



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin De Grado

DOS APROXIMACIONES JURISPRUDENCIALES AL PROBLEMA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Supremo Español

Autor

Paula Arauzo Martínez

Director

D. Carlos Martínez de Aguirre

Facultad de Derecho

2017

ÍNDICE:

LISTADO DE ABREVIATURAS	2
I.INTRODUCCIÓN	3
1.CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO	3
2. RAZON DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN	4
3.METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	5
II CONCEPTO. MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	6
1.CONCEPTO	6
2.MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	7
III. MARCO NORMATIVO ESPAÑOL.....	9
1.LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	9
2.LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 5 DE OCTUBRE DE 2010	10
IV.COMENTARIO SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 6 DE FEBRERO DE 2014.....	13
1.ANTECEDES DE HECHO.....	13
2.ANALISIS DE LA DECISIÓN TOMADA POR LA SALA.....	15
3.FALLO	18
4.VOTO PARTICULAR	18
5.VALORACIÓN DE LA DECISIÓN TOMADA POR EL TS Y EL VOTO PARTICULAR	20
V.COMENTARIO SENTENCIAS ASUNTO 65192/11 (MENNESSON C/ FRANCIA) Y 65941/11 (LABASSÉE C/ FRANCIA).....	24
1.ANTECEDES DE HECHO.....	24
2.ANALISIS DE LA DECISIÓN DEL TEDH	25
3.FALLO	26
4.VALORACIÓN DE LA DECISIÓN TOMADA POR EL TEDH	26
VI.REPERCUSIÓN DE LAS SSTEDH EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO: INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES	29
1.COMENTARIO DEL AUTO DE INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES	29
2.VOTO PARTICULAR.....	31
3.VALORACIÓN PERSONAL	32
VII.CONCLUSIONES	33
VIII.BIBLIOGRAFIA.....	35

LISTADO DE ABREVIATURAS

- LTRHA: Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TFG: Trabajo de Fin de Grado.
- CENDOJ: Centro de Documentación Judicial.
- FIV: Fecundación *in Vitro*.
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.
- TS: Tribunal Supremo.
- CE: Constitución Española.
- EE. UU: Estados Unidos.
- ATS: Auto del Tribunal Supremo.
- UE: Unión Europea.

I.INTRODUCCIÓN

1.CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

La evolución y los avances científicos en el ámbito de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, han contribuido al cambio de concepción de lo que entendemos por familia, creando así nuevos modelos familiares. Entre las distintas técnicas de reproducción asistida nos encontramos con la maternidad subrogada o gestación por sustituciónn. España, a pesar de ser uno de los países elegidos como destino para la práctica del resto de técnicas de reproducción asistida, la maternidad subrogada no cuenta con tantos apoyos.

La maternidad subrogada en términos básicos, es una técnica por la que una mujer acepta gestar y dar a luz, al hijo de una pareja o un individuo de forma gratuita o a cambio de una prestación económica. La mujer gestante renuncia a cualquier derecho que posea sobre el menor y se reconoce la filiación de dicho menor a los comitentes. El menor nacido puede ser hijo biológico de los comitentes, de uno solo de ellos o de la propia madre gestante, ya que existe la posibilidad de utilizar los gametos de la pareja o de la persona comitente o incluso el óvulo de la mujer gestante y los gametos masculinos de un donante.

La práctica de la maternidad subrogada está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico por el **artículo 10** de la Ley 4/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA). Este artículo establece que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se realiza la gestación a cambio de dinero o de forma onerosa. Hay que indicar que hay autores, que incluso han llegado a considerar las actuaciones que se realizan en la práctica de la maternidad subrogada como subsumibles en el tipo del artículo 220 del Código Penal, que impone una pena de prisión de seis meses a dos años a aquellas personas que entreguen a terceros un hijo, para alterar o modificar su filiación.¹

El problema que surge con esta técnica es que al estar prohibida su práctica en España, muchas personas que desean tener un hijo, viajan a otros países en los que la maternidad subrogada sí que es legal, y después de haber logrado su deseo de ser padres, quieren inscribir a su hijo en el Registro Civil español.

Este Trabajo de Fin de Grado se centra en el problema referido anteriormente, en cuanto a la determinación e inscripción de la filiación del menor como hijo de la pareja contratante en el Registro Civil español.

¹ BENITEZ ORTÚZAR, I.F., *Delitos relativos a la reproducción asistida*, «Delitos relativos a las actuaciones conexas a las técnicas de reproducción asistida en el Código Penal español», *Cuadernos de política criminal*, N.º 65, 1998, p. 215-244.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN

La decisión de escoger el tema de la maternidad subrogada para mi Trabajo de Fin de grado, fue por el hecho de ser una práctica que está inmersa en un intenso debate, ha suscitado gran polémica y cada vez está siendo más utilizada por aquellas personas que desean ser padres.

Parece algo contradictorio que, a pesar de la prohibición que se establece en la legislación española, se hayan admitido en España los efectos de esta práctica realizada en otros países. Una de las cuestiones que más me sorprendió sobre la maternidad subrogada fue su escasa regulación en la legislación, ya que únicamente encontrarnos un artículo en la LTRHA.

Hasta hace unos años, no había oído hablar de esta técnica de reproducción asistida; sí en cambio de la fecundación *in vitro* o de la inseminación artificial. Sin embargo, en la actualidad es una de las técnicas más sonadas, ya sea por su repercusión social en los medios de comunicación, debido a que muchos famosos están utilizando estas técnicas para formar una familia, o por los conflictos que suscita tanto morales como legales. Nos podemos encontrar con problemas éticos como, por ejemplo, que la maternidad subrogada desplaza a la máxima de que madre es la que alumbría al niño, o que esta práctica puede convertirse en una actividad mercantil donde se llegue a considerar al niño como mercancía. Como hemos mencionado anteriormente a parte de los conflictos morales, también existen problemas legales como pueden ser la ilicitud de dicho contrato, la vulneración del orden público. Este tipo de argumentos son los que da parte de la doctrina, la jurisprudencia y numerosas asociaciones o entidades² que está en contra de la admisión de esta práctica. En cambio, los defensores de la maternidad subrogada argumentan que si no aceptamos los efectos de esta práctica en el extranjero dejamos al niño en una situación de desigualdad respecto a los demás niños nacidos mediante otras formas de reproducción. Defensores como la Asociación Son Nuestros Hijos establecen que «las familias creadas de esta forma son iguales en derechos y obligaciones al resto de familias españolas»³.

Estos motivos fueron por los que decidí realizar mi investigación sobre este tema.

² Asociaciones como No somos vasijas (www.nosomosvasijas.eu), Partido Feminista (www.partidofeminista.es), colectivos homosexuales como, Somos diferentes LGTBI+H-Al. El vicepresidente de esta asociación asegura «que legalizarlo como altruismo es una tapadera, y lo que propicia es que el primer mundo genere un alquiler de vientres en el tercer mundo» MARTOS WENSELL ,Y.,«Asociaciones de mujeres y LGTBI plantan cara al alquiler de vientres», en *bez.es*, 18 de abril de 2017. También encontramos entidades como la Iglesia Católica en contra de esta práctica.

³ FERNÁNDEZ ARENAS, S., «La gestación subrogada a debate: argumentos a favor y en contra», en *Babygest* , 23 de febrero de 2017.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Para aproximarme jurisprudencialmente al problema de la maternidad subrogada en especial, al Tribunal Supremo y al Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH), he dividido mi trabajo en seis partes:

- En la primera parte desarrollo qué es la maternidad subrogada, en qué consiste y las modalidades que tiene esta práctica.
- En la segunda parte realizo una exposición de la situación actual en que se encuentra esta técnica en España, haciendo referencia a la legislación que hay sobre este tema.
- La tercera parte, se trata de uno de los puntos centrales de mi trabajo, expongo un comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) del 6 de febrero de 2014.
- En el cuarto punto trato de realizar una exposición de las Sentencias del TEDH respecto del asunto Mennesson contra Francia y el asunto Labassée contra Francia.
- En el quinto punto trato de analizar las repercusiones que ha conllevado la sentencia del TEDH en nuestro sistema jurídico español, en especial el Incidente de Nulidad de Actuaciones.
- Por último, el TFG finaliza con una conclusión en la que después de haber estudiado el tema y analizando varios puntos de vistas, doy mi visión e intento dar las soluciones que a mi juicio son más adecuadas acerca de estas cuestiones planteadas.

La metodología empleada en mi trabajo es básicamente bibliográfica. La mayoría de la información la he encontrado a través de Internet, accediendo a revistas jurídicas, páginas web jurídicas, informativas y sociales donde he podido ver las opiniones de distintos colectivos. A parte de la herramienta de Internet, la información trabajada también la he obtenido de libros de Derecho de Familia. Una de las fuentes más importantes para mi trabajo ha sido Aranzadi Digital ya que gracias a esta herramienta pude encontrar comentarios y trabajos acerca de la sentencia del TEDH, ya que no se encuentra traducida dicha Sentencia al español. También he examinado jurisprudencia a través del buscador de jurisprudencia conocido como CENDOJ. Por último, he estado examinando lo que se emite o publica acerca de la maternidad subrogada en los medios de comunicación. Estas han sido mis principales herramientas para poder llevar a cabo este Trabajo de Fin de Grado.

II CONCEPTO. MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA

1. CONCEPTO

El primer interrogante que se plantea respecto al tema que estamos tratando, es la denominación de dicha práctica. Se ha utilizado distintos términos para referirse a este método. Los nombres más usados son «maternidad subrogada», «gestación por sustitución», «maternidad portadora»⁴ o «vientre de alquiler».

En lo que se refiere a la denominación «vientre de alquiler o alquiler de útero» consideró que es una terminología errónea, porque no solo es el vientre lo que se aporta, sino todo el cuerpo de la mujer gestante. Esta denominación cuenta con personas como PEREZ MONGE que no están nada a favor de su utilización porque consideran, que no se aporta únicamente el útero en el proceso gestacional⁵.

Tanto los términos «maternidad subrogada» como «gestación por sustitución» a pesar de ser los términos más aceptados, también pueden plantear problemas. En el primer caso, el problema es que se entiende por maternidad, ¿conlleva dar a luz o conlleva algo más como el cuidado, la educación de los recién nacidos? FERNÁNDEZ-PACHECHO⁶, considera que el término «maternidad subrogada» es inadecuado ya que en el mismo se incluye una realidad que va más allá de lo que realmente conlleva que es la gestación, se utiliza la palabra maternidad también para los casos en que únicamente la mujer gestante porta en su vientre al bebé, sin que ese bebé tenga material genético de la portadora. En segundo lugar, respecto a la denominación «gestación por sustitución» también encontramos problemas, ya que hay ocasiones en donde la madre gestante sí que aporta material genético por lo que no solamente es la que va a portar al bebé los nueve meses de embarazo. No obstante, la mejor manea de denominar a esta práctica de reproducción es «maternidad subrogada» o «gestación por sustitución», incluso el segundo término es el que se utiliza en el Derecho español en la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su artículo 10, que se refiere a ella como «gestación por sustitución».

