



Roj: **SAP M 14547/2020 - ECLI:ES:APM:2020:14547**

Id Cendoj: **28079370222020100961**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **01/12/2020**

Nº de Recurso: **1274/2019**

Nº de Resolución: **947/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARMEN NEIRA VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 14547/2020,**
AAAP M 6998/2020

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2018/0016580

Recurso de Apelación 1274/2019

Autos Nº : 174/18

Procedencia: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 77 DE LOS DE MADRID

Apelante- demandante: DON Claudio

Procuradora: Doña Paloma Alejandra Briones Torralba

Apelada-Adherida-demandada: DOÑA Rosaura

Procurador: Don Jaime Briones Sanz

Ponente: ILMA. SRA. DOÑA CARMEN NEIRA VÁZQUEZ

SENTENCIA Nº

Magistrados:

Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández

Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez

Ilma. Sra. Doña Mª del Pilar González Vicente

En Madrid, a uno de diciembre de dos mil veinte.

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de filiación seguidos, bajo el nº 174/18 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 77 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante-demandante don Claudio , representado por la Procuradora doña Paloma Alejandra Briones Torralba.



De la otra, como apelada-adherida-demandada doña Rosaura , representada por el Procurador don Jaime Briones Sanz.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada doña Carmen Neira Vázquez.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de febrero de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia nº 77 de los de Madrid se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " FALLO : DESESTIMO la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de don Claudio , frente a doña Rosaura , representada por el Procurador de los Tribunales don Jaime Briones Sanz, autos en los que ha sido parte el MINISTERIO FISCAL, en ejercicio de ACCIÓN DE DETERMINACIÓN LEGAL DE FILIACIÓN MATERNA DE DOÑA Rosaura POR POSESIÓN DE ESTADO RESPECTO DEL MENOR Imanol .

Doña Rosaura podrá instar ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor Imanol y, declarada la filiación por adopción, inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que fueron impuestos al menos al nacer, tal como interesa como petición subsiguiente.

Todo ello sin imposición de las costas procesales causadas a ninguna de las partes habida cuenta de las especiales circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes.

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Claudio , exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la representación de doña Rosaura escrito de adhesión al recurso y el Ministerio Fiscal escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se dicte sentencia por la que se estime la demanda y se declare que doña Rosaura es la madre del menor Imanol nacido el NUM000 de 2015 en México ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente respetando los apellidos que al menor le impusieron al nacer y constan en la documentación registral extranjera , condenándola a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre y alega entre otras razones que la demandada, por imposibilidad personal para ello, se sometió a un procedimiento de gestación subrogada, en el que no aportó material genético y del que nació en México su hijo Imanol . Añade que para el entorno familiar amplio, el círculo de amistades, vecinos y conocidos, la comunidad escolar y los servicios sanitarios el menor Imanol es conocido de modo público y notorio como hijo de la demandada, reuniendo-dice- los requisitos de nomen, tractatus y reputatio que componen el concepto jurídico de posesión de estado. Refiere respecto del menor de tres años de edad la imposibilidad de obtener documentación por la falta de inscripción del mismo en el Registro Civil, o tarjeta de residencia que resulta de su condición de hijo de español. Destaca que el menor se encuentra en un limbo legal que lo sitúa en no ser extranjero pero tampoco plenamente español en ciudadano de segunda clase. Recuerda el interés superior del menor y la posesión de estado civil y se concluye que el ordenamiento ha de proteger el núcleo familiar de facto mencionando expresamente el reconocimiento o establecimiento de la paternidad biológica lo que supone, razona, una interpretación amplia de los apartados de referencia que son plenamente respetuosos con la letra de la ley.

Señala la posesión de estado como título de atribución de la maternidad y menciona la posibilidad de reconocer la condición de madre también a la pareja de hecho de la madre en interés del menor, en atención a la protección de la familia "de facto" y a la voluntad expresada por la demandada a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Respecto de las sentencias del TS considera que la aplicación de la doctrina de la posesión de estado no ha de entenderse solo aplicable a aquellos casos en los que existe o se presume una



relación biológica estimando que esta relación biológica es innecesaria, al señalar que la función jurídica de dicha institución no es ya revelar una relación biológica de paternidad o maternidad, sino que sus funciones son ya otras. Concluye que la posesión de estado aplicable al hecho de la maternidad, que el elemento volitivo en dichos supuestos es relevante, que los apellidos y la integración del menor en un núcleo familiar "de facto" son de extrema importancia reveladora de una relación materno-filial existen en el presente caso. Y se insiste en que la posesión de estado no es ya un medio de revelar una relación biológica que permanece oculta sino que es ahora uno de los medios de atribuir la maternidad o paternidad sin necesidad de que exista esa ligazón biológica entre el menor y su progenitor declarado en sentencia. Agrega que esta declaración es plenamente consistente con el carácter no sólo de atribución de la legitimación para actuar que se deriva del art. 131 del CC., sino que la posesión de estado adquiere en el art. 767 de la LEC., el de la prueba de la filiación, reiterando la importancia del elemento volitivo en el consentimiento prestado en los casos de las técnicas de reproducción humana asistida según la sentencia señalada del TS..

Se pone de manifiesto que el menor lleva los apellidos de la demandada, vive con ella y el demandante, se haya plenamente integrado en la familia, como tal hijo y nieto es públicamente conocido y existe indudablemente el elemento volitivo propio de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la madre demandada. Explica que al menor Imanol ha de otorgársele protección de tal modo que se integre en el núcleo familiar que forma con su madre, y el demandante y su esposa y refiere que la guarda de un menor puede ser delegada en una persona si éste se halla en situación de desamparo aclarando que Imanol - quien vive con su madre y abuelos- se halla perfectamente atendido, pronto a ser escolarizado, integrado en su familia, de forma que no concurren ni es previsible que concurren las circunstancias que puedan justificar la existencia de un desamparo que permitan la intervención de servicios e instituciones creadas para casos absolutamente diferentes y relata la desprotección de menores - al igual que Imanol - no material o emocional sino legal o jurídica, consistente en la necesidad de dar solución estable y cierta a su estatus de hijo y de nacional español. Menciona finalmente, el principio, del interés superior del menor y expresamente el de la búsqueda de su beneficio "sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" y relata que Imanol siendo hijo, nieto, sobrino y primo no tiene y se le niegan legalmente condiciones, careciendo además de la nacionalidad, de los derechos que la filiación le otorga para exigir cuidados, alimentos, herencia, prestaciones por orfandad y otras muchas que la legislación anuda al parentesco legal.

