



HAL
open science

Reconocimiento de inscripciones registrales en el extranjero y problemas de derecho internacional privado: el caso de la gestacion por sustitucion en EEUU y su implicacion en el Derecho espanol

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Reconocimiento de inscripciones registrales en el extranjero y problemas de derecho internacional privado: el caso de la gestacion por sustitucion en EEUU y su implicacion en el Derecho espanol. Seminario sobre cuestiones de derecho internacional privado, Victor Luis Gutierrez Castillo, Dec 2016, Jaén, España. hal-01448599

HAL Id: hal-01448599

<https://hal.science/hal-01448599>

Submitted on 28 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



UNIVERSIDAD DE JAÉN

Reconocimiento de inscripciones registrales en el extranjero y problemas de derecho internacional privado: el caso de la gestación por sustitución en Estados Unidos y su implicación en el Derecho español

Conferencia de Daniel Borrillo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Jaén (España) 20/12/2016

Una pareja casada de hombres españoles decide celebrar un contrato de gestación por sustitución con una mujer norteamericana en California. En el año 2008, nacen dos niños gemelos producto de dicha técnica de reproducción asistida. Los padres deciden inscribir a los niños en el registro civil del Consulado de España de Los Ángeles el cual se niega a proceder a la transcripción de las partidas de nacimiento invocando que los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en España, según lo establece el artículo 10 de la Ley 14/2006:

- 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
- 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*

Ante tal situación, la pareja decide interponer un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) considerando que el Consulado no debería haber tenido en cuenta la manera en que los niños fueron concebidos sino que debería haberse limitado únicamente a controlar si el título extranjero es un documento auténtico registrable.

Dos lecturas contrapuestas van a dar como resultado soluciones diferentes. Según el Consulado, se trata de una cuestión de conflicto de leyes que renvía al derecho de fondo español, según los padres, se trataría simplemente de una cuestión de validez extraterritorial de una decisión pronunciada por las autoridades extranjeras a las que se les aplica el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (RRC):

“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”.

La DGRN da razón a los padres y anula la denegación del registro consular obligando al mismo a proceder a la inscripción de las partidas de nacimiento californianas considerando

que “el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español”¹ según el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil antes mencionado.

Aunque las certificaciones extranjeras deban someterse a un control de legalidad, la DGRN recuerda que dicho control “no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española”²

Tratándose pues de una cuestión de validez extraterritorial de una decisión extranjera (reflejada en la partida de nacimiento de los menores), la DGRN se limita a analizar si dicho documento supera el control de legalidad establecido por la legislación española. En primer lugar, según el art. 323.2 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, debe tratarse de un documento público, traducido y acompañado de la legalización. En segundo lugar es necesario que la certificación registral extranjera provenga de una autoridad registral que desempeñe funciones equivalentes a las de las autoridades registrales españolas (art. 85 del Reglamento del Registro civil : RRC)³. En tercer lugar, según la DGRN, se deduce del artículo del 81 RRC que la certificación registral extranjera pueda tener “fuerza de ley en España” vale decir que el impacto legal de la decisión extranjera se ajuste al orden público internacional español⁴. Según la DGRN, dicha inscripción no lesiona al orden público internacional español ya que el Derecho español permite la adopción a las parejas homosexuales casadas y si la filiación puede establecerse en favor de los que adoptan también podrá hacerse en favor de los que acceden a la filiación por gestación por sustitución. Además, la legislación española permite la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres (por reproducción asistida), rechazarla para dos hombres sería discriminatorio según la DGRN (pag. 376). Sería asimismo contrario al interés superior del niño (art. 3 de la *Convención sobre los derechos del niño* de Nueva York, 1989).