La segunda cuestión que nos podemos plantear es ¿qué se entiende por maternidad subrogada? La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida por la cual una pareja o una persona acude a una tercera, para tener un bebé ante la imposibilidad

⁴ Esta denominación fue utilizada por el «Comité of Experts on Genetic Engineering», creado por el Consejo de Europa de 1982. MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M., y MASSIGOGE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Madrid, 1994, p.19.

⁵ PÉREZ MONGE: «me parece que la denominación “alquiler de útero” ha de ser criticada por su incorrección y falta de precisión, ya que la gestación es un concepto mucho más amplio, y supone la puesta a disposición de todo el ser de la gestante para atender su embarazo» (*La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002, p.331).

⁶ FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, Mª, T., «La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de Baby M.», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5 de mayo de 1988, pp. 647-684.

de obtenerlo ellos o él mismo de la forma natural. La tercera persona es una mujer con la que se acuerda la gestación del bebé mediante contraprestación o a título gratuito.

La definición del concepto gestación por sustitución, fue formulada por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In vitro y la Inseminación Artificial Humana como «la forma de maternidad por la que una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual, irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos»⁷. Sin embargo esta concepción puede plantear ciertos problemas ya que únicamente da la posibilidad de utilizar el método de maternidad subrogada a las parejas heterosexuales y por motivos de esterilidad.

Poco a poco la doctrina ha ido elaborando definiciones más acordes a la realidad social, como por ejemplo, la definición brindada por PÉREZ MONGE: «podría definirse el contrato de maternidad subrogada, en sentido amplio, como aquel contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una pareja, casada o no o una persona), que podrán aportar o no sus gametos».⁸ Esta definición, a diferencia de otras, hace hincapié en que la gestante no tiene por qué aportar sus óvulos, únicamente se encarga de gestar en su vientre al bebé.

Otra definición más reciente es la dada por FARNÓS AMOROS que define la maternidad subrogada como «contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos».⁹ Desde mi punto de vista, esta definición es una de las más completas que se encuentran en la doctrina ya que recoge todas las posibilidades de poder llevar a cabo la maternidad subrogada.

2.MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA

Hay que distinguir dos modalidades de maternidad subrogada, la maternidad subrogada tradicional o plena y la maternidad subrogada gestacional o parcial.

1. **La maternidad subrogada tradicional o plena:** nos encontramos en este tipo de maternidad subrogada cuando la madre subrogada aporta su propio óvulo. En este caso puede ser que el varón de la pareja o uno de ellos haya aportado sus espermatozoides o que estos sean de un donante anónimo o de otra persona implicada en el contrato. El futuro hijo tiene, por tanto, una relación genética con

⁷ SOUTO PAZ, J.A. «El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida», en Régimen Jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas, 2006, pág. 187-196.

⁸ PÉREZ MONGE, M. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Madrid, 2002, pág. 329.

⁹ FARNÓS AMOROS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», en *InDret Persona y Familia 1.10*.

la gestante y una relación genética con uno de los miembros de la pareja o la persona que opta por esta técnica, pero también existe la posibilidad de que no tenga ninguna relación genética con el futuro padre y que los espermatozoides sean de un donante.

2. **La maternidad subrogada gestacional o parcial:** en esta modalidad, la madre gestante solo se limita a gestar el embarazo ya que se le ha implantado un embrión que no es suyo. Puede ser que el esperma y los óvulos sean proporcionados por los futuros padres o por los donantes de esperma u óvulos. En este tipo la madre gestante no tiene ninguna relación genética con el bebé. Los óvulos son inseminados mediante FIV, y el embrión resultante se transfiere al útero de la madre sustituida en un procedimiento de transferencia de embriones.

Desde que aparecieron los tratamientos de Fecundación *In Vitro*, la Subrogación gestacional es una técnica que ha aumentado su número de prácticas. Se suele llevar a cabo, por ejemplo, en los casos en los que las futuras madres pueden producir óvulos para ser fecundados, pero por ciertos motivos médicos como puede ser que padezcan de algún tipo de afección sanitaria o por motivos personales no pueden o no quieren llevar a cabo la gestación del embarazo (este sería el caso de aquellas mujeres que no quieren ver cómo cambia su cuerpo como consecuencia del embarazo). En cambio, la maternidad subrogada tradicional suele ser utilizada por parejas homosexuales en las que uno de los miembros de la pareja aporta el material genético para que sea fecundado el óvulo de la madre subrogada. Otros supuestos en los que la modalidad elegida es la tradicional es cuando nos encontramos con un solo hombre que desea tener hijos de manera individual y no necesariamente tiene que tener problemas de fertilidad.

Podemos diferenciar, por tanto, menores que no mantienen un vínculo genético con los comitentes y menores que sí tienen vínculo genético con los comitentes, o por lo menos con uno de ellos (normalmente el varón).

III. MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

1.LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

España es pionera en la legislación sobre técnicas de reproducción asistida, ya que se aprobó la primera Ley cuando en el resto de países estaban aún estudiando los supuestos y la normativa bioética aplicable. España promulgó una Ley que permitía las técnicas de reproducción humana asistida excepto la maternidad subrogada.

La primera ley que se aprobó fue La Ley 35/1988, de 22 noviembre, sobre Técnicas de Reproducción asistida, tras la elaboración de un Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (Comisión Palacios) del Congreso de los Diputados. La comisión estaba formada por expertos¹⁰ de distintos campos entre los que se encontraban biólogos, juristas, filósofos, ginecólogos y moralistas; estas personas fueron las encargadas de asesorar al cuerpo legislativo, de los problemas que conllevaba la reproducción asistida y las encargadas de redactar el Informe que fue antecedente inmediato de la Ley 35/1988.

En esta Ley, únicamente se hacía referencia a la Maternidad subrogada, en el artículo 10, donde se establecía la nulidad de los contratos de maternidad subrogada. No es de extrañar el rechazo de esta técnica por parte del legislador ya que incluso en el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo en la Resolución A 2-372/88 de 1989 exponía que cualquier forma de maternidad que conllevara una prestación estaba prohibida.

La ley 35/1988 fue muy criticada por parte de la doctrina, por ejemplo, PANTALEON PRIETO o BELLVER CAPELLA¹¹ y si a esto sumamos los problemas que los avances científicos de las técnicas de reproducción asistida iban produciendo, se vio la necesidad de la redacción de una nueva ley en 2006, la Ley 14/2006 de 26 de mayo (LTRHA). Esta nueva regulación sustituyó a la anterior, aunque, el artículo 10 se mantuvo con la misma redacción.

El artículo 10 lo podemos dividir en tres apartados, el primero de ellos, establece que *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.*

En el apartado dos encontramos que, la filiación del niño nacido mediante la celebración de este contrato se determina por el parto (art 10.2 LTRHA).

El apartado 3 del citado artículo establece que *queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas*

¹⁰ La Comisión estaba formada por 36 expertos. Se estudió el tema sobre una triple perspectiva: ética, biomédica y jurídica.

¹¹ BELLVER CAPELLA, V., *El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica*, en Jurisprudencia, pág. 123, 126-138; PANTALEÓN PRIETO, F., «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», en Homenaje al Profesor Juan ROCA JUAN, Murcia, 1989, pág. 646.

*generales*¹², es decir, el párrafo tercero incorpora la opción de reconocimiento de paternidad, a aquel progenitor que haya aportado su material genético, para llevar a cabo la fecundación.

La regulación de la maternidad subrogada se limita, a los tres apartados del artículo 10 LTRHA del que resulta la prohibición de forma clara de este tipo de maternidad, mediante la declaración de nulidad de este contrato y por consiguiente la imposibilidad del reconocimiento de la relación de filiación entre los padres contratantes y el menor. Esto es lo que origina el problema que venimos a exponer, ya que al prohibir la ley española esta forma de gestación, parejas españolas acuden a países donde sí que está permitido la realización del contrato de maternidad subrogada, con la intención después de inscribir a los menores como hijos suyos en el Registro Civil Español. Esta es la cuestión que trataremos más adelante con el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 247/2014.

2.LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

Pese a que la legislación española regula en el artículo 10.3 la vía para atribuir la paternidad del recién nacido al padre biológico, nos encontramos con la interposición de diversos recursos, planteados por ciudadanos españoles ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) debido a la negativa de varios Registros Civiles consulares de inscribir a los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. La DGRN para resolver dichos recursos dictó la Resolución de 5 de octubre de 2010¹³, si bien anteriormente la Dirección General resolvió en un caso concreto la inscripción del nacido mediante maternidad subrogada, en la Resolución de 18 de febrero de 2009.

Dado el aumento de recursos, la DGRN decidió dictar la Instrucción de 5 de octubre de 2010, esta resolución es de obligado cumplimiento por todos los Registros Civiles españoles, sean consulares o no. Esta Resolución tiene por finalidad la protección jurídica del interés superior del menor, tal como se ve al principio del texto normativo y para ello, establece las condiciones que se tendrán en cuenta a la hora de permitir o no, el acceso al Registro Civil español, de los nacidos en el extranjero mediante esta modalidad de técnica de reproducción asistida. Para establecer las condiciones de acceso aborda tres aspectos: en primer lugar, los instrumentos que son necesarios para la inscripción de la filiación cuando uno de los padres tenga la nacionalidad española; en segundo lugar, la inscripción no puede dotar de apariencia de legalidad a actividades como el tráfico

¹² Artículos 764 y siguientes y 748 a 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículos 131-134 Código Civil.

¹³ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariados, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. «BOE» núm.243 de jueves 7 de octubre de 2010 Sec. I Pág. 84803

internacional de menores; y, en tercer lugar, se tiene que exigir la no vulneración del derecho que ostenta el menor de conocer sus orígenes biológicos¹⁴.

En esta instrucción se encuentran los pasos que tiene que seguir el encargado de cada Registro Civil español, a la hora de inscribir o no esa filiación, en el registro y se tiene que encargar de ver si se cumplen los requisitos necesarios para llevar a cabo la inscripción del menor.