Describe que carece de DNI por no ser español y de NIE por no ser extranjero habitando una zona gris que impide viajar al extranjero dejando al albur de cualquiera aceptar y reconocer los derechos que la madre y abuelos intentan ejercitar en su nombre.

Entiende que ello no es abstracto sino que es un menor individualizado con nombre y apellidos que crece en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible si ello es beneficioso considerando que sin maternidad el niño es un mero allegado con las consecuencias que de ello se derivan.

Concluye que la adopción es imposible por la edad, no cabe la intervención de los SS SS y en su caso se le aboca a un procedimiento sin la menor certeza, lleno de condiciones y trabas administrativas.

Por su parte Doña Rosaura se adhiere al recurso formulado y alega entre otras razones que se ha efectuado un reconocimiento expreso de su maternidad ante las autoridades mexicanas y con las debidas garantías y explica que la demandada emitió el reconocimiento de su hijo en declaración de voluntad y concluye que la declaración de voluntad se emitió con las debidas formalidades y debe ser reconocida como cierta y obrante en documento público.

Refiere que la ineficacia deviene de la existencia de una causa falsa o ilícita no es su inadecuación a la realidad puesto que el objeto del reconocimiento no es la confesión de una verdad biológica sino que es un acto unilateral que expresa la voluntad inequívoca de ser padre, siendo un acto que consiste en la proclamación y la asunción de una relación de paternidad.

Añade que el Estado se ha desentendido de la protección y explica que la edad del menor 3 años unida a su nacionalidad mexicana y por todo ello pide que se deje determinado y reconocido con eficacia en España que su filiación viene determinada por su ley personal, por su nacionalidad a falta de residencia habitual en el instante del nacimiento.

Por su parte el Ministerio Fiscal pide que se confirme la sentencia recurrida y alega entre otras razones que se pretende que se inscriba a Imanol como hizo el Registro Civil de Tabasco y recuerda que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto y significa que Rosaura es residente en España y se desplaza a Méjico para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega del niño y razona que pretender el reconocimiento de la filiación conforme a la legislación mejicana, conforme a lo inscrito en aquel país y no conforme a la legislación española es artificial fruto de la huida del ordenamiento jurídico español que declara radicalmente nulo el contrato de gestión por



sustitución . Explica que la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Y añade que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor concluyendo en argumentar sobre la infracción del artículo 10. 2 de la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

SEGUNDO.- Pretensión de la parte actora y ahora apelante.

Se ejercita en esta alzada, como ya se había hecho en la primera instancia, por el actor aquí apelante, don Claudio la acción de determinación legal de filiación materna de doña Rosaura - hija del demandante - por posesión de estado respecto del menor Imanol expresando , entonces, la remisión que efectúa el auto de 9 de febrero de 2017 dictado por el Encargado del Registro Civil Central, que había denegado la inscripción de nacimiento de Imanol , sin perjuicio de que la interesada pudiera solicitar la incoación de expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo previa obtención de la determinación de la filiación en el correspondiente procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, o por adopción del menor.

Se argumenta como fundamento de la acción, entre otros razonamientos jurídicos, la posesión de estado y el interés superior del menor.

TERCERO.- Hechos en los que se sustenta la demanda.

i) Doña Rosaura , soltera, formalizó en el Estado Mexicano de Tabasco - según la legislación del aquel país - contrato, acuerdo de voluntades para regular gestación sustituta con doña Antonia , siendo denominadas en lo sucesivo, - dice el documento- la primera como "futura madre "y la segunda como "gestante sustituta". Las declaraciones de las partes del acuerdo son bajo protesta legal de decir verdad. Se lleva a cabo a través de embriones creados por fertilización in vitro. Óvulos y esperma procedentes de donantes anónimos.

Ambas partes "declaran estar de acuerdo y que es su libre y espontánea voluntad participar en este contrato libres de coacción y sin ningún vicio del consentimiento y se obligan en los términos de las ss..."

El referido documento fue objeto de ratificación en el expediente número 00915/2015 , relativo al juicio procedimiento judicial no contencioso, seguido en el Juzgado Primero Familiar de Primera Instancia del Distrito Judicial del Centro del Estado de Tabasco de los Estados Unidos Mexicanos.

ii) Doña Rosaura presenta problemas médicos que la incapacitan para el embarazo, infertilidad que motivó que la gestación subrogada se efectuara con óvulos donados. La demandada se somete en solitario a esa técnica de reproducción de forma que el nacido del parto carece de material genético de doña Rosaura , de una posible pareja de la misma y de doña Antonia .

iii) Doña Rosaura , nacida el NUM001 de 1969, tenía 46 años de edad cuando nace el menor Imanol , el NUM000 de 2015.

iv) Doña Rosaura inscribió en el Registro Civil de la localidad de DIRECCION000 , del municipio Centro del Estado de Tabasco, Registro Civil de los Estados Unidos Mexicanos el nacimiento de Imanol figurando como madre doña Rosaura de nacionalidad española, sin mención de ningún otro progenitor, y como abuelos don Claudio y doña Guadalupe , ambos de nacionalidad española y la reseña de dos testigos de nacionalidad mexicana.

v) El Registro Civil Central deniega la inscripción de nacimiento de D. Imanol "sin perjuicio de que pueda la promotora solicitar la incoación de expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo previa obtención de la determinación de la filiación en el correspondiente procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, o por adopción del menor ".

vi) Imanol , tras su nacimiento, viajó a España con doña Rosaura residiendo, desde entonces bajo su cuidado en el domicilio familiar, en el que convive junto al demandante, padre de doña Rosaura , y viene ejerciendo de modo real y efectivo de madre de Imanol a quien atiende, en todo, de acuerdo a sus necesidades . Tiene la consideración de madre legal a todos los efectos para la legislación mexicana, país cuya nacionalidad ostenta Imanol al no haberle sido reconocida la española. El Sr. Claudio conviviente junto a la hija y el menor colabora en su cuidado y atenciones.