Tampoco hubo fraude a la ley, según la DGRN y si bien los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en España, de lo que se trata, en este caso, no es de la manera en que se determinó la filiación de los niños nacidos en California sino si la partida de nacimiento extranjera puede acceder al Registro civil español. Recuerda asimismo la DGRN que los niños tienen la nacionalidad española según el art. 17.1 del código civil que establece que los “nacidos” de padre o madre españoles son españoles por *ius sanguinis*, nótese que la ley habla de nacidos y no de hijos para evitar justamente un círculo vicioso, con lo cual para determinar la filiación, es suficiente acreditar el “hecho físico de la generación” a partir de indicios racionales⁵.

Asimismo, cabe señalar que si el artículo 81 RRC exige que las certificaciones registrales extranjeras superen un sistema algo similar al exequatur, sin que se llegue al exequatur propiamente dicho que está reservado a las sentencias extranjeras dictadas en procedimientos contenciosos lo que impide su aplicación por analogía a las resoluciones extranjeras que contienen actos de jurisdicción voluntaria.

¹ Resolución (1a) de 18 de febrero de 2009 sobre inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero, pag. 373.

² Idem pag. 374

³ “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española....”

⁴ Art. 954.3 Ley Enjuiciamiento Civil...

⁵ Resolución DGRN 28 de octubre de 1986

El Ministerio Público ataca la Resolución

El Ministerio Público decide presentar una demanda contra la Resolución de la DGRN que ordena la inscripción en el Registro, ante el Tribunal de primera instancia de Valencia. En una sentencia del 15 de septiembre de 2010, los jueces valencianos van a considerar que la denegación de inscripción se encuentra justificada en virtud del artículo 23 de la Ley de Registro civil LRC:

“Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”.

Este artículo parece indicar que es necesario algo más que un control formal y según el tribunal de Valencia, el encargado del registro debería controlar que la partida de nacimiento que se presenta sea conforme a la ley española “es decir que en caso de que hubiera ocurrido en España se consideraría legal”. Y como la gestación por sustitución está prohibida en España, el encargado del registro consular ha hecho bien al rechazar la inscripción como lo determina el artículo 23 precitado. El tribunal compara la gestación por sustitución con algunos ejemplos como el matrimonio con una menor de 12 años que estaría, según el tribunal, admitido en Colombia pero no podría inscribirse en los registros consulares españoles de ese país así como la poligamia, tampoco inscribible. La sentencia deja de ese modo sin efecto la Resolución y por ende la inscripción de los menores.

Sin embargo, en un asunto similar, el Tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) ha resuelto la cuestión de otra manera. En efecto, se trataba de una adopción en Perú por una persona soltera la cual no era reconocida en Luxemburgo pues este tipo de adopción está prohibida en el Gran Ducado (*Wagner c. Luxemburgo* 2012) sin embargo, el TEDH, ha considerado que no aceptar la inscripción de la adopción en Luxemburgo es contrario al derecho a la vida privada y familiar del menor (art 8 ConvEDH), más tarde el Tribunal Supremo Español desestimara dichos ejemplos considerando que tratan de una cuestión menos relevante que la gestación por sustitución.

De lo que se trata sobre todo es de saber si el artículo 23 LRC exige que el hecho acaecido en el extranjero se ajusta a la ley sustantiva española. La DGRN se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones indicando que el hecho (por ejemplo, el matrimonio celebrado con arreglo a las formas de la ley extranjera) se debe ajustar a las reglas españolas de derecho internacional privado y no a las normas sustantivas españolas que no autorizan ciertos matrimonios religiosos, por ejemplo.

Además, el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño de NY establece que “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”.

El juzgado de primera instancia de Valencia confirma la tesis del ministerio público según la cual : “Por último señalar que el interés superior del menor a que se refiere el art. 3 de la Convención sobre derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, junto con el derecho del menor a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, reconocido en el

art. 7 de la citada norma, estarían totalmente amparados, conforme con el ordenamiento jurídico español por la determinación de una filiación biológica a favor del varón que hubiera sido donante y la adopción efectuada por su cónyuge teniendo en cuenta que los hijos son iguales ante la Ley con independencia de su filiación (art. 39.2 de la Constitución y art. 108 del Código Civil).”

