



Roj: **ATS 335/2015 - ECLI:ES:TS:2015:335A**

Id Cendoj: **28079119912015200003**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **02/02/2015**

Nº de Recurso: **245/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

**PLENO**

**AUTO**

**Presidente Excmo. Sr. D . Francisco Marín Castán**

**Autos:** CASACIÓN

**Fecha Auto:** 02/02/2015

**Recurso Num.:** **245/2012**

**Fallo/Acuerdo:** Auto Desestimando Nulidad de Actuaciones

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Rafael Sarazá Jimena

**Procedencia:** Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

**Escrito por:** MRP

**Incidente de nulidad de actuaciones. Gestación por sustitución.**

**La denegación de la inscripción en España de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución respecto de los comitentes no vulnera el derecho a la vida privada de los menores. Diferencias del caso resuelto por la sentencia española con los casos franceses objeto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La sentencia de esta Sala protege el interés de los menores pues permite la fijación de las relaciones paterno- filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones familiares "de facto" mediante la adopción o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores**

**Auto:** CASACIÓN

**Recurso Num.:** **245/2012**

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

**Procurador:** D. Jorge Deleito García

**TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil**

**PLENO**

**AUTO**

**Excmos. Sres.:**



**D. Francisco Marín Castán**

**D. José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**D. José Antonio Seijas Quintana**

**D. Antonio Salas Carceller**

**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**

**D. Ignacio Sancho Gargallo**

**D. Francisco Javier Orduña Moreno**

**D. Rafael Sarazá Jimena**

**D. Sebastián Sastre Papiol**

**D. Eduardo Baena Ruiz**

**D. Xavier O' Callaghan Muñoz**

En la Villa de Madrid, a dos de Febrero de dos mil quince.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 6 de febrero de 2014 dictamos en este rollo la sentencia núm. 835/2013 , cuyo fallo acuerda:

« 1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.-

-----, contra la sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm.949/2011 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario

núm. 188/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de la misma ciudad

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

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

**SEGUNDO.-** D-----, representados ante esta Sala por el Procurador D. Jorge Deleito García, presentaron escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones al amparo de los arts. 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial frente a la sentencia dictada en el rollo.

**TERCERO.-** Por providencia de 29 de abril de 2014, se admitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones y se acordó dar traslado a las demás partes para que, dentro del plazo de 5 días, pudieran formular alegaciones.

**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal presentó escrito oponiéndose a la solicitud de nulidad de actuaciones formulada. El Abogado del Estado no presentó escrito alguno.

**QUINTO.-** A fin de resolver el incidente de nulidad planteado, mediante providencia de 24 de junio de 2014, se convocó a pleno de los magistrados de esta Sala, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 14 de julio de 2014.

**SEXTO.-** Al haber dictado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en fecha 26 de junio de 2014, sentencias relativas a asuntos sobre los que versa el presente procedimiento, se acordó dar traslado a las partes para que alegaran lo que considerasen oportuno en relación con los pronunciamientos de las referidas sentencias.

**SÉPTIMO.-** El procurador de los recurrentes presentó escrito en el que, tras efectuar las consideraciones que estimó convenientes, suplicó a la Sala: «[...] proceda a anular la Sentencia dictada por vulnerar derechos fundamentales de los recurrentes, dictando otra que repare tal derecho y acuerde:

1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por los actores contra la sentencia dictada el día 23 de noviembre de dos mil once por la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, conociendo en apelación de los autos de juicio ordinario número 188/10 del Juzgado de Primera Instancia número quince de los de Valencia, casando y anulando la misma, revocando asimismo la dictada por dicho Juzgado, conociendo de los mismos autos, desestimando la demanda interpuesta por la Fiscalía de Valencia, manteniendo las inscripciones registrales en los términos acordados por la Dirección General de Registros y del Notariado.



2º) *En cuanto a las costas, no cabe hacer expresa imposición por la estimación del recurso.»*

El Ministerio Fiscal presentó informe que concluyó como sigue: «*Por todo lo expuesto, no siendo idéntico el caso resuelto por la STS nº 835/2013, de fecha 6 de febrero de 2014, recurso nº 245/2012 a los resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - sentencias de 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labasseé c./Francia), que afectan al Derecho francés, y dada la diferencia entre el Derecho francés y el español, pudiendo los que dicen ser padres utilizar las acciones de filiación que estimen oportunas y el otro progenitor la adopción, es por lo que el Fiscal considera que la STS nº 835/2013, de fecha 6 de febrero de 2014, recurso nº 245/2012 no vulnera el derecho a la identidad de los menores ni a su vida privada protegidos en el artículo 18 de la Constitución Española .»*

**OCTAVO.-** La deliberación, votación y decisión del presente incidente, por el pleno de la Sala, se señalaron nuevamente para el día 18 de diciembre de 2014, fecha en la que tuvieron lugar.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Planteamiento del incidente

1.- Los recurrentes en casación promueven un incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia dictada por esta Sala el 6 de febrero de 2014 .

2.- En el mismo, alegan que la sentencia ha vulnerado tres derechos fundamentales.

(i) En primer lugar se alega la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, pues la Sala habría infringido las normas sobre prueba y carga de la prueba, al partir de la existencia de una serie de hechos y circunstancias cuya existencia no está probada, y habría desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución.

(ii) En segundo lugar se alega la vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores, en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento, como de los padres, en cuanto a la no discriminación por razón de su orientación sexual.

(iii) Por último, se alega la vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida.