CUARTO.- Decisión en la Primera Instancia.

La pretensión de la parte demandante es rechazada en la primera instancia después de un análisis pormenorizado de la normativa aplicable y las sentencias del Tribunal Supremo y entre ellas la de 15 de enero de 2014 que se ha dictado "sobre la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado de una mujer homosexual, tras la ruptura de su relación de pareja con otra mujer, en relación con el niño nacido durante dicha relación mediante la técnica de reproducción asistida con



material genético de un donante anónimo, supuesto de hecho similar al examinado" destacando la relevancia de que (sobre tal cuestión) no se ha dictado más que una sentencia "por lo que no puede reputarse lo resuelto jurisprudencia, que además resolvió supuesto en que los elementos fácticos eran distintos," y lo que es altamente significativo "sino que esta sentencia, dictada por el Pleno, contó con un voto particular suscrito por tres magistrados que discrepaban tanto en la argumentación como en la decisión a la que llegó la mayoría , por lo que no aparece de forma nítida que vaya a consolidarse la solución a la que llegó la mayoría con una nueva sentencia en el mismo sentido".

Para desestimar la demanda - cuyas peticiones aquí se reproducen - el Juzgador de la primera instancia razona, finalmente, que en este caso no puede "una posesión de estado ser fundamento del reconocimiento de filiación; y no porque no se reconozca el hecho incontrovertido de la situación fáctica que, como punto de partida, resulta necesaria para, con el cumplimiento de otros requisitos, la determinación de la posesión de estado, situación fáctica que queda acreditada con la documentación aportada...", concluyendo a continuación que no es controvertido que Imanol es miembro de la familia formada por doña Rosaura y sus padres y a tal fin valora cuantas pruebas obran en los autos, pero termina por argumentar que "tal situación fáctica de reconocimiento del menor como integrante de la familia no es suficiente para el reconocimiento de la maternidad de doña Rosaura por posesión de estado "dado que, explica" ésta requiere que el menor sea tenido por hijo ". Y como motivo jurídico enlazado con el artículo 131 del CC. vuelve sobre el texto del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRH) - origen normativo de la controversia - al señalar que "para la legislación española vigente la madre de Imanol es doña Antonia y, consecuentemente es quien podría inscribir al menor como hijo en el Registro Civil español, pero doña Antonia no es reconocida como madre por el Registro Civil del estado mexicano de Tabasco , que reputa madre a doña Rosaura ", que es precisamente la génesis del conflicto.

Como consideraciones previas que basan la desestimación de la demanda, en conexión con la institución de la posesión de estado y respecto de la aplicación del interés del menor con reseña del voto particular que contiene la sentencia del TS 836/2013 de 15 de enero - que a continuación se citará- expresa " ..La mera invocación de un principio constitucional, en este caso, el interés del menor que debe presidir la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico que le afectan, no legitima su aplicación en cualquier sentido , sino en aquel en que de veras se evidencie que opera en beneficio de dicho menor, pues lo contrario sería un mero ejercicio de voluntarismo jurídico.....En verdad no se alcanza a comprender que por el solo hecho de que la demandante recurrente conviviera con el niño durante sus tres primeros años de vida se la declare madre, dando un paso de enorme trascendencia mucho más allá de la solución correcta del conflicto por la STS 12-5-2011."

QUINTO.- Normativa aplicable del ordenamiento español, Instrumentos internacionales, Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en supuestos próximos, que no semejantes, al enjuiciado con referencia a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) así como Dictamen Consultivo de este Tribunal de 10 de abril de 2019 (Grande Chambre).

1. Final del formulario Artículo 39 C. E. según el cual :

"1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos."

2. Artículo 131 del Código Civil :

"Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada."

3. Artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo , sobre técnicas de reproducción humana asistida:

"1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.



3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge."

4) Artículo 10 del mismo texto legal en cuanto a la Gestación por sustitución:

"1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."

5) Artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la U. E. que establece respeto de la vida privada y familiar que: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones."

6) Artículo 24 del mismo texto relativo a los Derechos del niño que dispone que "1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses."

7) Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 que regula el Derecho al respeto a la vida privada y familiar al establecer que "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."

8) Artículo 3 de la Convención de los derechos del niño adoptado por la asamblea general de las NN UU de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España que dice:

"1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

9) El artículo 7 del mismo texto dispone que:

"1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."

10) Y lo que es determinante - y por lo que ahora importa - el propio desarrollo legislativo de ese concepto y principio básico, en la materia que nos ocupa, cual es el del interés superior del menor regulado ya por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio **actualización, publicada el 23/07/2015, y en vigor a partir del 12/08/2015** (Texto original publicado el 17/01/1996, y en vigor a partir del 16/02/1996) que permite una aplicación directa de tales elementos y nociones legales, ya regulados, definidos y concretados en el texto.

10.1) Artículo 2 de la cita ley Orgánica. Respecto del Interés superior del menor establece:

"1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que



adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.



- b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.
- c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.
- d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.
- e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos."