Los padres deciden apelar la decisión del tribunal valenciano ante la Audiencia Provincial (corte de apelación) considerando que las partidas de nacimiento constituyen un documento auténtico que dan fe del nacimiento de mellizos de padres españoles que han aportado el material genético según consta en la decisión judicial californiana pronunciada antes del nacimiento de los menores quienes son por lo tanto españoles. Según las partes, el documento es conforme a lo exigido por la legislación española para la inscripción de actos auténticos extranjeros y supera el control de legalidad (se trata de un acto público que emana de una autoridad con funciones análogas a la española y es conforme al orden público español que permite la filiación unisexuada para dos mujeres por TRHA y para dos hombres por adopción. Las partes contestan también haber procedido por “foro de conveniencia” (fórum shopping).

Entretanto, una nueva instrucción de la DGRN (Ministerio de Justicia) del 5 de octubre 2010, que establece que:

“Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores”.

Exigencia a la que ya se habían sometido la pareja en cuestión y como no se trata de una decisión procedente de un contencioso sino que deriva de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción, como lo señalamos anteriormente.

Dándose hoy la paradoja de que la primera pareja homosexual masculina que consigue la inscripción del registro de sus hijos se vea compelida a la anulación de la misma, mientras que al resto de las parejas en idénticas condiciones les bastará acogerse a la Instrucción dictada en 2010 sin que la Fiscalía interponga recurso alguno.

La Corte de apelación o Audiencia provincial (sentencia 826-11 del 23/11/2011)

La Audiencia desestima el recurso de apelación. Considera que la decisión de justicia a la que se alega y que haría que el documento sea conforme a la Instrucción de la DGRN de 2010 no

consta en el dossier y que los padres han huido del ordenamiento jurídico español para celebrar un contrato prohibido en España y permitido en California

Considera que no hay discriminación pues tanto las parejas heterosexuales como las lesbianas no pueden acceder a la gestación por sustitución. Asimismo, considera que la sentencia recurrida no atenta contra la identidad única de los menores ya que éstos pueden acceder a la filiación por otros medios.

Las partes presentan un recurso de casación ante la corte suprema. Antes de analizar el recurso, detengámonos un momento en la cuestión de la identidad única.

Derecho a la identidad única del menor

El Derecho a la identidad única del menor es la facultad a ser considerado el mismo sujeto, con iguales datos de identidad por el sistema jurídico. Este derecho deriva del art. 3 de la Convención de los derechos del niño (CDN). El art. 3 CDN no contiene un mandato que obligue a mantener, en un país, el nombre y filiación atribuidos legalmente en otro país. Dicho precepto recoge, por el contrario, un “mandato genérico vigilante”, un “parámetro aplicativo del Ordenamiento Jurídico”, una “clave hermenéutica de interpretación del Derecho” que *permite modular los resultados positivos o negativos de la aplicación de las normas de DIPr.* Con otras palabras, puede afirmarse que el art. 3 CDN no ordena respetar la filiación y/o el nombre recogidos en una certificación registral extranjera. El precepto tampoco permite ni ordena admitir que los sujetos con múltiple nacionalidad puedan elegir la Ley aplicable a su nombre o a su filiación.