### SEGUNDO.- Consideraciones preliminares

1.- El incidente de nulidad de actuaciones no es un nuevo recurso en el que puedan revisarse cualesquiera infracciones de normas sustantivas o procesales. En este trámite, el tribunal solo puede entrar a examinar si la sentencia ha infringido derechos fundamentales, pues esta cuestión es el único objeto posible del incidente de nulidad de actuaciones.

2.- Por otra parte, cuando esas cuestiones de trascendencia constitucional han constituido justamente el objeto del proceso y la sentencia ha razonado sobre la incidencia de los derechos fundamentales en juego (en este caso, el derecho a no sufrir discriminación y el derecho a la intimidad personal y familiar), no es procedente que el tribunal vuelva a extenderse sobre las razones que le llevaron a adoptar su decisión, para la que ya tomó en consideración los referidos derechos fundamentales, sin perjuicio de lo que más adelante se razonará respecto de la trascendencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, también "Tribunal de Estrasburgo") de 26 de junio de 2014, dictadas en los casos Labassee y Mennesson.

### TERCERO.- La alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

1.- *La alegación de vulneración de las reglas sobre la prueba y la carga de la prueba*

Un primer argumento que los recurrentes expresan para fundar su pretensión de nulidad de actuaciones es que la sentencia se ha basado en hechos o circunstancias que no están probados, como es la existencia de un contrato de gestación por sustitución o de una sentencia de un tribunal de California, o el carácter artificial de la vinculación de la situación jurídica controvertida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida.

Alegan los promotores del incidente que se han vulnerado las reglas sobre la prueba y la carga de la prueba, y que con ello se ha vulnerado el art. 24 de la Constitución .



2.- Los hoy solicitantes de nulidad de actuaciones han admitido durante el proceso que los menores respecto de los que se discute el reconocimiento de la filiación han nacido en virtud de un contrato de gestación por sustitución (no aportado al litigio), que con base en una sentencia judicial de un tribunal de California (que tampoco aportaron) dio lugar a la inscripción registral extranjera en virtud de la cual solicitaron la inscripción en el registro civil consular español. Esta admisión de hechos por los promotores del incidente concuerda con el hecho notorio de que en dicho estado norteamericano se celebran estos contratos de gestación por sustitución.

No es conforme con las exigencias de la buena fe que, una vez dictada la sentencia, los recurrentes cuestionen sus propias alegaciones y acusen al tribunal de haber vulnerado sus derechos fundamentales por haberlas tomado en consideración.

3.- Los promotores del incidente tenían la disponibilidad sobre la prueba, puesto que los documentos acreditativos de las circunstancias que rodearon el nacimiento de los menores estaban en su poder. No pueden por tanto alegar denegación de tutela judicial efectiva quienes no solo han admitido los hechos fundamentales en los que se basa la sentencia sino que, en todo caso, serían responsables de la falta de acreditación de determinados extremos.

4.- Tampoco es conforme a las exigencias de la buena fe que los promotores del incidente, al solicitar la nulidad de actuaciones, formulen meras hipótesis sobre hechos que ellos necesariamente conocen, no negando ni afirmando con claridad tales hechos, sino alegando solamente que podría ser que los hechos hubieran sucedido de un modo diferente al recogido en la sentencia. Menos admisible aún es esta conducta cuando el objeto del proceso es el estado civil de unos menores respecto de los que solicitan el reconocimiento de la filiación.

5.- En lo que se refiere al carácter artificial de la vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida, tampoco es admisible que los promotores del incidente, para fundar una denuncia de infracción de su derecho a la tutela judicial efectiva, aleguen ahora una vinculación con el estado de California que no habían alegado, y menos probado, con anterioridad, pese a tratarse de una cuestión claramente relevante a la vista del objeto del litigio y sobre la que a lo largo del proceso realizaron alegaciones diferentes de las que ahora realizan para fundar la solicitud de nulidad.

#### 6.- *La alegación de incongruencia*

El segundo argumento en que basan la imputación de vulneración de la tutela judicial efectiva es la alteración del debate procesal, puesto que, según alegan los promotores del incidente, esta Sala habría desviado a una decisión sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución lo que sería solamente una cuestión registral civil, el reconocimiento en España de una inscripción registral extranjera.

7.- No vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes que el tribunal resuelva la cuestión controvertida de un modo diferente a cómo dicha parte pretendió que lo fuera. Es lógico que si un recurso se desestima, el tribunal no acepte las razones que se alegaron para sustentarlo.

La sentencia cuya nulidad se pide razonó que era preciso valorar la "legalidad conforme a la Ley española" de los asientos extendidos en Registros extranjeros, por exigirlo así el art. 23 de la Ley del Registro Civil, y con base en ello procedió a analizar la conformidad de la decisión de la autoridad extranjera, cuyo reconocimiento en España se pretendía, con las normas constitutivas del orden público internacional español en materia de filiación y reproducción asistida. Se trata de argumentos pertinentes para resolver la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal al interponer la demanda.

Estos razonamientos entroncaban, además, con algunos de los argumentos en los que la sentencia recurrida basó su decisión de desestimar el recurso de apelación. No ha existido, por tanto, una alteración sorpresiva e injustificada del debate procesal que haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes, dados los términos en que tal debate fue planteado.

#### **CUARTO.- La alegación de vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación**

1.- Plantean los promotores del incidente que se ha discriminado a los menores por razón del nacimiento, y que de este modo se ha vulnerado la interdicción de discriminación de los hijos por razón de la distinta clase de filiación.

2.- La interdicción de discriminación por razón de filiación no exige que el ordenamiento jurídico español deba reconocer como filiación la relación que deriva de haber concertado con la madre gestante un contrato de gestación por sustitución.