11) STS de 9 de mayo de 2018 sobre el concepto y características de la posesión de estado que declara lo siguiente:

"...b) El concepto de posesión de estado es una *quaestio iuris* y también lo es por tanto la valoración y calificación jurídica de los concretos hechos probados en la instancia, es decir, la determinación de si los hechos acreditados son constitutivos o no del concepto de posesión de estado. La apreciación del concepto que establece la ley como presupuesto para la legitimación de cualquier interesado requiere la presencia de hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado (*nomen, tractatus, fama*), de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes, una apariencia de una relación de filiación manifestada por la posesión del estado de filiación. Es preciso, por tanto, que consten hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Hay que admitir que resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos. En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto de que el supuesto hijo usara los apellidos del progenitor, pero sí resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*. Es decir, actos del progenitor (a los que pueden sumarse los de su familia) que den credibilidad a la situación posesoria, actos de atención y asistencia al hijo, actos que comporten el cumplimiento de la función propia de un progenitor. E igualmente es necesario que concorra la *fama*, entendida como notoriedad y reflejo de la naturaleza del fenómeno posesorio. Con independencia de que pueda ser valorada flexiblemente si, en atención a las circunstancias concretas, incluidos los condicionantes sociales, se aprecia que no se ha querido hacer ostensible la relación de paternidad, es preciso que concorra una exteriorización constante de la relación de estado"

12) Sentencia del TS 836/2013 también sobre la posesión de estado, si bien en materia más próxima que la anterior al presente caso, aunque diferente al que aquí se enjuicia, que casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial y confirma los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de DIRECCION001, de 23 de abril de 2010, que había declarado que "doña María Milagros es, junto con la demandada, madre extramatrimonial por posesión de estado del menor Isidro, procediéndose a efectuar en el Registro Civil de DIRECCION001 la inscripción de dicha filiación no matrimonial en la inscripción de nacimiento del menor Isidro, con todos los efectos legales inherentes, haciendo constar como "progenitor A", "madre A" a doña Bernarda, y como "progenitor B", "madre B", a doña María Milagros, y como primer apellido del menor "Nemesio" y el segundo apellido del menor "Olegario..". Argumentó, entonces el Alto Tribunal, entre otras consideraciones que: "A su vez, desde la pauta o función de tutela que despliega el interés superior del menor, su incidencia en los derechos y bienes jurídicos concurrentes también se manifiesta en el necesario juicio de ponderación realizado a tal efecto, de forma que en el curso de **la acción de reclamación de filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica. Pues bien en el presente caso, y en orden a la viabilidad de la acción ejercitada, debe concluirse, a la luz de los informes técnicos realizados, que ambas facetas concurren de forma positiva en la relación de familiaridad del menor con la demandante**".

Y esta resolución respecto de la posesión de estado dice lo siguiente:

"En este sentido debe puntualizarse, ab initio (desde el inicio), que la perspectiva de análisis que debe proyectarse sobre la cuestión de fondo, apuntada anteriormente, no tiene por objeto la valoración de la **posesión de estado** de filiación, considerada en sí misma, ya como medio de determinación de la filiación, propiamente dicho, o bien como título de legitimación de la misma, se encuentre o no previamente determinada, sino que se centra, más bien, en las facetas o funciones que esta figura desempeña en el curso



de la determinación judicial de la filiación, particularmente dispuesto en orden a la acción de reclamación de filiación no matrimonial ejercitada; esto es, en la **posesión de estado** como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción, (artículo 131 del Código Civil) y en su papel o función de medio de prueba de la filiación reclamada (artículo 767.3 LEC).

Desde esta perspectiva, y a los efectos de la fundamentación que aquí interesa, también debe de precisarse el contexto valorativo objeto de interpretación. En este sentido, *la posible razón de compatibilidad que cabe plantearse entre la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida*, Ley 14/2006, de 26 mayo, habida cuenta de la remisión en materia de filiación a las leyes civiles, salvo las especificaciones propias de la ley, no se circunscribe a la posible aplicación del artículo 7.3 de la normativa, tal y como quedó configurado con la modificación introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, esto es, ya respecto de su aplicación retroactiva al caso que nos ocupa, o bien desde el alcance conceptual que brinda al consentimiento de la mujer casada como título de determinación legal de la filiación, en sí mismo considerado, sino que debe referenciarse, con mayor amplitud, en los *principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación*.

En este contexto interpretativo no cabe duda que dicha razón de compatibilidad viene informada, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (artículos 14 y 39.2 CE), de protección de la familia, de los hijos (integral) y de las madres con independencia de su **estado** civil (39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), así como por la debida ponderación, cada vez mas primordial, del interés superior del menor.

En relación con la **posesión de estado**, figura que ya resultó reforzada tras la Reforma de Derecho de Familia de 1981, el carácter informador señalado se proyecta tanto sobre su posible definición, como respecto de las funciones que jurídicamente desempeña. Cuestión que, al margen de otras posibles consideraciones, determina que la valoración de sus respectivos requisitos de aplicación no resulten delimitados ya en orden a un determinado tipo de filiación, caso de la matrimonial, o bien de la necesaria subsistencia de una previa relación biológica de generación. Extremos también apreciables, como más adelante se expone, respecto de la valoración jurisprudencial del "interés legítimo" que sustenta la legitimidad del ejercicio de la acción (artículo 131 del Código Civil).

Con mayor incidencia, *SSTC 116/1999, de 17 de junio, de 6 de noviembre de 2012 y STS de 12 de mayo de 2011*, resultan extrapolables estas consideraciones al contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, particularmente del carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico, como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos.

Por tanto, la conclusión que debe extraerse de este contexto valorativo, avanzando en la dirección ya señalada por la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 (núm. 740/2013), no es otra que *la plena razón de compatibilidad de ambas normativas en el curso de la acción de filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada*.

4. Esta consideración o razón de compatibilidad, como ya se ha apuntado, resulta también relevante a la hora de abordar el "interés legítimo" que debe presidir la amplia legitimación que se deriva de la **posesión de estado**.

En efecto, en el presente caso, probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada."

12.1. Esta sentencia cuenta con un voto particular.

13) Sentencia del TS de 5 de diciembre de 2013 sobre cuestiones de filiación en matrimonio de personas del mismo sexo con aplicación del instituto de la posesión de estado y examen de la Ley de reproducción asistida que recogió entre otros razonamientos: "...sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida ...hasta el punto dice la sentencia recurrida, que " dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escaso o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige. ...



Es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad.

En estos momentos existe un interés real, y no es otro que el de las niñas, y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones conseguidas entre todas y la discrepancia entre las litigantes..."

Y recuerda esta sentencia otras consideraciones que ya había hecho el Alto Tribunal en el año 2011 al concluir que: "El sistema familiar actual - STS 12 de mayo de 2011- es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales".