Los requisitos son: que junto a la solicitud de inscripción de la filiación se presente resolución judicial, dictada por el Tribunal competente del país de origen. Esta medida tiene como fin, el controlar que el contrato de gestación se haya realizado de forma correcta, es decir, habiendo cumplido con todos los requisitos de perfección del contrato, comprobar que la madre gestante haya expedido su consentimiento de manera voluntaria y además observar que se han protegido los intereses del menor. A salvo de que sea aplicable un Tratado Internacional, la Instrucción obliga a que la resolución solicitada, sea objeto de un procedimiento de exequáutur, por lo que en este caso para poder realizar la inscripción es necesario presentar el auto judicial en el que se pone fin a dicho procedimiento de exequáutur¹⁵. No obstante, como se establece en el apartado 3 primero, si la resolución extranjera se hubiera dictado en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria se tendrá que llevar a cabo un reconocimiento incidental, será el Encargado del Registro Civil quien debe controlar si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. Y por último esta Instrucción declara que no se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación, una certificación registral extranjera o la simple declaración, aunque vaya acompañada de certificación médica relativa al menor en que conste el nombre de la gestante.

Mediante esta Instrucción, en España se ha podido llevar a cabo la inscripción de los menores producto de la maternidad subrogada, siempre que cumplan con lo establecido en la Instrucción.

La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, tal como indica BARBER CÁRCAMO¹⁶ no contento a casi nadie. Según dicha autora, la DGRN asume un papel de legislador que no le corresponde, al establecer los requisitos del reconocimiento incidental registral, sin previsión legal alguna. BARBER CÁRCAMO dice que «La DGRN adopta con esta Instrucción una actitud trampa», esta Instrucción intenta

¹⁴ Como reconoce el art. 7.1. de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

¹⁵ Procedimiento de reconocimiento de resoluciones extranjeras en España que reconoce los artículos 41 y 42 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Este procedimiento exequatur ha sido eliminado en el ámbito de la Unión Europea mediante el Reglamento Bruselas I bis que no entró en vigor hasta 2015 fecha en la que la Instrucción comentada ya se había dictado, sin embargo, este Reglamento excluye de su ámbito material el estado civil de las personas por lo que no se podrá aplicar. En la Instrucción se acude a la LEC, pero actualmente este procedimiento viene regulado en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

¹⁶ BARBER CÁRCAMO, M. R., «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N.º 739, 2013, p. 2905-2950.

contentar a los partidarios de la no inscripción de los menores nacidos mediante maternidad subrogada, estableciendo el mecanismo exequatur con el objetivo de adecuar este reconocimiento al orden público. Sin embargo, hay que indicar que la mayoría de los países en los que se realiza este tipo de contratos, no hace falta el procedimiento exequatur, como es el caso de EE.UU., por lo que se tendrá que realizar un «reconocimiento incidental» bajo el control del encargado del Registro civil. Esto plantea un problema ya que los requisitos que se tienen que cumplir son los establecidos por la DGRN sin que esta tenga facultad para legislarlos. La Jurisprudencia del TS nos indica que cuando haya una ausencia legal de regulación respecto a los requisitos relativos al reconocimiento de resoluciones judiciales de jurisdicción voluntaria, su control se tendrá que adecuar a lo que diga la ley de conflicto y tal como indica BARBER CÁRCAMO «la norma de conflicto se encuentra en el artículo 9.4 del CC que nos remite a la ley personal del hijo, devendría aplicable el artículo 10 LTRHA y no cabría inscribir la filiación atribuida en el extranjero»¹⁷.

Para acabar de comentar la Instrucción de la DGRN 5 de octubre de 2010, es importante añadir que dicha Instrucción no menciona como requisito, el orden público para poder llevar a cabo el reconocimiento de la resolución extranjera. Según parte de la doctrina¹⁸, la omisión de este requisito resulta algo extraño, la doctrina considera que el control del orden público tiene que ser aplicable a las resoluciones de jurisdicción voluntaria.

¹⁷ BARBER CÁRCAMO, M.^a. R., «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N.^o 739, 2013, p. 2912.

¹⁸ ALVAREZ GONZÁLEZ «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, p. 339-377.
BARBER CÁRCAMO, M.^a. R., «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N.^o 739, 2013, p. 2905-2950.

IV.COMENTARIO SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 6 DE FEBRERO DE 2014

El 6 de febrero de 2014 el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (TS) dictó una sentencia, en la cual desestimaba el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial que a su vez había confirmado la sentencia anterior del Juzgado de Primera Instancia, que dejaba sin efecto la inscripción de filiación de dos niños en el Registro Consular de los Ángeles. Hay que indicar que el origen de la Sentencia del TS es la impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Para poder comentar esta sentencia nos vamos a remitir a las sentencias tanto de la Audiencia Provincial de Valencia como a la del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia.

1.ANTECEDES DE HECHO

En este apartado, vamos a exponer los hechos para poder comprender mejor el objeto del recurso.

Lo primero de todo, es indicar quienes son los recurrentes: en nuestro caso se trata de un matrimonio español formado por D. Estanislao y D. Ginés que acudió a la maternidad subrogada para poder ser padres, a cuyos efectos el matrimonio viajó a Los Ángeles (California, Estados Unidos) para llevar a cabo esta práctica. El 24 de octubre de 2008 nacieron dos niños, Ricardo y Vitoriano. Los recurrentes solicitaron al Registro Civil Consular de Los Ángeles, que llevara a cabo la inscripción de nacimiento de los dos menores nacidos en Los Ángeles. Esta inscripción fue denegada por el encargado del Registro Civil consular, ya que alegaba el artículo 10 de la ley 14/2006 TRHA el cual establece que en España es nulo el contrato de gestación subrogada.

Debido a la negación del encargado, el matrimonio interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que pedían que se revocara la decisión del Registro civil consular y se procediera a realizar la inscripción de los menores en el Registro. El 18 de febrero de 2009 la Dirección General estimó el recurso, acordando que se realizara la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los dos menores y se indicaran como padres al matrimonio.

Casi un año después, el 28 de enero de 2010, el Ministerio Fiscal demandó a la DGRN, a D. Estanislao y D. Gines ante el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia. El objeto de esta demanda era anular la Resolución que la DGRN había dictado el 18 de febrero de 2009 por la que acordaba inscribir en el registro a los dos menores. El Ministerio Fiscal fundamentaba su demanda en que dicha resolución vulneraba el artículo 10 de la ley 14/2006 y que era contraria al orden público. Admitida a trámite la demanda, los demandados, tanto la DGRN como el matrimonio se opusieron totalmente y suplicaron al Juzgado que desestimara la demanda. Sin embargo, el Juzgado de Primera

Instancia núm. 15 de Valencia fallo¹⁹ estimando íntegramente la demanda del Ministerio Fiscal, esta resolución ordenaba en su fallo que se cancelara la inscripción de nacimiento de los menores.

Después de esta decisión, como era de esperar, D. Estanislao y D. Gines interpusieron Recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El órgano encargado de conocer de dicho recurso fue la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia. En la Sentencia²⁰ dictada por la Audiencia, este órgano decidió desestimar el recurso interpuesto por los demandados y acordó confirmar la sentencia anterior.

Contra la Sentencia número 826/2011 dictada en apelación el 23 de noviembre de 2011, el matrimonio alegando el artículo 447 y siguientes de la LEC, interpuso Recurso de Casación. El encargado de conocer de este recurso fue la Sala Primera del Tribunal Supremo constituida en Pleno. El 16 de diciembre de 2013 se votó y se falló. Hay que indicar que en mitad del proceso el Magistrado José Antonio Seijas Quintana rechazó la redacción de la resolución debido a su disconformidad con el fallo y formuló voto particular al que se le unieron tres magistrados más, por lo que cuatro de los magistrados que formaban el pleno de la Sala del Tribunal Supremo, no estuvieron de acuerdo con la decisión tomada. Podemos ver que el objeto de esta Sentencia, ha dado lugar a muchas dudas y a cierto debate que más adelante comentaremos al igual que el voto particular.

A continuación, vamos a señalar el motivo del recurso interpuesto por el matrimonio. El Recurso de Casación como podemos ver en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, se fundamenta solo en un único motivo, que es la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, este artículo recoge el principio de igualdad, por tanto, los recurrentes articulan su recurso, entorno a la vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior del menor. Los argumentos que utilizan en el recurso son:

1. El no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los menores nacidos en Los Ángeles a favor de dos hombres es discriminatorio.
2. Denegar el acceso al Registro Civil a la filiación de dos menores, produce una vulneración en el interés superior del menor, ya que los deja en una posición de desprotección.
3. El reconocimiento de la filiación que se determina en la certificación registral de California, no es contrario al orden público español, porque lo que establece el artículo 10 de la Ley 14/2006 es la nulidad del contrato de gestación por sustitución, considerar válido dicho contrato o ejecutarlo en España, pero no prohíbe el acceso al Registro de la filiación consecuencia de dicho contrato.

¹⁹ Sentencia número 193/2010 de 15 de septiembre del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia.

²⁰ Sentencia número 826/2011 de 23 de noviembre de la Audiencia Provincial de Valencia.

Estos tres argumentos son en los que se basa el Recurso interpuesto por el matrimonio para lograr que el Tribunal estime el recurso y así poder inscribir a sus hijos en el Registro Civil Español.

2. ANALISIS DE LA DECISIÓN TOMADA POR LA SALA

La valoración de la Sala del Tribunal Supremo la podemos dividir en tres puntos diferenciados. En primer lugar, el reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español, en segundo lugar, la inexistencia de discriminación por razón de orientación sexual y por último el interés superior del menor.

Respecto al primer argumento, la Sala establece que no estamos ante un conflicto de leyes sino ante el reconocimiento de decisiones extranjeras en España, se tiene que resolver, si la decisión de la autoridad administrativa del Registro Civil de California de inscribir el nacimiento de los menores puede ser reconocida o no en España. La forma en que se produjo el reconocimiento del título extranjero es la prevista en el artículo 85 en relación al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Del control que se tiene que hacer para poder reconocer la certificación tiene que resultar que la resolución extranjera sea regular y auténtica, tenga garantías análogas a las exigidas por la Ley Española, sin embargo, la sala argumenta que para poder reconocer la decisión además de lo anterior, se tiene que cumplir con los requisitos que establece el artículo 23 de la Ley del Registro es decir, que no haya duda de la existencia del hecho y de su legalidad conforme a la ley española, requisito que no se cumpliría.

El Tribunal también se pronuncia sobre la vulneración del orden Público internacional español. Este Tribunal confirma la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos y las posibilidades de elección de los ciudadanos entre distintos ordenamientos, siempre que haya un elemento extranjero, como es nuestro caso (lugar de nacimiento) por tanto, regulado por el Derecho internacional Privado²¹. No obstante, esta elección no es ilimitada ya que se tiene que respetar el orden público comprendido por el sistema de derechos, valores y libertades²² garantizados por la CE y los Convenios ratificados por España.