El legislador español goza de un cierto margen de libertad para atribuir el carácter de relación paterno-filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas. Si decide atribuir a una determinada relación el carácter de filiación (por ejemplo, la resultante de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida), entra en juego la exigencia de no discriminación por razón de la filiación de esa relación filial respecto de las demás relaciones filiales.

Pero de dicho principio constitucional no deriva la obligación de los poderes públicos de otorgar necesariamente el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tal filiación, pero que no lo son en el ordenamiento jurídico español, como es el caso de los comitentes en un contrato de gestación por sustitución respecto del niño nacido como consecuencia de tal gestación.

3.- Plantean también los promotores del incidente que la sentencia ha vulnerado su derecho a no ser discriminados por razón de la orientación sexual, al no aplicar la doctrina constitucional más reciente sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. La sentencia, alegan los promotores del incidente, vulnera su derecho a ser reconocidos como padres en pie de igualdad con otras parejas matrimoniales heterosexuales u homosexuales femeninas que no encuentran esas resistencias en el acceso de sus hijos al registro civil español.

4.- La sentencia cuya nulidad se pide no es contraria a la doctrina constitucional sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo porque versa sobre una cuestión diferente.

La alegación de los promotores de que se les discrimina frente a parejas heterosexuales u homosexuales femeninas carece de fundamento, puesto que la razón de la decisión adoptada nada tiene que ver con el sexo u orientación sexual de los integrantes de la pareja, sino con las circunstancias de la gestación de los menores, con base en un contrato de gestación por sustitución. Como ya dijimos en la sentencia, la decisión habría sido la misma cualquiera que hubiera sido el sexo u orientación sexual de los comitentes.

Que el tribunal no ha seguido un criterio discriminatorio con base en la orientación sexual de los recurrentes queda constatado en la adopción de medidas dirigidas tanto a la protección del núcleo familiar que pueda existir, integrado por los menores y los recurrentes, como a dar cobertura y amparo legal a las relaciones establecidas "de facto" entre sus integrantes. Tal decisión no podría entenderse si hubiera existido, como se insinúa, una motivación espuria de discriminación por la orientación sexual de los recurrentes, prohibida por el ordenamiento jurídico.

#### **QUINTO.- La alegación de vulneración del derecho a la intimidad familiar**

1.- La última vulneración de un derecho fundamental que se imputa a la sentencia es la vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida. Invocan los promotores del incidente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de abril de 2010, del caso S.H. y otros contra Austria .

2.- La doctrina sentada en la citada sentencia del Tribunal de Estrasburgo no es relevante porque se refiere a una cuestión sustancialmente diferente. En esta sentencia, el Tribunal de Estrasburgo declaró:

*« El Tribunal considera que los riesgos asociados con las nuevas técnicas en un campo tan sensible como laprocreación médicamente asistida, deben tomarse seriamente en consideración y que en primer lugar el legislador doméstico debe evaluar estos riesgos después de haber calibrado cuidadosamente los distintos intereses públicos y privados involucrados y los peligros a los que pudiera hacerse frente » .*

Como todos los derechos, el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, siempre, naturalmente, que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales ni, en general, al orden público internacional español, y respete las exigencias del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

3.- Por otra parte, como ya se ha indicado, la sentencia cuya nulidad se solicita acordó la adopción de las medidas pertinentes para otorgar la protección jurídica que haga posible la integración de los menores en su familia, para el caso de que efectivamente alguno de los recurrentes fuera progenitor biológico de los niños y, en todo caso, si existieran en este momento tales relaciones familiares "de facto" entre los recurrentes y los menores.

4.- Las razones expuestas llevan a la sala a la conclusión de que la sentencia no vulnera los derechos fundamentales invocados por los recurrentes. Esta conclusión resulta confirmada por el contenido de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se analizarán a continuación, pues la sentencia del



caso Labassee, en los párrafos núm. 66 a 74, y la del caso Mennesson, en los párrafos núm. 87 a 95, rechazan que la denegación de la transcripción al Registro Civil francés de la inscripción de nacimiento en virtud de un contrato de gestación por sustitución realizada en Estados Unidos (y, es más, el rechazo de la inscripción de la paternidad biológica, o de la filiación con base en la adopción o en la notoriedad de la posesión de estado) suponga una vulneración del derecho a la vida familiar en tanto se permita convivir al núcleo familiar en su país de residencia, en este caso Francia.

## **SEXTO.- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los casos Labassee contra Francia y Mennesson contra Francia. Su trascendencia en el caso objeto de este incidente**

### **1.- Aptitud del incidente de nulidad de actuaciones para resolver la cuestión**

Cuando tras la sentencia que resolvió el recurso de casación, pero antes de resolverse el incidente de nulidad de actuaciones que se ha promovido contra tal sentencia, ocurre un suceso de la trascendencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 26 de junio de 2014, el incidente de nulidad de actuaciones se muestra como el medio más idóneo para valorar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos realiza dicho Tribunal. En un supuesto tan excepcional, no es de aplicación la doctrina que con carácter general ha sentado esta Sala en el sentido de que el incidente de nulidad de actuaciones no permite volver a plantear las cuestiones de trascendencia constitucional que hayan constituido justamente el objeto del proceso y sobre las que la sentencia se haya pronunciado.

2.- El art. 10.2 de la Constitución prevé que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España, entre los que destaca el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, el Convenio). La función y las competencias que los actuales arts. 32 y 46 del Convenio atribuyen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen que la interpretación de los preceptos del Convenio por dicho Tribunal tenga una eficacia interpretativa muy relevante respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución.