14) STS del Pleno de 6 de febrero de 2014 sobre gestación por sustitución, entre diversas materias, en la que se argumenta, también, como razonamientos que "...las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción, o del consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. ...Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural."

14.1) En aquel procedimiento origen de esta sentencia, como una evidencia más de las paradojas o contradicciones que se producen en la materia - y de las que se hará reseña en el fundamento posterior - dos Instituciones del Estado se encontraron enfrentadas: El Ministerio Fiscal instando dejar sin efecto la inscripción de la filiación ordenada por la DGRN de un menor nacido por gestación subrogada en Los Ángeles, que así impugnaba, y el Abogado del Estado representando a la DGRN, que defendía su pertinencia. En la sentencia el TS tutela la excepción del orden público instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes "para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar "de facto". Y se afirma que "no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor".

El Tribunal considera que determinar la filiación a favor de quien realiza el encargo mediante un contrato de gestación comporta un atentado contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil y concluye que para proteger su dignidad procede impedir la inscripción de la filiación a favor de los padres comitentes o de intención.

Finalmente apunta la vía del artículo 10 de la LTRHA cuando se trata de padre biológico, la adopción o el acogimiento familiar a fin de resolver el conflicto suscitado.

14.2) Esta Sentencia contiene también un voto particular en el que se expone: "...Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño"... "Sin duda la sentencia de la que se discrepa tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación. Obligación del legislador será establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas, no tanto de los menores, ajenos a esta suerte de relaciones mercantiles, como de las madres subrogadas, que renuncian a sus derechos como madres, especialmente de aquellas que provienen de grupos económicamente desfavorecidos, y de los que pretenden ser padres. Obligación de los Jueces y Tribunales es resolver y tutelar situaciones concretas, como la que es objeto del recurso. 5.- El interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. La sentencia trata de evitarlo instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes "para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar "de facto". Lo que se pretende es que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Se reitera la normativa que se cita y se recuerda que este interés del menor es superior y también de orden público y este principio no se defiende contra los niños sino a partir de una regulación que impida su conculcación. El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público y "el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado" por parte



de las autoridades públicas o instituciones privadas (STSJ de Madrid -Sala de lo Social-de 13 de marzo de 2013). Este interés se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, como la del caso italiano, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre 2003 -caso García Avello, y 14 de octubre de 2008- caso Grunkin-Paul). En esta línea, se cita la sentencia del TEDH, que también recoge la sentencia de la que trae causa este voto particular, dictada el 28 de junio de 2007 -caso Wagner- en interpretación del artículo 8 del Convenio. La Convención, dice, es "un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales", añadiendo la sentencia de 10 de abril de 2012 -caso K.A.B-: " No puede sustituirse a las autoridades nacionales en esta tarea ni, por lo tanto, pronunciarse sobre la decisión judicial relativa al interés superior del niño o sobre la adopción de éste, pero le corresponde indagar si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, se respetaron las garantías del artículo 8 del Convenio, teniendo en cuenta, en particular, el interés superior del niño (véase, mutatis mutandis, Neulinger y Shuruk c. Suiza [GC], n 41615/07, § 141, CEDDH 2010-...)". Cierto es que este interés superior no impide que se produzcan situaciones como la descrita en la sentencia en un supuesto de acciones de impugnación de filiación, ni impide que los padres puedan desaparecer de la vida de los menores, física o jurídicamente. Ocurre que el interés en abstracto no basta y que, como se ha dicho, en feliz expresión, "no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada".

14.3) Auto posterior a la anterior sentencia que se dicta por el Tribunal Supremo tras la nulidad de actuaciones promovida por causa de las SS del TEDH de los casos Labassee contra Francia y Mannesson contra Francia y dijo, entonces, la Sala Primera manteniendo su anterior pronunciamiento, entre otros razonamientos que: "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".

14.4) Y nuevamente el voto particular a este auto discrepando de la Mayoría dijo también: "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."

Y sigue diciendo este voto particular "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, más 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 dé 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".

14.5) Se presentó recurso de amparo contra las mencionadas resoluciones del TS. El TC inadmitió a trámite este recurso en julio de 2016.

15) Dictamen de la Gran Sala del TEDH de 10 de abril de 2019 emitido a solicitud del Tribunal de Casación Francés que traía causa de la sentencia *Menesson v. France* (n° 65192/11, (origen del auto de nuestro TS en incidente de nulidad de actuaciones reflejado - con su voto particular - en los números anteriores de este apartado) en la que el Tribunal Europeo examinó, desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio"), la incapacidad de dos niños nacidos en California a través de un acuerdo de gestación subrogada, y de los progenitores comitentes, para obtener el reconocimiento en Francia de la relación paterno-filial establecida legalmente en Estados Unidos. El Tribunal sostuvo que no se había vulnerado el derecho de los niños y de los progenitores comitentes al respeto de su vida familiar, pero que sí se había vulnerado el derecho de los niños al respeto de su vida privada.

Sobre este último punto, el Tribunal subrayó que "el respeto de la vida privada exige que toda persona pueda establecer su identidad como ser humano individual, lo que incluye la relación jurídica paterno-filial" y que "está en juego un aspecto esencial de la identidad de las personas en lo que se refiere a la relación jurídica paterno-filial" (véase el apartado 96 de la sentencia). Añadió que el "derecho al respeto de la vida privada [de los niños nacidos en el extranjero a través de la gestación subrogada] -que implica que toda persona debe poder determinar la esencia de su identidad, incluida la relación jurídica paterno-filial- se vio sustancialmente afectado [por la falta de reconocimiento en la legislación francesa de la relación jurídica paterno-filial entre estos niños y los progenitores comitentes]". El Tribunal dedujo de ello que "se planteó una cuestión grave en cuanto a la compatibilidad de esa situación con el interés superior de los menores, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión a este respecto" (véanse los párrafos 96 y 99 de la sentencia).

El Tribunal se pronunció expresamente sobre la cuestión del reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial (lien de filiation) entre las dos niñas y el padre comitente, quien era su padre biológico. Y consideró entonces, "teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción sobre la identidad y el derecho al respeto de la vida privada de los [niños], que al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación jurídica con su padre biológico, el Estado demandado sobrepasó los límites permisibles de su margen de discrecionalidad".