Este art. 3 CDN, en conexión con el art. 8 CDN, sólo indica que *el menor es titular de un derecho a “preservar su identidad” y que tal derecho debe ser defendido con carácter preferente, ya que responde al “interés superior del niño”.* De ahí se deriva que el aplicador del Derecho debe vigilar con sumo cuidado los resultados a los que conduce la aplicación de las normas jurídicas, en este caso, del DIPr. El operador jurídico debe proceder a aplicar o no aplicar dichas normas y/o a modular su aplicación en un sentido o en otro, para dar satisfacción al “interés superior del menor”. Así pues, a la hora de saber si se debe dar efectos legales en España a la certificación registral californiana, los elementos fundamentales son los que aparecen conectados con la individualidad e identidad del menor (= “elementos subjetivos y psicológicos”). En este sentido, la DGRN observa que *negar efectos jurídicos a la filiación que consta en la certificación californiana supondría que los menores tienen “padres distintos” según el país del que se trate.* En California, sus padres son unos, pero en España sus padres son otros, “de modo que sus padres [son] distintos cada vez que cruzan una frontera”. *Los menores son titulares del derecho a una “identidad única” que se debe respetar “por encima de las fronteras estatales”.* Este dato inclina a la DGRN a *admitir la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana, pues sólo de ese modo se salvaguarda el interés superior del menor, reflejado en su derecho a tener la misma filiación en California y en España.*

Este derecho del menor a mantener su identidad por encima de las fronteras ha sido recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversos pronunciamientos (STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*, STJUE 2 octubre 2003, as. C- 148/02, *García Avello*, STJUE 14 octubre 2008, as. C-353/06, *Grunkin-Paul*). Estos pronunciamientos subrayan que los menores (= e incluso, en general, las personas, como se aprecia en la STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*), son titulares del derecho a disponer de una “filiación única válida en varios países” y de un “nombre y apellidos únicos”, válidos también en varios países. Este *derecho a la identidad única del menor* puede exigir que el nombre y

apellidos, así como la filiación de un menor, otorgados en un Estado sean respetados por el Derecho de los demás Estados. La DGRN subraya que las sentencias del TJCE presentan “*un valor supracomunitario*”. En efecto, en estos casos, el derecho de los menores a una identidad única no depende ni en modo alguno puede depender de que se trate de ciudadanos “comunitarios” o no. El derecho a una “identidad única” pertenece a todos los menores, pues *deriva del art. 3 CDN*. Al operar en dicha dirección, la DGRN se sitúa en la misma trayectoria abierta por el TJCE (STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*, y STJUE 14 octubre 2008, as. C 353/06, *Grunkin-Paul*), trayectoria que también siguen otros tribunales de Estados miembros en “casos no comunitarios”. Así, el Decreto del *Tribunale di Bologna* de 11 septiembre 2007, procedió a inscribir en el Registro Civil italiano el nombre de una menor de nacionalidad italiana y canadiense, hija de padre y madre italianos, nacida en Canadá e inscrita en los Registros de dicho país con el nombre y apellidos asignados por el Derecho sustantivo canadiense. El tribunal italiano recordó “*el derecho de la menor a ser identificada con el mismo apellido sea durante los períodos en los que reside en Italia, como en los períodos en los que reside en Canadá.... [ya que ello es consecuencia de su] derecho a un armónico desarrollo de la personalidad conectado con la unidad del nombre y con las dificultades que nacen del deber, en caso contrario, de transcribir en dos países actos que afectan a dicha menor en el caso de que la menor mantuviese en dos países dos identidades diferentes (matrimonio, separación, filiación, etc.)*”.

En todo caso, la apelación considera que no ha habido vulneración a tal derecho y las partes llegan al Supremo en casación.

Recurso ante el Tribunal Supremo

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».

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 perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; 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; 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.

El supremo acepta que se trata del reconocimiento de un documento extranjero (y no de un conflicto de leyes) al que se le aplica el control de legalidad y en particular la conformidad con el orden público internacional español. Recuerda asimismo que los niños pueden acceder

a la filiación por medio de los procedimientos españoles de reconocimiento de paternidad biológica y adopción intrafamiliar.

El supremo establece que :

“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”.

El supremo razona in abstracto, haciendo referencia a la cosificación del menor, la mercantilización del cuerpo de la mujer, la explotación de mujeres pobres....

El supremo recuerda también 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 (antiguo art 128 código civil, actual art 768 ley enjuiciamiento civil)⁶. 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”

Además, considera que no existe un riesgo real de vulneración de una identidad única.