3.- Según el Tribunal Constitucional, a través de la nueva regulación ampliada del incidente de nulidad de actuaciones se refuerza el protagonismo que han de asumir los Jueces y Tribunales ordinarios como guardianes naturales y primeros de los derechos fundamentales y el carácter subsidiario del recurso de amparo ( STC 153/2012, de 16 de julio ). Efectivamente, la reforma operada en la regulación de dicho incidente por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, extiende su objeto a « cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución » por lo que hace coincidir su ámbito con el del recurso de amparo constitucional ( art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ).

La citada reforma tuvo como finalidad confesada « aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales » y « otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico » (exposición de motivos de la citada ley orgánica). El incidente de nulidad de actuaciones se revela como un cauce procesal idóneo para decidir si se han vulnerado los derechos fundamentales de las partes, evitando de este modo que tengan que acudir necesariamente al Tribunal Constitucional.

Por ello, esta Sala considera que no existe obstáculo para decidir si su sentencia vulnera los derechos fundamentales cuya infracción se alega, atendiendo a los criterios sentados posteriormente en las referidas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque ciertamente las cuestiones analizadas y resueltas en dichas sentencias hayan sido, en lo fundamental, abordadas en nuestra sentencia de 6 de febrero de 2014 .

### **4.- Los casos objeto de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo**

Los demandantes en los asuntos sometidos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos son dos matrimonios franceses, apellidados Mennesson y Labassee, que contrataron en los Estados Unidos sendas gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De dichas gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y, en el otro, una niña.

Las sentencias dictadas en los estados de California y de Minnesota, que dieron lugar a las correspondientes actas de nacimiento en los Registros Civiles de estos estados norteamericanos, establecieron la relación de filiación de cada una de las parejas con las respectivas niñas.

Las autoridades judiciales francesas se negaron a inscribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento de las niñas por considerar que tal medida era contraria al orden público francés, que establece la



indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas ( arts. 16-7 y 16-9 del Código Civil francés). En uno de los casos, también se negaron a inscribir un acta de notoriedad de la relación de filiación otorgada porque los comitentes habían cuidado a la niña desde su nacimiento, pues consideraron que la posesión de estado de las personas que alegaban los demandantes y el acta de notoriedad estaban viciadas por defecto en su origen, defecto que consistía en la nulidad de orden público del contrato de gestación por subrogación, que tenía carácter fraudulento.

Interpuestos recursos de casación en los dos casos, en los que los recurrentes invocaron el art. 8 del Convenio (respeto a la vida privada y familiar) por los inconvenientes que para el núcleo familiar y el perjuicio que para el interés superior del menor se derivaban de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero, el Tribunal de Casación francés consideró que la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción.

El Tribunal de Casación manifestó que « *en presencia de este fraude ni el interés superior del niño garantizado por el artículo 3 § 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 de la Convención (...) podían ser invocados útilmente* ».

#### 5.- Los razonamientos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El art. 8 del Convenio establece:

« 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás ».

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los casos Labassee y Mennesson, cuyos fundamentos relevantes para resolver este incidente son coincidentes, señalan que este precepto es aplicable tanto en lo que se refiere a la "vida familiar" como a la "vida privada". Considera dicho Tribunal que no hay ninguna duda de que los cónyuges demandantes se han ocupado como padres de los niños desde el nacimiento de estos, viviendo juntos de un modo que no se diferencia en nada de la "vida familiar" en su acepción habitual. Por otra parte, el Tribunal recuerda que el derecho a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada y que hay una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación.

6.- Partiendo del hecho admitido de que la negativa de las autoridades judiciales francesas a reconocer la relación de filiación constituye una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los demandantes, el Tribunal de Estrasburgo constata que tal injerencia está « *prevista por la ley* » en el sentido del artículo 8 del Convenio. El Tribunal admite también que la injerencia litigiosa afecta a dos de los fines legítimos enunciados por el artículo 8: la « *protección de la salud* » y la « *protección de los derechos y libertades de los demás* », al encuadrarse en el propósito de proteger a los niños y a las madres de sustitución, desde la concepción del ordenamiento jurídico francés. Considera que el rechazo de Francia a reconocer el vínculo de filiación entre los niños nacidos de una gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han recurrido a este método procede de la voluntad de desanimar a sus nacionales a recurrir fuera de Francia a un método de procreación que prohíbe en su territorio con el objetivo, según su percepción del problema, de preservar a los niños y a la madre gestante.

El Tribunal examina a continuación si esta injerencia, prevista en la ley y que responde a fines legítimos, es « *necesaria en una sociedad democrática* ». En este sentido subraya que, consideradas las delicadas cuestiones éticas que suscita este tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la gestación por sustitución. Sin embargo, este margen de apreciación debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello afecta a un aspecto esencial de la identidad de los individuos. Por otra parte, incumbe al Tribunal decidir si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, habida cuenta en particular del principio esencial según el cual, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe primar el interés superior de éste.

7.- Por lo que se refiere a la injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal observa que esta se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento en el Derecho francés



de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero. Pero constata que los obstáculos con los cuales se han encontrado los demandantes no son insuperables y que los demandantes no se han visto impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar. Se ha acreditado que padres e hijas se han podido establecer juntos en Francia poco después del nacimiento, que viven juntos en una situación globalmente comparable a aquella en las que viven otras familias y que no se ha estimado que exista el riesgo de que las autoridades decidan separarles con motivo de su situación respecto del Derecho francés. Además, como consecuencia de un examen del caso concreto, los jueces franceses han estimado que las dificultades prácticas con las que se han encontrado los recurrentes no han excedido los límites que impone el respeto a la vida familiar. En consecuencia, según el Tribunal de Estrasburgo, se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado por lo que se refiere a su derecho al respeto a la vida familiar.