En su solicitud de dictamen, el Tribunal de Casación señala ahora que su jurisprudencia ha evolucionado a raíz de la sentencia *Menesson*. El registro de los detalles del certificado de nacimiento de un niño nacido por medio de una madre de alquiler en el extranjero es ahora posible en la medida en que el certificado designa al padre comitente como padre del niño en el caso de que éste sea el padre biológico. Continúa siendo imposible con respecto a la madre comitente. No obstante, en el caso de que la madre comitente esté casada con el padre tiene la opción de adoptar al niño si se cumplen las condiciones legales y en la adopción prevalece el interés del niño; esto crea una relación jurídica entre madre e hijo.

Y la Gran Sala dice en este Dictamen entre otras consideraciones que lleva a cabo un estudio de derecho comparado que abarca a los Estados contratantes del Convenio, más de 40, entre ellos España, y que es posible que la madre comitente acredite la maternidad de un niño nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada con el que no esté genéticamente relacionada.

15.1) Se reseña en su integridad el contenido del dictamen, de referencia inexcusable, por el interés fundamental que tiene para la resolución del presente recurso ".... EL DICTAMEN DEL TRIBUNAL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

25. El Tribunalno tiene competencia ni para evaluar los hechos de un asunto, ni para evaluar el fondo de las opiniones de las partes sobre la interpretación del derecho interno a la vista del derecho del Convenio, ni para pronunciarse sobre el resultado de las actuaciones. Su función se limita a emitir un dictamen sobre las cuestiones que se le someten...

216. El Tribunal también deduce de los apartados 1 y 2 del artículo 1 del Protocolo n° 16 que los dictámenes que emita en virtud de este Protocolo deben limitarse a los puntos directamente relacionados con los procedimientos pendientes a nivel nacional. Su valor radica igualmente en proporcionar a los tribunales



nacionales orientación sobre cuestiones fundamentales en relación con el Convenio aplicable en asuntos similares.

27. La presente solicitud de dictamen se formuló en el contexto de un procedimiento interno destinado a revisar el recurso sobre cuestiones de derecho interpuesto por los demandantes en el caso *Menesson*, en el que el Tribunal sostuvo que no se había violado el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, pero concluyó que se había violado el derecho de los niños al respeto de su vida privada (véase el párrafo 11 supra). Por lo tanto, parece que los procedimientos nacionales se refieren al reconocimiento en el ordenamiento jurídico francés -teniendo en cuenta el derecho de los niños al respeto de su vida privada- de una relación jurídica paterno filial entre una madre comitente y sus hijos nacidos en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebidos utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, en una situación en la que es posible el registro de los detalles de la partida de nacimiento en el extranjero, en la medida en que el certificado designe al padre comitente cuando se trate del padre biológico de los niños.

228. Por consiguiente, los procedimientos internos no se refieren a una situación en la que un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada haya sido concebido utilizando los óvulos de la madre comitente.

.....

30. De ello se deduce, además, que el dictamen no abordará el derecho al respeto de la vida familiar de los niños o de los padres comitentes, ni el derecho de estos últimos al respeto de su vida privada.

31. En consecuencia, el dictamen del Tribunal tratará dos cuestiones.

32. En primer lugar, se abordará la cuestión de si el derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio, de un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada, que exige que la relación jurídica entre el niño y el padre comitente, cuando éste sea el padre biológico, sea reconocida en la legislación nacional, también exige que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer la relación jurídica paterno filial con la madre comitente, que en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero se designa como "madre legítima", en una situación en la que el niño fue concebido utilizando los óvulos de una tercera donante y en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional.

33. En segundo lugar, si se responde afirmativamente a la primera pregunta, se abordará la cuestión de si el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos del certificado de nacimiento legalmente constituido en el extranjero, o si podría permitir que se utilizaran otros medios, como la adopción del niño por parte de la madre comitente.

34. Al formular su dictamen, el Tribunal tendrá debidamente en cuenta las observaciones escritas y los documentos presentados por los distintos participantes en el procedimiento (.....). Sin embargo, subraya que su tarea no consiste en responder a todos los motivos y argumentos presentados, ni en exponer detalladamente los fundamentos de su respuesta; en virtud del Protocolo N° 16, la función del Tribunal no consiste en pronunciarse en los procedimientos contradictorios sobre las demandas contenciosas mediante una sentencia vinculante, sino más bien, en el plazo más breve posible, en proporcionar al órgano jurisdiccional solicitante una orientación que le permita garantizar el respeto de los derechos consagrados en el Convenio a la hora de resolver el asunto de que conoce.

II. LA PRIMERA CUESTIÓN

35. Según la jurisprudencia del Tribunal, el artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero y el padre comitente en el caso de que sea el padre biológico. Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal declaró expresamente en *Menesson*, antes citado, que la falta de esa posibilidad entrañaba una violación del derecho del niño al respeto de su vida privada garantizado por el artículo 8 (véase *Menesson*, citado anteriormente, §§ 100-01; véase también *Labassee c. Francia*, n° 65941/11, de 26 de junio de 2014; *Foulon y Bouvet c. Francia*, n° 9063/14 y n° 10410/14, de 21 de julio de 2016; y *Laborie c. Francia*, n° 44024/13, de 19 de enero de 2017).

36. En relación con lo anterior, el Tribunal señala que, hasta la fecha, en su jurisprudencia ha destacado la existencia de un vínculo biológico con al menos uno de los progenitores comitentes (véanse las sentencias citadas anteriormente, así como la sentencia en el asunto *Paradiso y Campanelli v. Italia* ([GS], n° 25358/12, § 195, de 24 de enero de 2017)). Observa a este respecto que la cuestión que debe abordarse en el presente asunto incluye explícitamente el elemento fáctico de un padre con un vínculo biológico con el niño en cuestión.



El Tribunal limitará su respuesta en consecuencia, dejando claro que en el futuro podría verse obligado a seguir desarrollando su jurisprudencia en este ámbito, en particular a la vista de la evolución de la cuestión de la gestación subrogada.

