino también, y muy especialmente, por impedir que se reconozca la filiación biológica paterna, además de la filiación por posesión de estado o por adopción. Incide en que el TEDH no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por sustitución infrinja el derecho al respeto de la vida privada de estos menores, sino que sostiene que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que van a vivir normalmente.

Reitera el Tribunal Supremo que en el caso español los inconvenientes que pudieran surgir en el proceso de la determinación de la filiación biológica paterna y de adopción son transitorios, superables y no alcanzan un nivel de gravedad tal que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, fijados en su legislación sobre filiación y reproducción humana asistida y el interés de los menores.

V. Pseudo avances legislativos frustrados. ¿Pervivencia de Instrucción de la DGRN de 2010? La esquizofrenia jurídica continúa…

16. Poco antes de las sentencias *Mennesson* y *Labassee*, el Consejo de Ministros había aprobado un proyecto de reforma de la Ley 20/2011 del Registro Civil en la

que se introducía un nuevo párrafo en el artículo 44 que traslucía nuevos obstáculos al reconocimiento en España de la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero[21]. Debido a la presión que hicieron las asociaciones que en España promueven el reconocimiento de la gestación por sustitución a raíz de las sentencias del TEDH, el Ministro de Justicia se comprometió a introducir una regulación acorde a estas sentencias[22], aunque finalmente se retiró la enmienda, en buena medida debido a la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de las sentencias del TEDH, de manera que en la publicación de la *Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil* ha desaparecido toda mención a la gestación por sustitución[23].

17. Podríamos preguntarnos entonces cuáles han sido las consecuencias prácticas de toda esta encrucijada judicial. Si en febrero de 2014, después de la sentencia del Tribunal Supremo se paralizaron las inscripciones en el Registro Civil de niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución, a raíz de las sentencias del TEDH la DGRN emitió una circular el 11 de julio de 2014 por la que se autorizaba a los Cónsules españoles a seguir aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010[24] como consecuencia de la jurisprudencia europea y porque a su juicio el caso tratado en la sentencia del Supremo no afectaba a esta Instrucción, debido que la resolución de la DGRN anulada por esta sentencia lo que pretendía era la transcripción de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, mientras que la Instrucción no regula la transcripción, sino el procedimiento de reconocimiento que ha de seguirse *ad hoc* para poder inscribir a los niños nacidos en el extranjero a través del gestación por sustitución en el Registro Civil

---

[21] En concreto, el tenor de este párrafo era el siguiente: "*En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur*". *Vid.* comentario DURÁN AYAGO, A. "Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada", publicado en http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro, consultado el 17 de agosto de 2015.

[22] Puede consultarse una narración más completa de los hechos en DURÁN AYAGO, A., "Gestación por sustitución. Y de repente el PSOE…", en http://diarium.usal.es/aduran/2015/06/01/gestacion-por-sustitucion-y-de-repente-el-psoe/, consultado el 17 de agosto de 2015.

[23] *BOE* nº. 167, de 14 de julio de 2015.

[24] *BOE* nº 243, de 7 de octubre de 2010.

español [25]. Y aunque ciertamente esto es así, desde el nacimiento de esta Instrucción se ha discutido su legalidad, puesto que va más allá de lo que la ley precisa; se extralimita en consecuencia la DGRN atribuyéndose un papel de cuasilegislador que no le corresponde[26].

18. Esto implica, básicamente, que nos encontramos en un *impasse*; poco o nada se ha avanzado. Y en esta situación, la impasibilidad del legislador está haciendo que sea la improvisación judicial la que dé respuesta a estos casos, con el consecuente riesgo de disparidad en las soluciones[27] y la consecuente merma de la seguridad jurídica.