**8.-** Sin embargo, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal de Estrasburgo aprecia en sus sentencias que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega esta consideración en su ordenamiento jurídico, porque la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación por constar que los solicitantes crían y educan al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa.

Por añadidura, a pesar de que sus padres biológicos sean franceses, las niñas se ven abocadas a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente a la definición de su propia identidad. El Tribunal aprecia, además, que estas niñas no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarias de los mismos, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial del que se encuentran privadas.

De esta manera, añade el Tribunal, los efectos del no reconocimiento en el Derecho francés de la relación de filiación entre los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han acudido a este método no se limitan a la situación de estos últimos:

afectan también a la de los propios niños, cuyo derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación, se encuentra significativamente afectada. Con ello se plantea una grave cuestión de compatibilidad entre esta situación y el interés superior de los niños, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte. Según el Tribunal de Estrasburgo, este análisis adquiere un relieve especial cuando, como en los casos enjuiciados, uno de los miembros de la pareja es a la vez el que engendró al niño (en ambos casos, el marido era el padre biológico). En consideración a la importancia de la filiación biológica como elemento de la identidad de todo individuo, no cabe pretender que sea conforme con el interés superior del niño el privarle de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de dicho vínculo ha sido establecida y el niño y el padre afectados reivindicar su pleno reconocimiento. Sin embargo, en los casos enjuiciados, no solo no ha sido admitida por los tribunales franceses la relación entre las niñas y sus respectivos padres biológicos con motivo de las solicitudes de transcripción de sus respectivas actas de nacimiento, sino que incluso su reconocimiento por vía de una demanda de paternidad, de adopción o por efecto de la posesión de estado, chocaría con la jurisprudencia prohibitiva establecida al respecto por el Tribunal de Casación francés.

Obstaculizando de esta manera tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés ha ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que el Tribunal de Estrasburgo concluyó en ambos casos que se había ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Tratado.

#### **9.- Criterios rectores de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo**

Los promotores del incidente, cuando han sido oídos sobre la trascendencia de las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo, alegan que este Tribunal, en sus sentencias, « *critica específicamente las soluciones que otorgan los tribunales franceses a los litigantes:*

*reconocimiento de paternidad, adopción, o notoriedad de estado. Es decir, las mismas soluciones que se sugiere a los litigantes españoles. La crítica versa sobre la grave restricción sobre la identidad y el derecho fundamental a la vida privada de los menores* ».





Los recurrentes se equivocan en su lectura de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, puesto que lo que lleva al mismo a considerar vulnerado el art. 8 del Convenio, en su aspecto de derecho a la vida privada de los menores, es que el ordenamiento francés, considerando que existe un vicio de origen, no permita el reconocimiento de la filiación entre los matrimonios comitentes y las niñas gestadas por subrogación por ningún medio (transcripción de actas de nacimiento, filiación biológica paterna, adopción, posesión de estado), y especialmente, que no admita el reconocimiento de la filiación paterna biológica, lo que merece al Tribunal un especial reproche pues « *en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation* » (« *obstaculizando así tanto el reconocimiento como el establecimiento en Derecho interno de su relación de filiación respecto de su padre biológico, el Estado demandado ha ido más allá de lo que le permitía su margen de apreciación* »).

El análisis de las referidas sentencias muestra que su criterio rector consiste en que la negativa de las autoridades francesas a la inscripción de la filiación de los niños respecto de los demandantes (no solo por la denegación de transcripción de las actas de nacimiento norteamericanas, sino también por negar que en Francia pueda establecerse por cualquier otro modo la filiación biológica, por adopción o por posesión de estado, por estar viciada en origen la relación a causa del contrato de gestación por sustitución) es una injerencia prevista en la ley, que persigue objetivos legítimos, como la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los demás (tanto del niño como de la madre gestante, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico francés), pero que no cumple el requisito de ser « *necesario en una sociedad democrática* » pues perjudica de tal forma al menor, al impedirle fijar su identidad en Francia, que supone una falta de equilibrio entre los legítimos objetivos perseguidos por el Estado al prohibir la gestación por sustitución, de un lado, y el interés superior del menor, de otro, ya que trae consigo una incertidumbre que afecta tanto a su identidad, de la que la filiación es un aspecto fundamental, como a la posibilidad de adquirir la nacionalidad francesa y de heredar como hijo, por lo que el Estado francés habría ido más allá del margen de apreciación de lo que es necesario para una sociedad democrática que le concede el art. 8 del Convenio.

El Tribunal de Estrasburgo considera como especialmente grave la imposibilidad de reconocer o establecer la relación de filiación respecto del progenitor biológico; es más, según la jurisprudencia del Tribunal de Casación francés, el fraude permitiría la destrucción del vínculo de filiación que el padre intencional hubiera establecido en relación con el menor incluso aunque se probara que se trataba efectivamente del padre biológico.

#### **10.- Similitudes y diferencias entre los casos franceses y el caso español**

Las similitudes entre la sentencia del Tribunal de Casación francés y la sentencia de esta Sala cuya nulidad se solicita se circunscriben a que ambas deniegan la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución.

Pero a partir de ahí, las diferencias son importantes.