Consecuencia de todo esto la Sala considera que la inscripción de filiación de los menores en el Registro Civil nacidos mediante la práctica de maternidad subrogada, es un incumplimiento del artículo 10 de la Ley 14/06 lo que conlleva a una vulneración del orden público español y que, aunque la concepción de España sea de un orden público atenuado, cuya consecuencia es reconocer efectos que han derivado de una relación jurídica creada en el extranjero a pesar de ser contrarios al orden público, esta atenuación se ve disminuida si se observa que hay un vínculo estrecho entre la situación jurídica y España. El Tribunal considera que los recurrentes tienen una relación estrecha con España

²¹ Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

²² Libre desarrollo de la personalidad, protección a la infancia, intimidad familiar, principios recogidos en el Título I de la Constitución.

ya que estos residen y son nacionales españoles, no con EE.UU, donde acuden únicamente por el hecho de estar prohibida la maternidad subrogada en España. El reconocimiento de la filiación de los menores a favor de los recurrentes en EE.UU es debido a la prohibición del art 10, no tienen ningún vínculo que les una a EE.UU por lo que la atenuación del orden público internacional español tiene que ser de una baja intensidad.

Por todo esto la Sala considera que se ha vulnerado el orden público al intentar inscribir a dos menores nacidos mediante una técnica prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, y no se puede alegar el orden público internacional atenuado.

En segundo lugar, la sala desmonta el argumento del recurso que dice, que la filiación no se permite por el hecho de ser los padres dos varones, alegando una discriminación por razón de sexo u orientación sexual. El Tribunal fundamenta la insostenibilidad de este argumento, estableciendo que sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres cuando una de ellas se ha sometido a un tratamiento de reproducción asistida y el otro miembro de la pareja sea su cónyuge²³, por qué no se va a permitir la de dos varones. El problema en el caso del matrimonio valenciano no es que sean dos varones, sino que en el caso enjuiciado la técnica utilizada es la maternidad subrogada que se considera nula en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, el tercer punto, la Sentencia aborda la cuestión del interés superior del menor²⁴. Los recurrentes consideran que se ha vulnerado dicho interés pues la no inscripción de la filiación perjudica a los menores ya que les deja desprotegidos; además, el matrimonio manifiesta que ellos son los mejores padres para los menores ya que la mujer gestante únicamente les dio a luz, y se comprometió a entregar a los menores cuando nacieran, el matrimonio español es quien realmente quiere criarlos. También afirman los recurrentes que los menores tienen derecho a una identidad única. La Sala expone que el interés del menor es un concepto indeterminado, es decir, sobre este principio no hay un acuerdo total, sino que existen contradicciones respecto a su uso y significado, sin embargo, el Tribunal considera que este principio tiene que ser utilizado para aplicar la ley y no para contradecir la ley, en concreto el artículo 10 de la Ley 14/06, como sucedería de permitir la inscripción de la filiación.

La Sala en su fundamento jurídico quinto-5, expone que si acepta los argumentos de los recurrentes, que por el interés superior del menor se exija que los niños sean criados por los padres ya que han sido ellos los que han realizado lo posible para el nacimiento de esos menores, se llegaría a la conclusión de que el legislador español, al no reconocer la filiación a los padres que han realizado el contrato, vulneraría el interés superior del menor; frente a ello, el TS se basa en el artículo 10 para decir que no puede admitir la inscripción, por lo que no acepta los argumentos que manifiestan los recurrentes. Incluso el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que, de aceptar los fundamentos de la parte

²³ Artículo 7.3 de la Ley 14/06.

²⁴ Interés superior del menor reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión o en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en nuestro Código Civil Español.

recurrente, el interés superior del menor justificaría la entrega del menor a familias procedentes de países desarrollados originando así, digamos una especie de comercio entre los países desarrollados con los países subdesarrollados.

El Tribunal considera que este principio no tiene que ser el único que se tome en consideración, sino que se tiene que tener en cuenta otros principios, como son la dignidad de la mujer gestante y su integridad moral. El tribunal expone que el objeto de esta cuestión, no es con quien se tienen que quedar los menores nacidos, sino que el objeto es resolver si se puede o no inscribir la filiación de los niños en el Registro Civil Español. Aunque la situación de los menores no sea el objeto principal, el Tribunal recuerda que, si uno de los dos miembros del matrimonio fuera el padre biológico, el artículo 10 de la Ley 14/06 da la opción de reclamar la paternidad, por lo que los menores ya no quedarían desprotegidos.

La Sentencia, por otra parte, tampoco estima que se haya vulnerado el derecho a una identidad única o el derecho a la vida privada y familiar. La Sala indica que el no reconocimiento de la filiación establecida en la Resolución de las autoridades estadounidenses es una vulneración del derecho a la vida familiar pero que reúne los dos requisitos necesarios para justificar esa injerencia según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que son que este previsto en la ley, y la necesaria existencia de una sociedad democrática en la que se proteja el interés del menor.

Para terminar, la Sentencia aborda la cuestión de la situación de desprotección en la que se deja a los menores. La Sala indica que la afirmación realizada por parte de los recurrentes, de que los niños al no ser inscritos en el Registro Civil irían a un orfanato en EE.UU. es inverosímil. El TS es consciente de que los menores pueden verse perjudicados, pero esto no puede ser utilizado como argumento para justificar la aceptación de los efectos que produce un contrato de maternidad subrogada realizado en el extranjero.

El Tribunal Supremo tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, a la hora de tomar las medidas necesarias para la protección de los menores. El TEDH establece que donde haya una relación de familia con un niño, los estados tienen que permitir que ese vínculo formado con el menor progrese y que tienen que tener en cuenta la relación familiar que se ha creado a la hora de tomar las medidas que consideren convenientes para el menor.

3.FALLO

El Tribunal Supremo en el fallo acuerda desestimar el recurso de casación contra la Sentencia número 826/2011 de 23 noviembre dictada por la Audiencia Provincial de Valencia.

La cuestión debatida no es fácil como se puede ver en la no imposición de costas por parte de este Tribunal, consideran que se trata de un litigio que ha provocado distintas opiniones lo que ha originado el voto particular firmado por cuatro magistrados de la Sala.

Por último, instan al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones que sean necesarias para establecer la correcta filiación de los menores e insta a que se les proteja efectuando en la medida de lo posible la integración en el núcleo familiar “de facto” que han formado los dos menores con el matrimonio valenciano.

4.VOTO PARTICULAR

El voto particular es formulado por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana al que se adhieren los Magistrados D. José Ramón Ferrández Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol. Por tanto, cuatro de nueve de los Magistrados que forman parte de la Sala que tomó la decisión de la Sentencia de 6 de febrero de 2014 no estuvieron de acuerdo con el fallo, lo que deja entrever que fue una decisión bastante discutida. El voto particular lo podemos dividir en tres partes en las que cada una muestra una discrepancia con la Sentencia anteriormente comentada. Esas discrepancias son: el acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California, el orden público y por último el interés superior del menor.

Respecto al acceso al Registro de la certificación expedida por las autoridades californianas, tal como reconoce la Sentencia, la técnica aplicable es el reconocimiento de una decisión tomada por una autoridad extranjera. El voto particular establece que si entendemos la existencia de una resolución, que en realidad no se ha adjuntado en ningún momento al igual que el contrato de gestación, el reconocimiento de la resolución californiana se habría realizado correctamente según lo que se establece en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil ya que el documento que se presupone que se ha presentado, es de los que permiten su inscripción sin controlar su legalidad conforme a la ley española al estar ya reconocida por la ley americana. Lo que quiere dejar claro el voto particular es que, lo que interesa es la filiación que surge de ese reconocimiento de la resolución californiana no el contrato, por lo que el contrato no puede ser el motivo de la denegación del reconocimiento en España. A la filiación, al determinarse ya por la ley norteamericana, no se le puede aplicar el artículo 10 de la Ley 14/06. En resumen, al tratarse de una resolución reconocida por las autoridades californianas no puede violar el artículo 10, sino lo que se podría plantear es si vulnera el orden público internacional.

En la segunda parte del voto particular se puede ver el desacuerdo de los Magistrados firmantes del voto con la Sala, sobre la vulneración del orden público. Según

el voto particular hay que diferenciar en lo que es la realización de la práctica de maternidad subrogada, que es ilegal en España, con los efectos que puede producir el contrato cuando se ha realizado en otro estado en el que dicha práctica sí que está permitida. El no reconocimiento de la decisión extranjera solo podría producirse cuando vulnere el orden público y el reconocimiento de la resolución tiene que hacerse desde la perspectiva del interés del menor no únicamente observando el marco normativo español interno.

Otro de los argumentos con los que no está de acuerdo el voto particular es el referido a que la realización de la práctica de maternidad subrogada puede crear un mercado, donde el objeto comercializado sea el menor y el vientre de la madre, vulnerando así la dignidad de la mujer y del niño. El voto particular afirma que no es posible realizar una generalización y es que, esta práctica permite a personas que no pueden ser padres por distintos motivos alcanzar la paternidad. La madre gestante al realizar el contrato tiene que dar su consentimiento ante la autoridad judicial, por lo que no se puede generalizar, lo normal es que la dignidad de la mujer está protegida y dé su consentimiento libremente.

El voto particular trae a colación la Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de 5 de octubre de 2010 que hemos explicado anteriormente. Conforme a esta Instrucción, el voto particular recuerda que se permite la inscripción siempre que uno de los progenitores sea español y cumplan ciertos requisitos. Los Magistrados que formulan el voto particular señalan que, el rechazo a reconocer en España la resolución extranjera donde se establece la filiación de los menores, no se aplica en todos los casos ya que en numerosos casos a través de la Instrucción de la DGRN sí que se han realizado numerosas inscripciones de nacimientos y filiación de menores nacidos mediante maternidad subrogada.

Por último, la tercera parte en la que se puede dividir el voto particular hace referencia al interés superior del menor. Los Magistrados que firman el voto particular consideran que la solución que se da en la Sentencia deja a los niños desprotegidos. El Voto particular acude a la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, a la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor para fundamentar que el interés del menor es superior y forma parte del orden público. También alega el principio de no discriminación en función de la filiación que supone un orden público. La Sala, según manifiesta el voto particular, aplica la normativa interna como cuestión de orden público a un caso que se ha regulado por una ley extranjera lo que puede provocar perjuicios al menor, como puede ser privarle de su identidad, dejarlo en situación de desamparo. El interés del menor forma parte del orden público, por lo que si se vulnera el interés del menor no hay orden público.

