



HAL
open science

El interés superior del menor y el Reconocimiento de inscripciones registrales en el extranjero:

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. El interés superior del menor y el Reconocimiento de inscripciones registrales en el extranjero.: VIII Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Universidad de Malaga, Nov 2018, Malaga, España. <hal-01988188>

HAL Id: hal-01988188

<https://hal.science/hal-01988188v1>

Submitted on 21 Jan 2019

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.



HAL Authorization

El interés superior del menor y el Reconocimiento de inscripciones registrales en el extranjero: el caso de la gestación por sustitución en Estados Unidos y su implicación en el Derecho español

Daniel Borrillo (profesor de derecho en la Universidad de Paris II)

Introducción

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 inscribirlos 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. 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.

El caso jurídico

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):

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.

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 (documento público, traducido y acompañado de la legalización y proveniente de una autoridad registral que desempeñe funciones equivalentes a las de las autoridades registrales españolas y que se ajuste al orden público internacional español. 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). Resultaría 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.

El Ministerio Publico ataca la Resolución

El Ministerio Publico 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: 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

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

gestación por sustitución está prohibida en España, el encargado del registro consular ha hecho bien al rechazar la inscripción.

El juzgado de primera instancia de Valencia confirma la tesis del Ministerio público según el cual la filiación que consta en el registro californiano no se ajusta a la Ley sustantiva española y recuerda además : *“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).”* (Juzgado de Primera instancia nº15 sentencia nº193/10)

Los padres deciden apelar la decisión del tribunal valenciano ante la Audiencia Provincial. 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.

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”. Para asegurarse que el consentimiento y la forma del contrato han sido debidamente respetadas.

Cabe recordar que los cónyuges se habían ya sometido a la exigencia de una resolución judicial (obligatoria en California).

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 también que no hay discriminación

pues tanto las parejas heterosexuales como las lesbianas no pueden acceder a la gestación por sustitución. Asimismo, la apelación estima que la sentencia recurrida no atenta contra la identidad única de los menores ya que éstos además de tener la filiación establecida en la partida californiana pueden en España acceder a la filiación por otros medios (prueba de ADN, adopción intrafamiliar...). La apelación considera que no ha habido vulneración al derecho a la identidad única del menor 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;
- 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. El supremo establece que la gestación por sustitución 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)². 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.

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 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

² *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.

encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

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.

En un voto disidente, cuatro jueces del supremo consideran lo contrario :no tengo tiempo de explicarlos

En todo caso, el supremo desestima el recurso y las partes presentan un incidente de nulidad³ 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....

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.

³ Recurso para reparar las vulneraciones de los derechos que se cometan en resoluciones frente a las que no quepa otro recurso.

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

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

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, me pregunto si en un asunto similar los padres podrían recurrir ante el TEDH por violación del Art 8 ConvEDH respeto 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 (*Menesson 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 de uno de los cónyuges y otro del otro) y luego habrá que realizar una adopción intrafamiliar (art 176.2 del código civil), o un acogimiento familiar pre-adoptivo: art 172 y sig. Del código civil o la la posesión de estado del Art 113

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, en algún caso análogo, 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. Aunque en realidad, se trataría de un caso teórico pues en el mes de julio de 2014 el ministerio de justicia ordenó a los Consulados españoles que efectuaran la inscripción de los niños nacidos de gestación por sustitución, a través de una Instrucción similar a la anterior, de septiembre de 2010. El registro de la filiación se hace de manera automática, transcribiendo en el Registro Civil la filiación que figure en la sentencia judicial que autoriza la maternidad subrogada, sin que conste la gestante como madre del niño a inscribir, por lo que figuran como padres los españoles que iniciaron el proceso.

Entretanto ha habido una nueva decisión del el Tribunal Supremo (STS, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016, número 953/2016,) en la que se reconoce por primera vez a la gestación por sustitución como situación protegida por la prestación por maternidad. En ese sentido “en el asunto examinado el menor, nacido tras la gestación por sustitución, forma un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares “de facto”, por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad” El INSS asumió rápida y diligentemente la doctrina del Tribunal Supremo emitiendo el 29 de diciembre de 2016 la Consulta 29/2016 -ampliada en 20 de febrero de 2017 mediante la Consulta 4/2017-.

De este modo, pasó a considerar que, a efectos de la prestación por maternidad prevista en el art.177 TRLGSS -[EDL 1994/16443](#)-, es también situación protegida el nacimiento de un hijo por gestación por sustitución en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país, siendo titular el trabajador que reúna los restantes requisitos con independencia del sexo. Se condiciona el reconocimiento a la necesaria inscripción de la filiación en el Registro civil

español -circunstancia que, como hemos visto, concurría en los supuestos analizados por el Tribunal Supremo-. Este año, Un juez de Barcelona ha impuesto una multa a la Seguridad Social por no pagar la prestación de maternidad a una pareja gay que tuvo un hijo por gestación subrogada. El magistrado estima que el ente público actuó de mala fe al mantener un litigio judicial a pesar de que el Tribunal Supremo ya resolvió este asunto en el 2016, y le obliga a abonar las 16 semanas de baja.

Conclusión

A pesar de la prohibición de la gestación subrogada en algunos ordenamientos jurídicos nacionales como el de España, hemos demostrado como los jueces acaban por reconocer efectos jurídicos y establecer vínculos de parentesco en el ámbito nacional. Para evitar el engorroso proceso judicial por el que ha debido de pasar la pareja recurrente, es necesaria una legislación que, como en California, autorice la gestación subrogada para proteger a la vez al menor y a la mujer que se somete a dicha técnica.