(i) Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (« *fraus omnia corrumpit* », el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo en sus sentencias de los casos Labassee y Mennesson), por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar "de facto"

(lo que es muy posible pero no ha sido el objeto del recurso, pues los demandados han fundado su oposición a la demanda del Ministerio Fiscal en la procedencia de transcribir las actas de nacimiento de California tal como allí fueron extendidas), nuestra sentencia acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción (que, si uno de los solicitantes de la nulidad de actuaciones fuera padre biológico, no requeriría siquiera propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino solo el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor, art. 176 del Código Civil ) o, de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento.

(ii) En Francia, las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia de esta Sala acordó que solo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar "de facto" (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quede determinada



la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos (iii) El Tribunal de Casación francés afirma que ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Nuestra sentencia, por el contrario, afirma que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español( art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida ), y evitando en todo caso su desprotección, para lo que se instó al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto".

(iv) En los asuntos franceses, los comitentes habían solicitado que se determinara la filiación de las niñas no solo con base en las actas de nacimiento expedidas en Norteamérica (determinadas por la existencia de sendos contratos de gestación por sustitución que, una vez homologados judicialmente sus efectos, dieron lugar a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil con determinación de la filiación respecto de los padres comitentes): en ambos casos se pidió, de modo alternativo o subsidiario, que se determinara la filiación paterna biológica respecto del marido, pues constaba que tanto el Sr. Labassee como el Sr. Mennesson eran los padres biológicos de las respectivas niñas. Y en el caso del matrimonio Labassee, se solicitó también que se realizara la inscripción de la filiación con base en un acta de notoriedad de posesión de estado civil puesto que constaba que el matrimonio Labassee había criado y educado a la niña desde su nacimiento. El Tribunal de Estrasburgo hace constar que en ambos casos está constatado que los matrimonios demandantes y las niñas fruto de la gestación por sustitución por ellos contratada formaban sendos núcleos familiares "de facto".

El litigio que dio lugar al recurso resuelto por nuestra sentencia es distinto. Consistió en una impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la inscripción en el Registro Civil con base en las actas de nacimiento de California. En este litigio, los demandados han sostenido la regularidad del reconocimiento en el Registro Civil español de la inscripción extranjera, alegando que el hecho de que los niños hayan sido fruto de un contrato de gestación por sustitución no impide que se reconozca en España la relación de filiación reconocida a los comitentes en el ordenamiento de California. No se han introducido adecuadamente en el debate, mediante la correspondiente alegación y prueba, las circunstancias concretas de los menores y de sus relaciones familiares: si alguno de los recurrentes es el padre biológico, si los niños están integrados actualmente en un núcleo familiar con los recurrentes, etc.

En estas circunstancias, impugnada por el Ministerio Fiscal la inscripción registral, defendida su legalidad por los hoy promotores del incidente, planteada la conformidad del contenido de la inscripción registral extranjera con el orden público internacional español, la cuestión relevante consistía en la aptitud de la relación resultante de una gestación por subrogación contratada en el extranjero, una vez que ha sido homologada judicialmente y ha dado lugar a la correspondiente inscripción registral en el Estado donde tuvo lugar la gestación y el nacimiento, para determinar en España la relación de filiación entre los niños así nacidos y los comitentes, esto es, las personas que contrataron la gestación por subrogación con la futura madre gestante y fueron reconocidos como padres, con base en tal relación jurídica, por el ordenamiento extranjero.

Este tribunal decidió que, en tales circunstancias, dicha relación jurídica no podía ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico al resultar contraria a las normas

actualmente vigentes que integran el orden público internacional español, como son las que regulan la filiación y las normas esenciales sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ahora bien, para proteger el interés del menor, y dado que era probable que alguno de los recurrentes fuera padre biológico de los niños, y que estos estuvieran integrados en un núcleo familiar "de facto" con los recurrentes, se instó al Ministerio Fiscal a proteger a los menores y a procurar su integración en ese núcleo familiar, en el caso de que efectivamente existiera, puesto que los menores no pueden cargar con las consecuencias negativas derivadas de que los recurrentes hayan acudido al contrato de gestación por subrogación, considerado radicalmente nulo por el ordenamiento jurídico español, que también dispone que la filiación materna es la que resulta del parto y deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. La sentencia de esta Sala no anula la inscripción de la filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución respecto de los comitentes para obligarles a dar un rodeo, "cumplir unas formalidades" y llegar al mismo sitio. La cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor, según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes porque el legislador ha entendido que es lo más adecuado para proteger el interés del menor, es la filiación biológica (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su identidad, y así es destacado por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo), y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la



existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo los derivados de la adopción, en la que el interés del menor se controla y protege por el juez que la constituye ( art. 176 del Código Civil ). Y esta cuestión no ha sido la planteada en el proceso.

**11.- Razones por las que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo consideran que se ha vulnerado el derecho a la vida privada de los niños por las autoridades judiciales francesas**

Las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, reconociendo que la filiación es un aspecto esencial de la identidad del individuo, no establecen que, a priori y en todo caso, cualquier decisión que afecte a la filiación de los menores suponga una violación de su derecho a la vida privada. Afirmar las sentencias (párrafo 63 de la sentencia del caso Labassee y 84 de la del caso Mennesson) que el juez nacional, al aplicar la excepción del orden público internacional, debe procurar un equilibrio justo entre el interés de la comunidad en lograr que sus miembros cumplan con la elección efectuada democráticamente en su seno y el interés de los demandantes, incluido el interés superior del niño, para disfrutar plenamente de sus derechos al respeto de su vida privada y familiar. A tal efecto, el Tribunal de Estrasburgo realiza en estas sentencias un examen de la injerencia que dicha afectación supone a la luz de su jurisprudencia sobre el art. 8 del Convenio, y, en los casos enjuiciados, concluye que la injerencia cumple los requisitos de estar prevista en la ley y responder a una finalidad legítima, pero no supera la exigencia de ser necesaria en una sociedad democrática, debido a las consecuencias extremadamente rigurosas que en el ordenamiento jurídico francés se derivan del hecho de que los niños hayan sido gestados por una madre subrogada contratada por los comitentes, pues niega toda posibilidad de establecer lazos paterno filiales entre los comitentes y los niños, por lo que existe un desequilibrio injustificado entre los fines legítimos buscados por el Estado y el respeto a la identidad de los menores.