Por todo esto, el voto particular pide que se case la Sentencia que ha sido recurrida, se revoque la sentencia del Juez de Primera Instancia número 15 de Valencia y se desestime la demanda del Ministerio Fiscal lo que conlleva a la inscripción de la filiación en el Registro Civil de los dos menores.

5. VALORACIÓN DE LA DECISIÓN TOMADA POR EL TS Y EL VOTO PARTICULAR

El Tribunal Supremo con la Sentencia de 6 de febrero de 2014 negaba la posibilidad de inscribir en el Registro Civil Español a los hijos nacidos mediante maternidad subrogada, aunque con cierto debate como hemos visto, por la existencia del voto particular. La decisión del TS supuso la paralización de las inscripciones que desde la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 se venían realizando por los Cónsules españoles, siempre que se cumpliera con los requisitos indicados en la Instrucción.

El Tribunal Supremo a la hora de resolver el problema planteado, optó por la defensa del ordenamiento jurídico y la tradicional forma de la maternidad. Autores como, GARCIA ALGUACIL consideran que se ha desaprovechado una oportunidad para crear unos criterios que den cierta seguridad jurídica a aquellas personas que realicen esta técnica de reproducción asistida²⁵. Para otros autores como puede ser SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO²⁶, la decisión tomada por el Tribunal Supremo está fundada en argumentos morales, como se puede ver en la Sentencia, uno de los argumentos que utiliza el Tribunal Supremo es que la realización de la maternidad subrogada puede originar un mercado donde se comercialice con la gestación y la filiación de los menores.

Me parece importante destacar la opinión de ATIENZA RODRIGUEZ, en varios artículos de revista²⁷ ha expuesto que la gestación por sustitución no está prohibida en España y que esta práctica no vulnera ningún principio moral, ni los valores de la Constitución española, por lo que no es contraria al orden público español. ATIENZA RODRIGUEZ considera que la decisión del Tribunal Supremo es equivoca y también que los magistrados que realizaron el voto particular podían haber argumentado mejor ya que su defensa, se basa en decir que el artículo 10 de la LTRHA no era el aplicable, que se tiene que entender el orden público como atenuado y, sobre todo, que el interés del menor tiene que ser más importante que cualquier otra cosa. Sin embargo, para el Catedrático la base del argumento que tenían que haber utilizado los Magistrados disidentes era que «el artículo 10 de la LTRHA no prohíbe que alguien realice un contrato de maternidad subrogada, sino que señala que semejante contrato es nulo de pleno derecho». ATIENZA RODRIGUEZ mantiene esta opinión por dos razones: la primera es que esta conducta no aparece prohibida expresamente en ningún otro artículo de la ley y la segunda es que, la voluntad del legislador no fue esa, este artículo no se modificó siguió con su mismo contenido porque planteaba ciertos problemas en la práctica que se intentaron evitar.

²⁵ GARCÍA ALGUACIL, M.J., «Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016.

²⁶ SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., «La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014», en *Diario la Ley*, nº 8293, 2014, p.2.

²⁷ ATIENZA RODRIGUEZ, M., «El registro civil admite el alquiler de vientre», en *El notario del siglo xxi*, Nº 27, septiembre-octubre 2009.

ATIENZA RODRIGUEZ, M., «Reproducción Humana Asistida:sobre la nueva ley» en *El notario del siglo xxi*, Nº 9, septiembre-octubre 2006.

En contraposición a lo establecido por ATIENZA RODRIGUEZ, BARBER CÁRCAMO indica que la gestación por sustitución sí que está prohibida, si no, no se explicaría las distintas sanciones que se encuentren recogidas en nuestro ordenamiento jurídico por la realización de esta práctica, como pueden ser las sanciones civiles, administrativas e incluso penales tipificadas en los artículos 220.2 y 221.2 del CP. El argumento de ATIENZA RODRIGUEZ de que el artículo 10 LTRHA no prohíbe la maternidad subrogada, según los razonamientos de BARBER CÁRCAMO no se podría utilizar ya que considera que está prohibida dicha práctica. Por otro lado, el problema que se plantea ante el TS, no es desde la perspectiva de la Ley aplicable, sino el reconocer o no una resolución judicial extranjera en España.

En mi opinión, el Tribunal Supremo decidió dar una solución basada en la legalidad del contrato recogido en el artículo 10 de la LTRHA y priorizar el orden público frente al reconocimiento de la filiación de los menores a los comitentes. El TS nos indica que hay otras vías de conseguir determinar la filiación a favor de los comitentes sin vulnerar el orden público como son la adopción, el acogimiento. Estas medidas las podemos ver recogidas en el Incidente de Nulidad de Actuaciones de la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 que comentare más adelante.

Según los magistrados que formulan el Voto particular, la única opción por la que se podría determinar que se ha visto vulnerado el orden público es entenderlo desde el interés superior del menor, ya que por la vía del artículo 10 LTRHA no se podría vulnerar ese orden público. Lo que el TS está cuestionando, es el reconocimiento de una decisión extranjera legal, conforme a la normativa estadounidense, no la legalidad del contrato. Si entendemos como dice la Sentencia de 6 de febrero de 2014, en su Fundamento de Derecho tercero «los derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público», el orden público está integrado por el interés del menor, principio recogido, aunque no expresamente, en el artículo 10 de la CE, donde se incluye el interés del menor en la dignidad de las personas, en el libre desarrollo de la personalidad, por lo tanto, el intereses del menor forma parte del orden público internacional español.

El Tribunal sin embargo basa su fundamentación en considerar que la decisión del Registro de California al reconocer como padres al matrimonio que realizó el contrato, vulnera el orden público español, ya que resulta contraria a normas que regulan las relaciones familiares y principios constitucionales como pueden ser, la dignidad de la personal o su integridad moral. Además de lo anterior el TS argumenta conforme a la línea de pensamiento de varios autores de la doctrina, como es BARBER CÁRCAMO, el interés del menor superior no se vulnera solo por no reconocer la filiación de los menores a los comitentes, es más, está inscripción en el Registro civil sería contraria a la verdad biológica. El dato biológico viene dado por el parto, como podemos ver en nuestro derecho español, al elegir el legislador la maternidad originada por el alumbramiento por encima del origen del gameto femenino. El interés del menor se vulneraría si no se permitiera conocer la filiación otorgada por el parto, la investigación de la paternidad. La madre que da a luz tiene unos derechos, tiene que proteger la identidad, la dignidad del

menor, por lo que si se reconoce la filiación de los menores a los contratantes se estaría vulnerando el interés del menor por no respetar la verdadera filiación biológica. Del artículo 7 y 8 de la mencionada Convención no se deduce la necesidad de establecer la filiación a favor de los comitentes.

Por otro lado, los argumentos de los recurrentes y el voto particular van en la línea en que el interés del menor se concreta en el derecho a una identidad única, que no se modifique por el hecho de estar en otro país diferente al del lugar en que se realizó el contrato, y que sean los padres intencionales los que cuiden del menor. Esta parte considera que el argumento, que hace posible la inscripción de la filiación de los menores, respecto a los comitentes en España, es compatible con el artículo 3 de la Convención de la ONU de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño.

El TS reconoce en el fundamento quinto de la Sentencia, que la no inscripción de la filiación establecida en California podría suponer cierto perjuicio en la posición jurídica de los menores, pero concluye diciendo que el reconocimiento de una filiación, que vulnera los valores del ordenamiento jurídico, también daña a los menores. Considero que la decisión tomada por el TS podría vulnerar el interés del menor ya que el interés del menor se debe proteger por los poderes públicos de forma prioritaria, los menores no tienen capacidad para defenderse, ni han sido partícipes de ningún contrato por ellos mismos, a diferencia de la mujer gestante y si entendemos que la filiación se puede determinar de otras formas de las establecidas en el derecho español. Sin embargo, tal y como está actualmente el ordenamiento jurídico permitir la inscripción de filiación reconocido en las resoluciones extranjeras sería ir en contra de la ley, ya que el derecho español sigue una línea en la que la madre es la que da a luz y esa es la verdadera filiación que se puede reconocer. Observando el derecho que se tiene que aplicar en la actualidad el interés del menor no se ha visto vulnerado por el TS. El TS es consciente de que esto puede causar perjuicios y lo soluciona incoando al MF a que tome las medidas necesarias para proteger a los menores nacidos mediante maternidad subrogada. Permite el acceso a los padres comitentes a ciertas vías, para que puedan reconocer a los menores como hijos suyos y convivan con ellos como una verdadera familia sin vulnerar el ordenamiento jurídico. Estas vías son la adopción, el acogimiento, la reclamación de paternidad del art 10.3 LTRHA.

Otro de los argumentos en los que se basa el Tribunal Supremo para dictar esta Sentencia es que la maternidad subrogada vulnera la dignidad de la mujer gestante. El TS afirma que «los avatares en la técnica de reproducción humana asistida vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño mercantilizando la gestación y la filiación, confiscando a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes...» pero de acuerdo con lo que dice el Voto particular estos hechos no se pueden generalizar y en nuestro caso EE.UU, en concreto el Estado de California, consta de un ordenamiento jurídico en el que esta práctica está regulada por

ley²⁸ y por lo establecido en la jurisprudencia²⁹. Las autoridades indican que es necesario que se realicen evaluaciones psicológicas para evaluar a las partes, debe de haber una aprobación judicial del contrato. El juez es el que tiene que verificar si las partes han dado su consentimiento voluntariamente y que comprenden lo que conlleva la realización de este contrato.³⁰ La Maternidad subrogada se lleva utilizando en numerosos países durante unos 30 años, sí que es verdad que, en como todos los casos, en determinados países hay problemas ya que, la regulación es casi inexistente, sin ningún cuidado, como es el caso de la India³¹ que tratan al hijo y a la mujer como mercancía pero esto no significa que sea en todos sitios igual.

Por último, en la Sentencia podemos ver en el Fundamento quinto-8, como reconoce la Sala, que su decisión supone un perjuicio para la situación jurídica del menor, pero entienden que esos perjuicios no son tan graves como los que podrían producirse de realizar la inscripción. Lo que ha hecho el TS, ha sido un juicio de proporcionalidad, una ponderación entre la vulneración al ordenamiento jurídico frente a la vulneración del interés del menor. Con esta ponderación quiere encontrar la solución que menos perjudique al menor, llegando a la conclusión de que la no inscripción en el Registro Civil no sería perjudicial para el menor, si en cambio determinar una filiación contraria al ordenamiento jurídico. Esta ponderación la comentare más adelante en relación con el Auto del Incidente de Nulidad que interponen los demandantes españoles a la luz de la Sentencia del TEDH 26 de junio de 2014, dictada unos días antes de la resolución del Incidente de Nulidad de actuaciones. En dicha Sentencia el TEDH también realiza una ponderación de principios para encontrar la solución más adecuada al caso como indicare a continuación.