Recuerda asimismo que, 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, según el Supremo, que se trata de un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución.

Según el Tribunal Supremo “tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo : (i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio

⁶ *Artículo 768 Medidas cautelares*

1. Art 768 medidas cautelares: Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

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.

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, dice el Supremo, en el ordenamiento jurídico español 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.

Sin embargo el TEDH (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 la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo y afín de hacer respetar dicho precepto, el Supremo establece que :

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".

En un voto disidente, cuatro jueces del supremo consideran:

“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 (...) 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 (...) 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 (...) y ver si puede ser introducida en el orden jurídico español para surtir en España los efectos legales correspondientes (...) 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)... Finalmente, la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso... es evidente que más allá de una afirmación genérica sobre esta cuestión, nada se concreta: a) no se indica cómo 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, y 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).

Además señala el voto en disidencia: "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".

En todo caso, el supremo desestima el recurso y las partes presentan un incidente de nulidad⁷ ante el pleno de la sala de lo civil del tribunal supremo por vulneración de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos: tutela judicial efectiva, derecho a la igualdad pues se habría desviado el debate de una cuestión de derecho registral civil a una bien distinta sobre las consecuencias de la ilicitud en España de una técnica de reproducción, que se resuelve sin que quienes ahora formulan incidente de nulidad, hubieran podido preverlo aportando pruebas. En dicho recurso las partes reprochan al supremo de basarse en presunciones sin fundamento, por ejemplo que se trata de una madre portadora pero puede haber dos, que se trata de un padre biológico pero puede haber dos, que la mujer portadora es pobre, que existe explotación....

Del mismo modo las partes consideran que se aplica la jurisprudencia del TEDH *Menesson Labassee contra Francia*

El supremo deniega el recurso en una decisión del 2 de febrero de 2015 considerando que debían haber aportado las pruebas en su momento. Reprocha a las partes que si conocían los hechos no deberían haber formulado meras hipótesis y que aleguen ahora su relación con California. En realidad, las partes al haberse basado en el reconocimiento de un acto extranjero, no han entendido necesario entrar en la sustancia del caso.

Asimismo el Supremo considera que no hay discriminación basada en la orientación sexual pues la sentencia habría sido la misma tratándose de una pareja heterosexual. Del mismo

⁷ Recurso para reparar las vulneraciones de los derechos que se cometan en resoluciones frente a las que no quepa otro recurso.

modo, según el alto tribunal, no hay violación a la vida familiar ya que los niños no solo pueden ser reconocidos por los padres o el padre biológico sino que además se reconoce también el núcleo familiar de hecho.

Según el Supremo, no se aplica la jurisprudencia TEDH *Labassee Mennesson* pues las autoridades españolas no solo no se niegan a inscribir los niños sino que además piden al Ministerio público que haga lo posible para que se reconozca la paternidad, la posesión de estado, la filiación, la familia de hecho..... La gestación por sustitución, contrariamente al asunto francés, no impide en España el establecimiento de un vínculo de filiación con los comitentes.

En España el supremo ha establecido que solo se anulara la filiación actual (californiana) hasta que se determine la filiación biológica paterna y la filiación adoptiva respecto del otro cónyuge o la posesión de estado si no hay vínculos jurídicos

El voto disidente establece: “estas soluciones que, por las razones que sean, no han podido materializarse hasta la fecha, mantienen una “incertidumbre inquietante” en cuanto a la situación de los menores; incertidumbre que refiere la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014. El problema afecta no solo a los padres, cuyo interés no está disociado del de sus hijos, sino al interés prevalente de los menores, y al hecho, también referido en la citada sentencia, de que “*cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluido su filiación*”, significativamente afectado e incompatible “*con el interés superior de los niños, cuyo respeto debe guiar toda decisión que les concierne*”, lo que exige una respuesta inmediata, que no se ha dado. No se comparte, por tanto, la disociación que el auto hace de la defensa de los derechos e intereses legítimos de los adultos con los derechos de los menores que han nacido de esa gestación subrogada; en un caso, además, en el que unos –hijos- y otros –padres- están integrados en un mismo núcleo familiar desde hace años.