No deben descontextualizarse expresiones aisladas de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Los párrafos 75 y 78 de la sentencia del caso Labassee y 96 y 99 de la del caso Mennesson no afirman que cualquier afectación a la filiación del menor suponga una vulneración de su derecho a la vida privada, sino que tal afectación existe « *en estas condiciones del Derecho positivo [francés]* », que consisten, como se ha visto, en la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no solamente por la imposibilidad de transcribir el acta de nacimiento norteamericana, sino también por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna (lo que el Tribunal de Estrasburgo considera injustificable), la filiación derivada de la posesión de estado, o la filiación por adopción por parte de los comitentes, con lo cual las menores tampoco podrán adquirir la nacionalidad francesa, ni heredar en calidad de hijas, lo que supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio.

**12.- La sentencia dictada por esta Sala respeta el derecho a la vida privada de los menores y a la determinación de su identidad conforme al art. 8 del Convenio**

Nuestra sentencia permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar "de facto" entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no solo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores.

El Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias Labassee y Mennesson, no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor.

Las molestias e inconvenientes que para los recurrentes (y en menor medida para los niños, que por su corta edad no serán conscientes siquiera de la situación) puede suponer la situación provisional que se produzca por la sustitución de la filiación resultante de la transcripción de las actas de nacimiento de California por la filiación que resulte de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico español, no alcanzan una entidad suficiente como para considerar que se produce el desequilibrio vulnerador del derecho a la vida privada de los niños, en su aspecto de fijación de una identidad determinada. Se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve (determinación de la filiación paterna respecto



del progenitor biológico y adopción por el cónyuge), y el Estado de Derecho provee de suficientes medios para evitar perjuicios a los menores durante esta interinidad, siguiendo el criterio de protección del núcleo familiar "de facto" afirmado en la sentencia.

Es más, los promotores del incidente deben ser conscientes de que la filiación de los menores podía haber sido ya fijada definitivamente, o estar muy avanzado el proceso para fijarla, si se hubiera dado cumplimiento a lo acordado en nuestra sentencia. De acuerdo con lo expuesto por el Ministerio Fiscal en el último escrito presentado en el incidente, los promotores del incidente no solo no han ejercitado las acciones de reclamación de la filiación biológica paterna, sino que ni siquiera están prestando su colaboración al Ministerio Fiscal para que la filiación sea fijada del modo previsto en nuestro Derecho y acordada en la sentencia.

### **13.- Falta de alegación de perjuicios concretos causados a la identidad de los menores**

Los promotores del incidente invocan en abstracto el derecho a la vida privada de los menores, pero no alegan qué obstáculo hay para que la identidad de dichos menores sea establecida en cumplimiento de las medidas que la sentencia de esta Sala estableció para su protección, fijando su filiación, como aspecto fundamental de su identidad, mediante la determinación de la filiación biológica respecto del progenitor que efectivamente lo sea, y la adopción respecto del que no lo sea, que son los criterios determinantes de la relación paterno-filial previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

Pese a la reiterada invocación genérica del interés del menor, los promotores del incidente no exponen adecuadamente en qué perjudica a estos concretos menores que la determinación de su filiación se haga, en un plazo razonable, conforme a la normativa española, atendiendo a los criterios que la sociedad española, mediante la decisión adoptada por su parlamento, considera en este momento adecuados para que una relación de filiación quede determinada y merezca protección jurídica. No reiteran siquiera las alegaciones infundadas que hacían en su recurso en el sentido de que los niños serían ingresados en un orfanato o expulsados a los Estados Unidos, carentes de cualquier verosimilitud y que en todo caso quedan descartadas por la decisión de esta Sala de instar al Ministerio Fiscal para que proteja el núcleo familiar que pudiera existir "de facto" y se determine la filiación biológica paterna.

No existe una situación de incertidumbre equiparable a la de los menores de los casos resueltos por el Tribunal de Estrasburgo, que se veían imposibilitados de por vida para ver reconocida su filiación por el ordenamiento jurídico nacional, con las consecuencias que ello traía respecto de la adquisición de la nacionalidad francesa y sus derechos sucesorios. En nuestro caso, los inconvenientes que puedan surgir en el proceso de fijación de la filiación biológica paterna y de adopción son transitorios, superables, y no alcanzan un nivel de gravedad tal que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, fijados en su legislación sobre filiación y reproducción humana asistida, y el interés de los menores. Además, como se ha dicho, en ese periodo transitorio regirá el criterio de protección de la unidad familiar "de facto" que al parecer existe, para el caso de que surjan problemas en relación a la situación de los menores.