²⁸Ley de California AB1217 entró en vigor a partir del 1 de enero de 2013, esta ley especifica la legalidad de la gestación subrogada en California.

²⁹Jurisprudencia: uno de los primeros casos fue el de Calvert contra Johnson. El Juez Parslow, del Tribunal Superior del Condado de Orange propuso a la Asamblea Legislativa la necesidad de una evaluación psicológica de las partes. Caso Buzzanca contra Buzzanca.

³⁰RODRÍGUEZ YONG. C., «El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense», en *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. XXV – Nº. 2, diciembre de 2012, p. 59-81.

³¹ «Se alquila vientre en India» http://elpais.com/diario/2008/08/03/sociedad/1217714403_8502.

V.COMENTARIO SENTENCIAS ASUNTO 65192/11 (MENNESSON C/ FRANCIA) Y 65941/11 (LABASSÉE C/ FRANCIA)

1.ANTECEDES DE HECHO

A continuación, voy a comentar la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) de 26 de junio de 2014 en los asuntos 6519/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassée c/ Francia). El estudio de estos casos es importante ya que los supuestos de hecho son muy similares al examinado anteriormente relativo al matrimonio valenciano.

Los recurrentes son dos matrimonios franceses, Mennesson y Labassée, compuestos ambos por hombre y mujer que realizaron en Estados Unidos, (California en el caso Mennesson y Minnesota en el caso Labassée) cada uno, un contrato de maternidad subrogada. De la realización de estas prácticas nacieron dos niñas gemelas y del segundo contrato una niña. Me parece importante indicar que en los dos casos los maridos aportaron sus gametos por lo que, las menores biológicamente son hijas suyas y, además, respecto al asunto Labassée, algo distinto al caso Mennesson, es que el matrimonio Labassée, cuando estaba regresando a Francia con la menor obtuvieron de un Juez tutelar, un acta en la que consta la posesión de estado. Las autoridades de dichos estados americanos en sus Sentencias reconocen y establecen la relación de la filiación de cada una de las parejas con las niñas.

El problema enjuiciado surgió cuando el Registro Civil francés se negó a inscribir las actas de nacimiento de las niñas porque consideró que los contratos de maternidad subrogada son contrarios al orden público francés fundamentándose en la vulneración del artículo 16.7 y 16.9 del Código Civil Francés. El matrimonio debido a la negativa del Registro de la inscripción de la filiación de los menores recurrió la decisión, llegando hasta el Tribunal Supremo francés (*Court de Cassation*), ante el que interpusieron Recurso de Casación, invocando el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos³². *La Court de Cassation* desestimó el Recurso de Casación, por lo que negó el reconocimiento de las Sentencias emitidas por las autoridades estadounidenses, alegando los mismos motivos que las instancias anteriores ante las que se había planteado recurso. El motivo principal de la desestimación fue que la inscripción en el Registro Civil francés de la filiación de los menores a favor de los dos matrimonios supone una vulneración del orden público francés.

³² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950. Art 8 «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2.No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Ante esta situación los matrimonios acudieron al TEDH, ya que consideraban que se habían vulnerado el derecho a la vida privada y familiar tanto del matrimonio como de los menores.

2. ANALISIS DE LA DECISIÓN DEL TEDH

El TEDH consideró que no se había vulnerado el derecho a la vida familiar del matrimonio, pero sí que existía una infracción del derecho a la vida privada de los menores y de los recurrentes.

El TEDH señaló que el artículo 8 es totalmente aplicable a lo que se refiere como «vida familiar y vida privada. Es importante manifestar, como indica el Tribunal que hay una relación más que clara entre la vida privada de los menores y la determinación de su filiación.

El no reconocimiento de la resolución extranjera constituye una injerencia tal y como reconoce el TEDH a la vida privada y familiar de los demandantes, pero nos indica que, en el apartado 2 del artículo 8 podemos encontrar unos supuestos en los que sí que está permitido dicha injerencia. El TEDH reconoce estas excepciones e incluso considera que esta injerencia, es decir, la consecuencia de la negativa a inscribir a las menores en el Registro, está justificada por dos de los fines recogidos en el artículo 8.2 como son la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades ya que el Tribunal Francés fundamenta su negativa a la inscripción, con el fin de proteger a los niños y a la madre gestante e intenta evitar que los nacionales franceses realicen este tipo de prácticas. El TEDH lo que realizó fue un examen de la injerencia, para averiguar si en una sociedad democrática como es la francesa, era necesaria esa injerencia en la vida privada y familiar.

El TEDH afirma que, al tratarse de un tema tan delicado, que suscita problemas morales y en los que no hay un acuerdo ni en la doctrina, ni en las medidas tomadas por los distintos países, los Estados tienen un amplio margen de actuación respecto a la maternidad subrogada; sin embargo, cuando el aspecto concreto del problema sea la filiación este margen es más limitado. El TEDH lo que hace en su resolución es manifestar la obligación de encontrar un equilibrio entre los intereses en juego que son, los intereses de los Estados y los intereses de las personas involucradas, dando prioridad al interés superior del menor. El TEDH constantemente nos indica que la solución al caso está en realizar una ponderación entre estos intereses.

Después de declarar el TEDH la necesidad de realizar esa búsqueda del equilibrio justo, el TEDH realiza un análisis de la injerencia en la vida familiar y en la vida privada:

Respecto al derecho a la vida familiar, el Tribunal de Estrasburgo considera que sí ha habido una injerencia debido a la falta de reconocimiento en Francia de la relación de filiación entre los matrimonios y las menores, pero que la consecuencia de ese no reconocimiento no ha sido muy grave ya que se ha podido comprobar que los padres y las hijas viven juntos en Francia y no hay peligro de separación entre los matrimonios y las menores, es decir, que viven en Francia como una familia normal. De estas

averiguaciones el TEDH considera que se ha realizado un justo equilibrio entre los intereses de ambas partes en lo relativo al derecho a la vida familiar.

En segundo lugar, respecto al derecho a la vida privada de las niñas, el TEDH considera que las menores se encuentran en una situación de desprotección. Francia niega la identificación de las menores como hijas de los recurrentes por cualquier medio ya sea, por la inscripción de las actas de nacimiento extranjeros, mediante la inscripción del acta de notoriedad e incluso por la vía de la filiación biológica paterna. El TEDH, tal y como establece en la sentencia, «considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa». El Estado francés no permite establecer la filiación con los comitentes ni siquiera con los padres, que son sus padres biológicos. Según el TEDH no es conforme al interés superior del menor del niño prohibirle establecer un vínculo jurídico de naturaleza biológica ni por medio del reconocimiento de las actas de nacimiento, ni por vía de demanda de paternidad, respecto a la vida privada de las menores no ha habido un justo equilibrio, se ha visto vulnerado el interés del menor.

3.FALLO

El Tribunal afirma que el Estado francés se extralimitó en su margen de actuación al ignorar el derecho de la vida privada de los menores, lo que conlleva la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, no solo por la denegación de transcripción de las actas de nacimiento estadounidenses, sino también por la negativa de Francia a la determinación de la filiación por cualquier medio. Esto produce una vulneración del derecho a la vida privada.

Este Tribunal consideró realmente grave que Francia no diera la opción a los padres biológicos de reconocer la filiación con sus hijos, y por ello condenó al Estado francés a dejar sin efecto sus resoluciones anteriores, a realizar la inscripción solicitada anteriormente por los dos matrimonios y a indemnizar a cada niño una cantidad que asciende a 5000 euros por los daños morales causados.

4.VALORACIÓN DE LA DECISIÓN TOMADA POR EL TEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la Sentencia de 26 de junio de 2014 se pronunció por primera vez acerca del reconocimiento de la filiación de menores nacidos mediante maternidad subrogada, a favor de los padres contratantes en países donde no se permite esta técnica.

El Tribunal consideró que el no permitir la inscripción en el Registro a los menores en nuestros casos comentados, no supone una vulneración del derecho a la intimidad familiar ya que se pudo comprobar que ambos matrimonios habían estado viviendo como una familia con las menores en Francia, durante 10 años desde el nacimiento de las menores hasta la sentencia del TEDH. No les habían puesto obstáculos para la convivencia.

Lo importante a valorar de esta sentencia es como el TEDH utilizó el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos para tomar su decisión. Como hemos indicado anteriormente, el derecho a la vida familiar vemos que no se vulnera. El problema, sin embargo, viene dado en el ámbito del derecho de la vida privada de los menores, los padres comitentes son los padres biológicos de las niñas y Francia no permite establecer los vínculos jurídicos de filiación entre las menores y el Sr. Mennesson o el Sr. Labassée. Es aquí donde se afecta el interés del menor, su derecho a la vida privada, recogido en el artículo 8 de la Convención.

Me parece muy grave que Francia no diera la oportunidad de realizar la inscripción de reconocimiento de filiación del menor al matrimonio sabiendo que, en ambos casos (Mennesson y Labassée) los propios comitentes son los padres biológicos debido a que sus gametos fueron implantados en los respectivos óvulos de la mujer gestante. En mi opinión, la ponderación que realizó el Tribunal francés entre los intereses del estado y el interés del menor no se resolvió con el resultado correcto ya que el no permitir por ninguna vía el reconocimiento de la filiación deja al menor desprotegido y se vulnera su derecho a una identidad. El TEDH considera que cada Estado puede regular la gestación por sustitución como ellos consideren, pero rechazar la filiación olvidando la paternidad biológica reconocida en estos dos casos es excesivo. Comparto la decisión tomada por el TEDH en el caso Mennesson y Labassée contra Francia, y considero que esta Sentencia es muy importante, para poco a poco ir regulando y encontrando una solución conjunta a los problemas que conlleva la maternidad subrogada.

Es importante indicar, que las Sentencias Mennesson y Labassée no son las únicas dictadas por el TEDH relativas al reconocimiento de la filiación de menores nacidos por maternidad subrogada, nos encontramos con la Sentencia de 27 de enero de 2015 en el asunto Paradiso (demanda 25385/12), revocada por la reciente Sentencia de la Sala de 24 de enero de 2017. Este caso se trata de, un matrimonio italiano que decide acudir a la maternidad subrogada debido a problemas de fertilidad. La esposa acudió a Rusia para realizar el contrato de maternidad subrogada, llevando consigo el líquido seminal del marido para que fuera implantado en el óvulo de la madre gestante mediante fecundación *in vitro*. En el proceso se le fueron implantados dos embriones a la mujer gestante. De todo este proceso nació un niño que fue registrado como hijo del matrimonio italiano por autoridades rusas. Unos meses después Italia empezó varios procedimientos contra el matrimonio por violación de leyes italianas debido a la práctica de la maternidad subrogada. Durante los procedimientos, Italia denegó la inscripción de la certificación de nacimiento del menor, se realizaron análisis de ADN por los que se descubrió que el menor no era hijo biológico del marido y las autoridades italianas llevaron al menor a servicios sociales donde se empezó su tramitación para una posible adopción.