[25] La distinción es importante. Puesto que en el caso de la transcripción lo que se pretendería es la incorporación casi automática al Registro Civil español del asiento que consta en el Registro Civil extranjero sin entrar a valorar la relación jurídica que lo provocó, siendo ésta lo determinante en el caso del reconocimiento, que es lo que regula la Instrucción DGRN de 2010. Con mayor profundidad puede consultarse nuestro trabajo, DURÁN AYAGO, A., "El acceso al Registro Civil …", *loc. cit*., pp. 265-308.

[26] BARBER CÁRCAMO, R., "La "legalización administrativa" de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739, 2013, pp. 2905-2950; CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho transnacional,* vol. 3, nº 1, 2013, pp. 247-262; CERDÁ SUBIRACHS, J., "La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGRN". *Diario La Ley,* nº. 4893, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011; FERRER VANRELL, M. P., "La transgresión del principio de igualdad en la instrucción de DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución"; en VERDERA IZQUIERDO, B. (dir.), El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar, Dykinson, 2013, pp. 15-38; LASARTE ÁLVAREZ, C., "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria", *Diario La Ley,* nº. 7777*,* 17 de enero de 2012.

[27] Así, si el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pozuelo de Alarcón (Madrid) de 25 de junio de 2012, otorgaba el exequátur a una resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de California en la que se reconocía como madre de los gemelos nacidos en 2009 a través de gestación por sustitución en Los Ángeles a la comitente, de nacionalidad española (ROJ: AJPII 12/2012), poco después la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), en su auto núm. 1341/2012, de 3 de diciembre (ROJ: AAP M 19584/2012) confirmaba el auto dictado el Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid por el que se denegaba el reconocimiento a una sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado de Boulder en el Estado de Colorado (Estados Unidos) con fecha de 5 de noviembre de 2009, en la que se declaraba como padre de dos niñas nacidas a través de gestación por sustitución al recurrente, de nacionalidad española.

VI. Reflexiones finales

19. La argumentación que el Tribunal Supremo realiza en el auto que hemos comentado posee lógica jurídica. En el actual escenario legislativo, consideramos acertada su interpretación. No estimamos que lo dictaminado por el Tribunal Supremo se oponga a lo establecido por el TEDH. Los casos son diferentes y diferentes deben ser también las soluciones. No coincidimos con quienes han deducido de las sentencias del TEDH un amparo a las filiaciones habidas a través de gestación por sustitución porque ni ese es el papel del TEDH ni tampoco eso es lo que ha establecido en sus sentencias.

Ahora bien, parece evidente que es preciso llevar a cabo una reforma legislativa para que los derechos de todas las partes implicadas en un contrato de gestación por sustitución queden garantizados, fundamentalmente los del niño que sin ser parte del mismo es su principal efecto. El derecho que tiene el menor a tener una identidad única desde su nacimiento debe llevar a los legisladores a fijar las pautas precisas para que esto sea posible sin que ello implique ninguna perversión de sistema, esto es, garantizando que tras estas prácticas no se vulnera ningún derecho de las partes. La Conferencia de La Haya trabaja tras este objetivo desde hace años[28]. Esta sería, no obstante, sólo una de las partes del problema: abordar el reconocimiento de las filiaciones determinadas en el extranjero respetando la legislación conforme a la que se han establecido, sin ser precisa una nueva determinación de la filiación en el país en que los menores van a residir. De otro lado, estaría también sobre la mesa la necesidad de abrir un debate más amplio que posibilitara la regulación material de la filiación intencional en nuestro país, dando contenido expreso a la voluntad procreacional que se consagra, entre otros, en los contratos de gestación por sustitución.

La tranquilidad de conciencia que parece traslucirse en el auto del Tribunal Supremo, destacando la posibilidad que en España existe de volver a determinar la filiación conforme a otros parámetros distintos de los que originaron la filiación, pone de manifiesto la imperiosa necesidad de que el legislador actúe. Porque exigir una doble determinación de la filiación del menor no debiera tranquilizar ni contentar a nadie.

[28] Sus trabajos pueden consultarse en http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=178, consultado el 25 de agosto de 2015.