En una aclaración de autor por comisión de error material, el supremo agrega la sentencia *Paradiso Campanelli* y muestra la diferencia con su sentencia indicando que los niños nunca fueron separados de sus padres, que no se les ha retirado la nacionalidad y que se insta al Ministerio público para que tome todas las medidas para que los niños permanezcan con sus padres.

Ante la denegatoria del Supremo las partes interponen recurso de amparo ante el Tribunal constitucional contra el auto del Supremo por:

VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 18. 1 DE LA CONSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON EL ART. 10.1 EN SU INTERPRETACIÓN A LA LUZ, POR IMPERATIVO DEL ART. 10.2 CE, DEL ART. 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (DERECHOS A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR), ANTE LA NEGATIVA A INSCRIBIR A LOS HIJOS DEL MATRIMONIO DE LOS RECURRENTES, COMO PADRES SUYOS QUE SON, EN VIRTUD DE RESOLUCIÓN DE TRIBUNAL ESTADOUNIDENSE.

Art 18 1 CE en el que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Art 10.2 Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

El tribunal constitucional desestima el recurso por “manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo” en una decisión del 27 de mayo de 2016.

Ante el agotamiento de todas las instancias jurisprudenciales nacionales, los padres han decidido recurrir ante el TEDH por violación del Art 8 ConvEDH respecto a la vida privada y familiar ya que se priva a los niños de la filiación de uno de los padres; violación del art. 14 por discriminación fundada en el nacimiento

Ciertamente el caso español es diferente de los casos franceses (Mennesson Labassée) y del caso italiano (Paradiso Campanelli) ya que los niños tienen la nacionalidad española y gozan de una filiación establecida a favor de los dos padres y que aún no ha sido impugnada. Sin embargo, el ministerio fiscal puede actuar solicitando la impugnación y en tal caso se tendrá que recurrir a la prueba de ADN establecida judicialmente lo que lleva algún tiempo. En tal caso se aplicaría la medida cautelar del artículo Art 768 medidas cautelares: Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor. En este caso, los dos padres.

Una vez resuelta la impugnación, los niños tendrán cada uno un padre (ya que son hijos biológicos uno de uno de los cónyuges y otro del otro) y luego habrá que realizar una adopción intrafamiliar (art 176.2 del código civil)

Otra figura propuesta por los jueces es la del acogimiento familiar pre-adoptivo: art 172 y sig. Del código civil “El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo”.

Asimismo, la sentencia hace referencia a la posesión de estado: Art 113: La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

Este caso es diferente a los casos franceses e italiano donde el principio *fraus omnia corrumpit* ha llevado a que los niños no tuvieran ni filiación ni nacionalidad (ni todos los derechos derivados, herencia, seguridad social...). Según los jueces españoles, la jurisprudencia del TEDH no se aplica al caso ya que los niños tienen la nacionalidad y una filiación que puede confirmarse, sin embargo, todo ello llevara tiempo y aunque las autoridades españolas se muestran prontas a colaborar para que todo se lleve a cabo de manera pacífica y en favor del interés de los menores, queda por ver lo que dirán los jueces de Estrasburgo. Ya que existe una diferencia capital con Francia o Italia, en España, una pareja de mujeres casada que accede a la maternidad por TRHA, goza de la coparentalidad con un simple reconocimiento unilateral de la madre social, en tal caso existiría una discriminación respecto de las parejas de hombres que tendrían que pasar por la adopción intrafamiliar.

Quedará por ver si Estrasburgo considera que la diferencia de tratamiento persigue un fin legítimo y que existe una relación razonable y proporcional entre lo decidido por las autoridades españolas y lo exigido por la Convención.

Muchas gracias