El matrimonio italiano recurrió al TEDH, la primera resolución por parte de la Sala en 2015 fue que se había vulnerado el art 8 del Convenio al igual que en la Sentencia Mennesson, sin embargo, el Gobierno Italiano no estuvo conforme y recurrió ante la Gran Sala que ha resuelto recientemente con la estimación del recurso interpuesto por Italia.

Es importante analizar las diferencias de un caso con el otro, en el asunto Mennesson el padre biológico es el Sr. Mennesson a diferencia con el caso Paradiso. Otro dato importante es la convivencia entre el menor y el matrimonio italiano, esta convivencia no dura ni un año, en cambio las menores viven con el matrimonio Mennesson durante 10 años hasta la Sentencia del TEDH. La Gran Sala estimó que no había habido una vulneración del art 8 del CEDH, dada la ausencia de vínculos biológicos y la corta convivencia entre los recurrentes y el niño, por todo esto no se produjo una injerencia en la vida privada de los menores, a diferencia del caso Mennesson.

De las Resoluciones de ambos casos MARTÍNEZ DE AGUIRRE establece que se pueden extraer varios criterios a la hora de determinar si ha habido violación del artículo 8 CEDH o no, como pueden ser la existencia de una relación biológica de filiación y el tiempo que dura la convivencia del menor, lo que conlleva a la creación de una relación familiar de facto.³³

³³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada» en *Escritos Jurídicos TFW*, abril de 2017.

VI.REPERCUSIÓN DE LAS SSTEDEH EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO: INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

1.COMENTARIO DEL AUTO DE INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

Tras el pronunciamiento del TEDH en la Sentencia anteriormente analizada, el matrimonio valenciano al que el TS denegó la inscripción en el Registro Civil de la filiación de los dos menores, interpuso un Incidente de nulidad de actuaciones³⁴ frente a la STS de 6 de febrero de 2014. El Incidente de nulidad de actuaciones se fundamentó en la vulneración de tres derechos fundamentales:

- El artículo 24 de la CE, debido a la infracción de las normas y carga de la prueba, alegan que el TS parte de la existencia de unos hechos no probados.
- Vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación de los menores y los padres.
- Y, en tercer lugar, se considera vulnerado la intimidad familiar en relación al derecho del matrimonio valenciano a la procreación mediante técnicas asistidas.

Respecto al primer motivo del Incidente de Nulidad, el TS considera que los recurrentes no pueden alegar una vulneración del derecho de tutela judicial efectiva por la falta de pruebas de los hechos (técnica usada maternidad subrogada, resolución de las autoridades extranjeras) ya que ellos mismos han afirmado a lo largo del proceso, que los menores fueron fruto de un contrato de este tipo. El matrimonio manifiesta que dicho contrato no ha sido aportado al litigio, pero el TS establece que eran ellos, los promotores del incidente, los que tenían la posibilidad de aportar el contrato y los demás documentos.

En segundo lugar, se alega por parte de los recurrentes, que ha habido una vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación de los menores y los padres. El TS considera que el principio a la no discriminación por razón de nacimiento o por razón de su orientación sexual respecto a los padres, no obliga al ordenamiento jurídico a reconocer una filiación cuyo origen es la maternidad subrogada. Por otra parte, el TS tampoco considera la existencia de una discriminación por razón de la orientación sexual de los padres porque el asunto no cuestiona la sexualidad de los demandantes, sino que se centra en la maternidad subrogada.

El tercer derecho fundamental afectado según los recurrentes, es el derecho a la intimidad familiar. El TS responde que este derecho es limitado y no es posible reconocer la filiación de los menores por otros medios que no están previstos en el ordenamiento jurídico, como sucede con la maternidad subrogada.

La Sala del TS concluye diciendo que la Sentencia no vulnera los derechos alegados por los recurrentes, incluso el TS indica que esta decisión está reafirmada por la Sentencia

³⁴ El incidente de nulidad de actuaciones no es un recurso, es una vía por la que el Tribunal solo puede revisar si la Sentencia ha vulnerado derechos fundamentales.

del TEDH de 26 de junio de 2014 en la que se reconoce que la denegación de la inscripción en el Registro Civil de la filiación de los menores no supone una vulneración del derecho a la vida familiar ya que permiten a los menores vivir con los padres contratantes.

El Tribunal Supremo en el propio Auto del Incidente de nulidad de actuaciones, compara los casos franceses con el caso español e indica una serie de similitudes y diferencias. El TS destaca una única similitud entre el asunto español y los franceses, que es que ambas Sentencias denegaron la transcripción de la inscripción de las actas de nacimiento extranjeras en la que se establece la filiación de los menores respecto a los matrimonios contratantes. El TS considera que no hay ninguna otra similitud, señala que todo lo demás no se puede aplicar al supuesto español. Podemos encontrar cuatro diferencias según lo que indica el TS muy claras.

La primera diferencia de todas ellas es que, El Tribunal francés afirma la imposibilidad de determinar la filiación del niño nacido por maternidad subrogada y los padres por ningún medio, en cambio en el ordenamiento español, de acuerdo con el artículo 10.3 de la LTRHA, se permite el reconocimiento de la filiación del menor al padre biológico. Además, el TS acuerda en la Sentencia que se tiene que observar y proteger el núcleo familiar de facto pudiendo integrar a los menores en ese núcleo y posibilita la adopción .

La segunda diferencia que señala el TS es que las menores en Francia no podrán tener la nacionalidad francesa o no podrán heredar, en cambio en España pueden obtener la nacionalidad española una vez se haya reconocido su filiación mediante la vía que establece el art 10 LTRHA y también a diferencia de Francia podrán heredar.

En tercer lugar, el Tribunal de Casación francés, al considerar el contrato de maternidad subrogada nulo, entiende que la inscripción sería un fraude de ley y, por tanto, no se puede invocar el interés superior del menor. El TS lo que hace es reconocer que se tiene que tener en cuenta este principio y evita el perjuicio del menor, instando al Ministerio Fiscal para que tome las medidas necesarias para su protección.

Por último, se entiende que lo pedido por los matrimonios franceses y el español no fue lo mismo, los franceses habían solicitado la determinación de la filiación de las menores mediante el reconocimiento de las actas de nacimiento extranjeras, la determinación de la filiación paterna, ya que ambos padres eran los progenitores de las niñas, y en el caso Labassée se contaba con acta de notoriedad de posesión de estado civil. En cambio, en el caso español, el asunto que se trató según el TS, es distinto ya que la inscripción en el Registro civil mediante el acta de nacimiento, fue impugnada por el Ministerio Fiscal. En nuestro caso la inscripción ya se había realizado por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

A parte de las cuatro grandes diferencias que aprecia el TS, de su caso con los casos franceses, es importante indicar que, el propio TEDH reconoce la necesidad de establecer «un estatus definido» a los menores de acuerdo con las normas que conforman el orden público. El TS, en el Incidente de Nulidad, al igual que ha mostrado en la

Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, el estatus del menor se forma con el reconocimiento de la filiación bilógica, con el procedimiento de adopción, y en algunos casos incluso se origina de la posesión del estado civil. El matrimonio español no ha utilizado ninguna de las vías que les dio el TS en la Sentencia anterior para poder determinar la filiación a su favor, no han iniciado ni los trámites de adopción, ni acogimiento, ni siquiera han pedido la reclamación de filiación biológica paterna. Por lo que el TS considera que los inconvenientes que pueden causar realizar la correcta filiación no son excesivamente graves, sino que son inconvenientes de poca duración, subsanados con la utilización del núcleo familiar de facto.

Según la sala del TS, la Sentencia de 6 de febrero de 2014 no viola el art 8 del Convenio, ya que España sí que permite el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos mediante maternidad subrogada a favor del padre biológico, permite a los menores reconocer su identidad por varias vías.

La Sala en la Parte Dispositiva del Auto acuerda desestimar el Incidente de Nulidad de actuaciones, no haber lugar a declarar nulo la sentencia dictada por el TS el 6 de febrero de 2014.

2.VOTO PARTICULAR

Al igual que en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 nos encontramos con la formulación de voto particular por parte de los mismos Magistrados en la Sentencia de 6 de febrero de 2014. En el voto particular en lo único en que se está de acuerdo, es que el Incidente de nulidad de actuaciones es el modo más adecuado para ver si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales, en todo lo demás los cuatro Magistrados del voto particular discrepan. En el voto particular se establece que hay más similitudes que únicamente la inscripción en el Registro Civil del acta de nacimiento. Los Magistrados del voto particular reconocen que España da más opciones a los recurrentes para poder reconocer la filiación que el estado francés, pero esto no significa que se tenga que dar un trato diferenciado a las Sentencias del TEDH y la del TS. Lo más importante para los Magistrados disidentes, es que estas tres Sentencias tienen la intención de dar una solución al problema que se crean al no permitir la inscripción de filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución.

El voto particular considera que, la Sala en la decisión recogida en el Auto no ha realizado correctamente una ponderación de los bienes jurídicos, de los principios en juego, que deberían de haber considerado no solo el interés superior del menor de forma primordial, sino otras circunstancias también importantes como es, por ejemplo, la desprotección en la que se deja al menor, se tenía que haber dado soluciones inmediatas, una regulación para estas prácticas. El Auto al igual que la Sentencia del TS reconoce las medidas de adopción, acogimiento, filiación biológica pero según ellos lo que se ha conseguido es que mediante estas técnicas, se reconozca la filiación de los menores, de una forma más difícil y más larga en el tiempo.

3. VALORACIÓN PERSONAL

En mi opinión, los recurrentes al dictar el TEDH las Sentencias del caso Mennesson y Labassée y entender que esos casos son muy similares al suyo interponen el incidente de actuaciones de nulidad alegando los tres motivos anteriormente mencionados, pero sobre todo interponen el incidente con la esperanza de que el TS acate la misma decisión que el TEDH y reconozca la inscripción de la filiación de los dos menores que ya había reconocido la DGRN. Las sentencias del TEDH no modifican automáticamente las decisiones tomadas por los tribunales nacionales, pero sí que son vinculantes por lo que se tenía que haber tomado más en cuenta a la hora del TS tomar una decisión, las Sentencias de los casos Mennesson y Labassée. El Tribunal Supremo considera que únicamente hay una similitud en la denegación de la inscripción, y cuatro diferencias sustanciales.