37. En el contexto de la presente solicitud de dictamen (véanse los párrafos 32, 34 y 36 supra), para determinar si el artículo 8 del Convenio exige que el derecho interno prevea la posibilidad de reconocer la relación entre un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y la madre comitente, se tendrán en cuenta especialmente dos factores: el interés superior del niño y el alcance del margen de discrecionalidad de que disponen los Estados contratantes.

38. Respecto al primer factor, el Tribunal se remite al principio fundamental según el cual, cuando se trata de la situación de un niño, el interés superior de éste es primordial (véase, en particular, *Paradiso y Campanelli*, citado anteriormente, § 208; *X v. Letonia [GS]*, n° 27853/09, § 95, TEDH 2013; *Menesson*, citado anteriormente, §§ 81 y 99; *Labassee*, citado anteriormente, §§ 60 y 78; y *Wagner y JMW.L.L. v. Luxemburgo*, n° 76240/01, § 133, de 28 de junio de 2007).

39. El Tribunal reconoció en *Menesson* (citado anteriormente, § 99) y *Labassee* (citado anteriormente, § 78) que "Francia [podría] intentar disuadir a sus nacionales de ir al extranjero para aprovechar los métodos de reproducción asistida que están prohibidos en su propio territorio". No obstante, observó que los efectos de la falta de reconocimiento en el Derecho francés de la relación jurídica paterno-filial entre los niños así concebidos y los padres comitentes no se limitan únicamente a los padres que han optado por un método particular de reproducción asistida prohibido por las autoridades francesas. También afectan a los propios niños, cuyo derecho al respeto de su vida privada se ve sustancialmente afectado.

40. La falta de reconocimiento de una relación jurídica entre un niño nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada llevado a cabo en el extranjero y la madre comitente tiene, por lo tanto, un impacto negativo en varios aspectos del derecho de ese niño al respeto de su vida privada. En términos generales, como observó el Tribunal en *Menesson* y *Labassee*, citado anteriormente, la falta de reconocimiento en el derecho interno de la relación entre el niño y la madre comitente es perjudicial para el niño, ya que lo coloca en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad (§§ 96 y 75 respectivamente). En especial, existe el riesgo de que a esos niños se les niegue el acceso a la nacionalidad de la madre comitente que garantiza la relación jurídica paterno filial; puede resultarles más difícil permanecer en el país de residencia de la madre comitente (aunque este riesgo no se plantea en el asunto planteado ante el Tribunal de Casación, ya que el padre comitente, que también es el padre biológico, tiene la nacionalidad francesa); puede verse menoscabado su derecho a heredar el patrimonio de la madre comitente; su relación constante con ella corre peligro si los padres comitentes se separan o el padre comitente fallece; y carecen de protección en caso de que su madre comitente rechace o deje de ocuparse de ellos.

41. El Tribunal es consciente de que, en el contexto de los acuerdos de gestación subrogada, el interés superior del niño no implica simplemente el respeto de estos aspectos de su derecho a la vida privada. Incluyen otros componentes esenciales que no necesariamente pesan a favor del reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, como la protección contra los riesgos de abuso que implican los acuerdos de gestación subrogada (véase *Paradiso y Campanelli*, citados anteriormente, § 202) y la posibilidad de conocer el origen de la persona (véase, por ejemplo, *Mikulie v. Crocia*, no. 53176/99, §§ 54-55, TEDH 2002-1).

42. No obstante, habida cuenta de las consideraciones expuestas en el párrafo 40 supra y del hecho de que el interés superior del niño también supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como la posibilidad de que el niño crezca y se desarrolle en un entorno estable, el Tribunal considera que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es incompatible con el interés superior del niño, que exige, como mínimo, que cada situación sea examinada a la vista de las circunstancias particulares del asunto.

43. En cuanto al segundo factor, y tal como señaló el Tribunal en *Menesson* (anteriormente citado, § 77) y *Labassee* (anteriormente citado, § 57), el alcance del margen de discrecionalidad de los Estados variará según las circunstancias, el objeto y el contexto; a este respecto, uno de los factores pertinentes puede ser la existencia o inexistencia de un terreno común entre las leyes de los Estados contratantes. Por ello, cuando no haya consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la importancia relativa del interés en cuestión o sobre la mejor manera de protegerlo, en particular cuando el caso plantee cuestiones morales o éticas delicadas, el margen de apreciación será amplio. El mencionado estudio de Derecho comparado muestra que, a pesar de una cierta tendencia hacia la posibilidad de reconocer legalmente la relación entre los niños concebidos a través de la gestación subrogada en el extranjero y los padres comitentes, no existe consenso en Europa sobre esta cuestión (.....).



44.) No obstante, el Tribunal en dichas sentencias (arts. 77 y 80 y 56 y 59, respectivamente) también observó que, cuando entraba en juego una faceta particularmente importante de la identidad de una persona, como cuando se trataba de la relación jurídica paterno-filial, el margen permitido al Estado era normalmente limitado. De ello se deduce que es necesario reducir el margen de discrecionalidad permitido al Estado demandado (ibíd.).

45. En la práctica, lo que se plantea en el contexto del reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial entre los niños nacidos de madres de alquiler y los padres comitentes va más allá de la cuestión de la identidad de los niños. Intervienen otros aspectos esenciales de su vida privada cuando se trata del entorno en el que viven y se desarrollan y de las personas responsables de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar (véanse también los párrafos 40 a 42 supra). Esto apoya aún más la conclusión del Tribunal respecto a la reducción del margen de apreciación.

46. En resumen, teniendo en cuenta las exigencias del interés superior del niño y el reducido margen de apreciación, el Tribunal opina que, en una situación como la mencionada por el Tribunal de Casación en sus preguntas (véanse los párrafos 30 y 32 supra) y delimitada por el Tribunal en el párrafo 36 supra, el derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio, de un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada requiere que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la "madre legítima".

47. A pesar de que el procedimiento interno no trata el asunto de un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y concebido con óvulos de la madre comitente, el Tribunal considera importante subrayar que, cuando la situación es similar a la planteada en el presente procedimiento, en tal caso se ejerce con más razón la exigencia de prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre el niño y la madre comitente.

