

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014)

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA

Esta sentencia supuso la confirmación de la anulación de la [Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009](#), que acordó la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de dos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución en California, a favor de los padres intencionales, un matrimonio de varones españoles; filiación determinada por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado. Tanto el [Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia](#) como la [Audiencia Provincial de Valencia](#) habían apoyado el requerimiento del Ministerio Fiscal instando la anulación de la mencionada resolución por considerar que su contenido era contrario al orden público internacional español, al infringir directamente el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida que considera 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», estableciendo en su apartado segundo que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto».

El TS en una sentencia muy discutida, con cambio de ponente incluido, que cuenta con un voto particular firmado por cuatro miembros, frente a los cinco que han respaldado la sentencia, comparte en buena medida las argumentaciones que ya habían formulado las anteriores instancias judiciales.

Fundamentalmente, las ideas fuerza en las que se sustenta son tres:

1) No es posible que la certificación registral californiana acceda al Registro Civil español, puesto que ello vulnera el orden público internacional español.

Considera el TS que no basta para que una certificación extranjera pueda acceder al Registro Civil español con que la certificación sea regular y auténtica, sino que además, conforme al artículo 23 LRC, no debe haber duda sobre la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española. Legalidad que el TS rehúye en identificar con un precepto concreto, cuando hubiera podido hacerlo (art. 10 Ley de reproducción humana asistida), sino que opta por dotar de contenido al concepto más etéreo (y por ello también más discutido) del orden público internacional, que en este caso considera que no puede ser atenuado por la vinculación estrecha del caso con España, aludiendo a la dignidad de la mujer gestante y del niño como eslabones fundamentales del mismo, denostando la mercantilización de la gestación y la filiación,

insinuando incluso la creación de una especie de «ciudadanía censitaria» conformada por quienes tienen medios suficientes para poder acceder a este tipo de gestación/filiación.

2) No existe en este caso un problema de discriminación por razón de sexo u orientación sexual. Aunque este fue uno de los argumentos fundamentales de los recurrentes, todas las instancias han descartado que esté en discusión este hecho. Lo que está prohibido es el contrato de gestación por sustitución, con independencia de quiénes hayan sido los comitentes y la relación que los una.

3) El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que sólo puede concretarse dentro del contexto legal en que se enmarca. Y en consecuencia no puede beneficiar al menor el que la acreditación de su filiación se haya realizado contraviniendo la legalidad vigente en España.

Finalmente, el TS insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes para determinar correctamente la filiación de los menores, atendiendo a la efectiva integración de los mismos en el núcleo familiar «de facto». Esto supone apelar a que quede acreditada la filiación natural respecto de aquel que haya aportado el material genético y la adopción por parte del otro miembro de la pareja.

El voto particular de esta sentencia argumenta fundamentalmente en torno al interés superior del menor, entendiendo que, sobre su base, debe reconocerse la filiación ya acreditada en el extranjero, pues de lo contrario se situaría a los menores en una especie de limbo jurídico que para nada los beneficiaría.

La sentencia supuso la paralización de las inscripciones que desde la [Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución](#), se venían realizando por los Cónsules españoles, siempre que se hubieran observado los requisitos en ella señalados. A saber, únicamente accederían al Registro Civil español las resoluciones judiciales firmes e irrevocables que hubieran establecido la transferencia de parentabilidad; deberían constatar que los derechos procesales de las partes, y en particular los de la madre gestante, se hubieran garantizado y, por último, habrían de asegurarse que no se hubiera producido vulneración alguna del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante, en especial, debían verificar que el consentimiento de esta última se había obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tenía capacidad natural suficiente.

Tras esta paralización, y sin un escenario normativo claro, el 13 de junio de 2014 se aprobó en Consejo de Ministros una propuesta de reforma de la Ley del Registro Civil (cuya entrada en vigor, recordemos, se ha pospuesto para julio de 2015 por la Disposición adicional decimonovena del [Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia](#))

en términos muy restrictivos para el reconocimiento en España de la filiación habida a través de gestación por sustitución en el extranjero.

No obstante, el rumbo hubo de modificarse de forma brusca a raíz de las dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Menesson c. France* ([Demanda n.º 65192/11](#)) y *Labasee c. France* ([Demanda n.º 65941/11](#)), dictadas ambas el 26 de junio de 2014, que comentaremos a continuación (véase la Tribuna en esta Revista de la Pfra. Dra. Eleonora Lamm), en las que el TEDH condenó a Francia por no reconocer la filiación de tres niños, hijos de parejas francesas, que habían recurrido a la gestación por sustitución en Estados Unidos, por entender que con su actitud había vulnerado el interés superior de los menores. Tras ello, el Ministerio de Justicia se comprometió a volver a aplicar la Instrucción de 2010 e incorporar su contenido al texto de la reforma de la Ley del Registro Civil que en estos momentos se discute.

Antonia DURÁN AYAGO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca
aduran@usal.es