Analizando las Sentencias del TEDH no solo la del caso Mennesson o el caso Labassée sino también el caso Paradiso, consideró que los supuestos de hechos coinciden con el de la sentencia del TS, al igual que la finalidad de las resoluciones que es solucionar el problema de la inscripción en el Registro Civil de la filiación de los menores. Sin embargo, hay ciertos datos muy importantes a destacar como diferencias, como es la filiación biológica de los menores, en ambos asuntos franceses las menores era hijas biológicas del padre contratante, a diferencia del caso español que no ha sido demostrado por los recurrentes que fueran sus padres biológicos. Este dato es muy importante para considerar que se ha visto vulnerado o no la identidad de los menores, en los casos franceses el Tribunal francés no permitía ni siquiera el reconocimiento de la filiación a los padres biológicos, no se podía por ninguna forma realizar la inscripción por lo que las menores quedaban en una situación totalmente desprotegida y se vulneraba su derecho a la vida privada. En cambio el TS español da varias vías de actuación para que el menor fuera inscrito correctamente a través de la filiación biológica, la adopción, el reconocimiento de un núcleo familiar formado por los padres contratantes y los menores. El TS admite varias vías para conseguir que el interés del menor no se vea perjudicado.

Por todo esto consideró que el asunto resuelto en la Sentencia del TS tiene importantes diferencias con las Sentencias del TEDH relativas al caso Mennesson y Labassée, por lo que no se puede resolver de la misma manera.

VII.CONCLUSIONES

La idea básica que se extrae del trabajo analizado, es que en España únicamente tenemos un artículo en la LTRHA, varias resoluciones de la DGRN y una Sentencia del TS muy discutida, al igual que las resoluciones de la DGRN. Es claro que este tema es muy debatido ya que toca notablemente problemas morales y éticos de la sociedad, en especial que entendemos por familia o el concepto de madre y padre. Las voces que consideran prohibida esta práctica y por tanto la imposibilidad del reconocimiento de la filiación en España se fundamentan en la legislación que regula esta materia, señalan que el artículo 10 LTRHA establece la nulidad de los contratos de maternidad subrogada y que la maternidad se establece por el parto.

El derecho tiene que cambiar con la sociedad, se tiene que adaptar a los nuevos cambios y uno de esos cambios es el uso de técnicas de reproducción asistida, como la maternidad subrogada, con el objetivo de convertirse en padres. Por estas razones podemos entrar a debatir si es necesaria o no una modificación del artículo 10. En la actualidad podemos ver un debate parlamentario abierto entre varios partidos políticos, en especial Ciudadanos, que quiere impulsar una ley³⁵ con la que se garantice los derechos de las personas que formen parte del contrato.

Analizando las Sentencias y la doctrina he llegado a la conclusión de que hay varias vías posibles a la hora de resolver estos problemas relativos a la maternidad subrogada. En primer lugar, tal y como hace el Tribunal francés, sería la prohibición total de estas prácticas y de sus efectos, no solo la prohibición del contrato tal y como está recogida en el artículo 10 LTRHA sino también la prohibición de los efectos de esta técnica y no dar opción por ningún medio al reconocimiento de la filiación de los padres contratantes. La otra opción totalmente diferente sería permitir la práctica y los efectos estableciendo una legislación que regule dicha práctica, el contrato, los requisitos, sus consecuencias. Lo que no se puede sostener es una situación como la española, donde por ley la realización de esta técnica está prohibida, pero se permite la inscripción de la filiación de los menores conforme a una Instrucción de la DGRN, porque lo único que se consigue con esto es más problemas y encontrarnos con cierta inseguridad jurídica.

En España la maternidad subrogada está prohibida, por lo que los contratos realizados en otros estados serán nulos, además, el derecho español considera que, la madre es la que da a luz, por lo que la filiación del menor nacido mediante maternidad subrogada, se tiene que inscribir a nombre de la madre gestante. A partir de estas dos premisas podemos ver la decisión tomada por el TS, ya que no se puede reconocer la filiación de los menores a favor de los padres comitentes excepto que, alguno de ellos sea su padre biológico y en segundo lugar reconocer la Sentencia judicial extranjera en la que se inscribe a los padres gestantes sería contrario a nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, el TS considera que los menores podrían verse perjudicados por esta situación y por ello aporta varias vías para proteger el interés de los menores, a aparte de la determinación de la filiación biológica. Estas vías permiten a muchas personas que

³⁵ http://politica.elpais.com/politica/2017/02/06/actualidad/1486383023_272932.html.

acuden a la maternidad subrogada ser reconocidas como padres y convivir con los menores. Sin embargo, hay ciertos casos que lo tienen más difícil ya que no pueden utilizar ninguna de estas vías.

Aunque el TS se ha pronunciado en la Sentencia de 6 de febrero de 2015 y en el Auto del Incidente de Nulidad de Actuaciones, actualmente se permite la inscripción de la filiación de los menores en el Registro Civil debido a la Instrucción de la DGRN la Instrucción del 5 de octubre de 2010. La DGRN, dictó un Informe o Circular, de fecha 11 de julio de 2014, ordenando a los Registros Civiles aplicar la Instrucción de 5 de octubre de 2010, al considerar que la misma continuaba vigente sin que le afectara la jurisprudencia sentada por la STS. Considero que la consecuencia final, tanto de la decisión tomada por el TS, como las actuaciones de la DGRN es la misma, permiten la inscripción de la filiación en el registro de menores nacidos mediante gestación por sustitución, aunque por diferentes caminos. La DRGN utiliza el reconocimiento de una resolución judicial como vía para el reconocimiento y el TS a través de la adopción, la paternidad biológica. Sin embargo, estas dos medidas no abarcan lo mismo, considero que la decisión tomada por la DGRN es más amplia, permite a las personas establecer la filiación del menor aunque no sean sus padres biológicos, por lo que no comparte la tesis de que madre es la que da a luz, sino que mediante una resolución del estado extranjero se reconoce a los padres intencionales como padres, esta solución sería contraria al artículo 10 LTRHA pero serviría para solucionar los problemas que se crean cuando no hay una figura masculina o no han podido aportar el componente biológico.

Para concluir, mi opinión después de haber tratado este tema, es que se tendría que permitir la realización de la maternidad subrogada, pero en los casos en que sea imposible quedarse embarazada por medios naturales como son, la esterilidad de algún miembro de la pareja o ser una pareja homosexual o un hombre soltero. Para eso se tendría que redactar un modelo de ley en donde se garantizaran los derechos de todas las partes. Respecto al carácter económico del contrato, apuesto por un procedimiento en donde se pueda compensar económicamente por todos los gastos que conlleva el gestar al bebé o incluso, la maternidad subrogada de forma altruista para evitar así la mercantilización de los menores y las madres gestantes a cambio de la prestación económica, siempre claro está, nos encontramos bajo el control de la administración del estado. El estado a parte de la compensación económica por los gastos del embarazo tendría que controlar que el contrato se realizara de una forma voluntaria, que no haya vicios en el consentimiento dado, que la mujer gestante sea mayor de edad, que no esté sometida a la fuerza. Establecer una serie de requisitos para asegurarse que no se vulnera ni la dignidad de la mujer o del menor.

VIII.BIBLIOGRAFIA

ATIENZA RODRIGUEZ, M., «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», en *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N.^o 63 2015, p. 94-98.

ALVAREZ GONZÁLEZ «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, p. 339-377.

BARBER CÁRCAMO, R.M., «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N.^o 739, 2013, p. 2905-2950.

BENITEZ ORTÚZAR, I.F., «Delitos relativos a las actuaciones conexas a las técnicas de reproducción asistida en el Código Penal español», en *Cuadernos de política criminal*, N.^o. 65, 1998, p. 215-244.

BELLVER CAPELLA, V., *El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica*, en Jurisprudencia, pág. 123, 126-138

CORBELLA I DUCH, J., «La maternidad subrogada, una cuestión entre el derecho civil y el derecho sanitario», en *Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar*, N.^o 4, 2015, p.38-44.

DURAN AYAGO, A., «Reseña Jurisprudencial, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Mennesson c. France (nº65192/11) y caso Labassée c. France (nº65941/11) de 26 de junio de 2014: interés superior del menor y gestación por sustitución», en *Ars Iuris Salmanticensis: AIS revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, 2014, p. 280-282.

FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», en *InDret Persona y Familia*, N.^o 1, 2010.

FERNÁNDEZ ARENAS, S., «La gestación subrogada a debate: argumentos a favor y en contra», en *Babygest*, 23 de febrero de 2017.

FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M^a, T., «La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de Baby M.», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5 de mayo de 1988, pp. 647-684.

GARCÍA ABURUZA, M.P., «A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 8, 2015, p. 97-111.

GARCÍA ALGUACIL, M.J., «¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 5, 2016, p. 27-25.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada» en *Escritos Jurídicos TFW*, abril de 2017.

MARTÍNEZ-PEREDA RÓDRIGUEZ, J.M., MASSIGOGE BENEGIU J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994, p.19.

MARTOS WENSELL, Y., «Asociaciones de mujeres y LGTBI plantan cara al alquiler de vientres», en *bez.es*, 18 de abril de 2017. También encontramos entidades como la Iglesia Católica en contra de esta práctica.

PANTALEÓN PRIETO, F., «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», en Homenaje al Profesor Juan ROCA JUAN, Murcia, 1989, pág. 646.

PEREZ MONGE M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Madrid, 2002, p. 346 y ss.

RODRÍGUEZ YONG. C., «El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense», en *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. XXV – Nº. 2, diciembre de 2012, p. 59-81.

SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., «La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014», en *Diario la Ley*, nº 8293, 2014, p.2.

SOUTO PAZ, J.A. «El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida», en Régimen Jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas, 2006, pág. 187-196.

VELA SÁNCHEZ, J.A., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012.

Legislación:

España. Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, núm. 331.

España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial del Estado, de 27 de mayo de 2006, núm. 126.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, de 8 de enero de 2000, núm. 7.

España. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, de 22 de julio de 2011, núm. 175.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, de 25 de julio de 1889, núm. 206.

España. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariados, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Boletín Oficial del Estado, de 7 de octubre de 2010, núm. 243.

Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000. Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010, núm. 83.

Unión Europea. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979, núm. 243.

Jurisprudencia:

Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo civil, sentencia núm. 247/2014, de 6 de febrero de 2014.

Auto Tribunal Supremo, Sala de los civil, ATS 335/2015, de 2 de febrero de 2015.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Mennesson c/ Francia, Sentencia núm. 65192/11 de 26 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Labassée c/ Francia, Sentencia núm. 65941/11 de 26 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Paradiso y Campanelli c/ Italia, Sentencia núm. 25358/12 de 27 de enero de 2015.