La defensa en abstracto de una determinada forma de fijación de la filiación (en este caso concreto, la que resulta de la existencia de un contrato de gestación por subrogación celebrado en California y homologado por las autoridades judiciales de dicho Estado, conforme a su legislación, una vez que la madre ha renunciado antes del parto a reclamar su condición de tal) es legítima. No es ajeno este tribunal a la existencia de un debate social e incluso al anuncio de reformas legislativas al respecto. Pero no parece razonable que la defensa de esos cambios en las relaciones familiares se haga imputando la vulneración de los derechos de los menores, en el caso concreto, al tribunal que, como es nuestro caso, protege tales derechos del modo previsto en el ordenamiento jurídico vigente en cada momento, y que no se ha revelado incompatible con las exigencias derivadas de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos ratificados por España ni con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No debe confundirse la defensa de los derechos e intereses legítimos de los adultos (como son los ligados al contrato de una gestación subrogada que celebraron en California, al que pretenden se dé plena eficacia en España pese a las previsiones de la legislación nacional) con los derechos de los menores que han nacido de esa gestación subrogada, porque no son necesariamente coincidentes.

**SÉPTIMO.-** El carácter claramente controvertido de las cuestiones objeto del incidente, como se demuestra por el anuncio de uno o varios votos particulares suscritos por varios Magistrados de la Sala, justifica que, excepcionalmente, no se haga expresa imposición de las costas del incidente.

## **PARTE DISPOSITIVA**

En virtud de lo expuesto,

**LA SALA ACUERDA :**

1.- No ha lugar a declarar la nulidad de la sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 , dictada por el Pleno de esta Sala, solicitada por la representación de D. -----

-----.

2.- No hacer expresa imposición de las costas del incidente.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

**VOTO PARTICULAR**

**FECHA:2/02/2015**

Voto particular contra el auto de fecha dos de febrero de 2015 dictado en el incidente de nulidad de actuaciones formulado contra la sentencia de 6 de febrero de 2014 .

I.-Con el mayor respeto para el criterio mayoritario plasmado en el auto, los magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel; José Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol, discrepamos del mismo, exclusivamente en lo que se refiere a la trascendencia que, en el caso objeto de este incidente, han tenido las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los casos Labassee contra Francia y Mennesson contra Francia -Sentencias 26 de junio de 2014,- y en el caso Paradiso y Campanell contra Italia - Sentencia 27 de enero de 2015 -.

II.- Coincidimos con el voto mayoritario en que el incidente de nulidad de actuaciones se muestra como el medio más idóneo para valorar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No estamos de acuerdo en lo demás.

No se va a reiterar el contenido de las sentencias, correctamente extractado en el auto. Se va a cuestionar únicamente el pronunciamiento que aleja dichas sentencias de la nuestra y que autoriza, a nuestro juicio, a decretar la nulidad que se niega en el auto atendiendo a los principios que resultan de todas ellas estando como están en cuestión intereses similares que exigen la protección de derechos fundamentales y que hubieran exigido una aplicación más coherente de estos principios con una realidad innegable, como es la de los vientres de alquiler, y de unos niños que están creciendo en un entorno familiar, social y económico, con independencia de la nulidad del contrato que propició su nacimiento. En definitiva, con el interés de los menores, niños de carne y hueso, que no están en condiciones de recibir la protección especial que merecen sus derechos, sus necesidades y sus problemas desde su estancia en España.

III.- Las sentencias tienen más puntos en común que la simple transcripción en el Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución.

Es cierto que, a diferencia del sistema jurídico francés, que cierra todas las puertas a una situación como la enjuiciada, hasta el punto de que el convenio de gestación impide el vínculo de filiación de forma absoluta (el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo), el ordenamiento jurídico español ofrece varias salidas: de un lado - artículo 10.3 Ley 14/2006 - permite al progenitor intencional que, además es biológico porque ha prestado material genético, reclamar la filiación por los mecanismos ordinarios del Código Civil; de otro, permite adoptar al cónyuge del progenitor intencional biológico ( artículos 176.2 y 177.2 CC ).

Ahora bien, estas diferencias no justifican un tratamiento distinto entre las sentencias dictadas por el TEDH y la dictada por esta Sala.

En primer lugar, la sentencia de esta Sala ofrece soluciones que parten de una misma prohibición, como es la gestación por sustitución, viciada de nulidad, con lo que la excepción de orden público seguiría existiendo en la forma que se dijo en ella. Lo que es necesario - sentencia TEDH de 27 de enero de 2015 - es que un niño no se vea perjudicado por el hecho de que ha sido traído al mundo por una madre subrogada, comenzando por la ciudadanía o la identidad que revisten una importancia primordial.

En segundo lugar, estas soluciones que, por las razones que sean, no han podido materializarse hasta la fecha, mantienen una "incertidumbre inquietante" en cuanto a la situación de los menores; incertidumbre que



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

En tercer lugar, se constata la regularidad del proceso de gestación y el reconocimiento de la filiación resultante de la legislación americana.

III.-No ignoramos las diferencias que existen entre las sentencias citadas y la que ha dictado esta Sala. Ahora bien, aun diferentes, las tres tienden a dar solución a un mismo problema inicial, como es el que resulta para los hijos habidos de una gestación por sustitución, y de la prohibición de inscribir su nacimiento. Por ello, mas allá de simples diferencias, consideramos que la solución alcanzada por la mayoría no ha realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que tome en consideración primordial no solo el interés superior de los menores, que fundamenta en lo sustancial las resoluciones del TEDH, sino la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se de respuesta a su solicitud de inscripción, y, en definitiva, el modelo de protección que resulta de todas ellas desde la óptica actual de los derechos humanos y de una legislación desbordada por una realidad que deja sin contenido las estructuras lógicas y formales del derecho, con el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente y sin inconveniente alguno para nuestro ordenamiento jurídico que, de una forma o de otra, lo está admitiendo a través de vías verdaderamente singulares como son las circulares o las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han terminado por convertir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal.

Consiguientemente debe darse lugar a la nulidad de actuaciones en la forma interesada, con los efectos correspondientes.