III. LA SEGUNDA CUESTIÓN

48. La segunda cuestión se refiere a si el derecho al respeto de la vida privada de un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero, en una situación en la que fue concebido utilizando los óvulos de una tercera parte donante, requiere que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, o si podría permitir que se utilizaran otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente.

49. En tal situación, el interés del niño es que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible. Como se ha mencionado anteriormente, siempre que y hasta que dicha relación sea reconocida por la legislación nacional, el niño se encuentra en una situación vulnerable en lo que respecta a varios aspectos de su derecho al respeto de la vida privada (véase el párrafo 40 supra).

50. No obstante, de ello no puede deducirse que los Estados contratantes estén obligados a optar por la inscripción de los datos de las partidas de nacimiento legalmente establecidas en el extranjero.

51. El Tribunal observa que no existe consenso en Europa sobre esta cuestión: siempre que sea posible establecer o reconocer una relación jurídica entre el niño y los progenitores comitentes, el procedimiento varía de un Estado a otro (...). El Tribunal también observa que la identidad de una persona se cuestiona menos directamente cuando la cuestión no es el principio mismo del establecimiento o reconocimiento de su filiación, sino más bien los medios que deben aplicarse con ese fin. Por consiguiente, el Tribunal considera que la elección de los medios para permitir el reconocimiento de la relación jurídica entre el menor y los progenitores comitentes se encuentra dentro del margen de apreciación de los Estados.

52. Además de esta constatación relativa al margen de apreciación, el Tribunal considera que el artículo 8 del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer ab initio una relación paterno-filial entre el niño y la madre comitente. Lo que el interés superior del niño -que debe ser evaluado principalmente in concreto y no in abstracto- requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica. En principio, no corresponde al Tribunal, sino sobre todo a las autoridades nacionales evaluar si, en las circunstancias concretas del caso, dicha relación se ha convertido en una realidad práctica.

53. El interés superior del niño, entendido de esta manera, no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial entre el niño y la madre comitente, necesario para garantizar el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio, implique la obligación de que los Estados registren los detalles del certificado de nacimiento extranjero en la medida en que designe a la madre comitente como madre legítima. Dependiendo de las circunstancias de cada caso, otros medios



también pueden servir a esos intereses de manera adecuada, incluida la adopción, que, con respecto al reconocimiento de esa relación, produce efectos similares al del registro de los datos de los nacimientos en el extranjero.

54. Lo esencial es que, de acuerdo con la evaluación de las circunstancias de cada caso, debería existir un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica (véase el párrafo 52 supra). La adopción puede cumplir este requisito siempre que las condiciones que la regulen sean adecuadas y el procedimiento permita adoptar rápidamente una decisión, de modo que el niño no se encuentre durante un largo período en una situación de inseguridad jurídica en cuanto a dicha relación. Es evidente que estas condiciones deben incluir una evaluación por parte de los tribunales del interés superior del menor a la vista de las circunstancias del caso.

55. En resumen, dado el margen de apreciación de que disponen los Estados en cuanto a la elección de los medios, las alternativas al registro, en particular la adopción por parte de la madre comitente, pueden considerarse aceptables en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.

56. El Tribunal de Casación declaró en su solicitud de dictamen que la legislación francesa facilita la adopción del hijo del cónyuge (.....). Esto podría ser una adopción plena (adoption plénière) o una adopción general (adoption simple).

57. El Gobierno francés alega que, entre el 5 de julio de 2017 y el 2 de mayo de 2018, prácticamente todas las solicitudes de adopción del hijo del cónyuge relativas a hijos nacidos de madres de alquiler en el extranjero fueron aceptadas. El Tribunal observa, sin embargo, que este procedimiento sólo está disponible para los padres comitentes que estén casados. Además, de las observaciones del Defensor del Pueblo francés se desprende en especial que persiste la incertidumbre en cuanto a las modalidades de adopción del hijo del cónyuge en este contexto, por ejemplo, en cuanto a la necesidad de obtener el consentimiento previo de la madre de alquiler.

58. Dicho esto, en el marco de su dictamen no le corresponde al Tribunal pronunciarse sobre si la normativa francesa sobre adopción cumple los criterios enunciados en los párrafos 54 a 55 supra. Esa es una cuestión que deben decidir los tribunales nacionales (véase el párrafo 25 supra), teniendo en cuenta la posición vulnerable de los niños en cuestión mientras los procedimientos de adopción se encuentran pendientes.

Por último, el Tribunal es consciente de la complejidad de las cuestiones planteadas por los acuerdos de gestación subrogada. Indica que la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado ha estado trabajando en una propuesta de convenio internacional destinada a abordar estas cuestiones sobre la base de principios que deben ser aceptados por los Estados que se adhieran a dicho instrumento (.....).

POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

Emite la siguiente opinión:

En una situación en la que, como en el escenario descrito en las preguntas planteadas por el Tribunal de Casación, un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebido utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, y en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional:

El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como "madre legítima";

El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño."

16) La Gran Sala también se había reunido en enero de 2017 con motivo del recurso de Italia (previamente condenada por las Sentencias Paradiso y Campanelli c. Italia) en la que se da la razón a las Autoridades italianas basándose, entre otros argumentos, en la ausencia de vida familiar por falta de vínculo biológico entre el niño y los comitentes, la corta duración de su relación (escasos meses) debiendo recordar que el origen del



conflicto se remonta a un niño nacido en Rusia por una gestación subrogada inscrito en aquel país como hijo del matrimonio sin mencionar el contrato del que traía causa.

SEXTO.- Inexistencia de Jurisprudencia. Contradicciones y paradojas de la juridicidad de esta realidad. Doctrina científica. Informe del Comité de Bioética de España adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo.

La complejidad de la controversia suscitada plantea varios niveles de análisis y la falta de Jurisprudencia sobre esta realidad - pocas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en supuestos similares, que no iguales, al que aquí enjuicamos - ha generado mucha y buena literatura jurídica motivada, entre razones, por la respuesta dispar que ha recibido el hecho de la inscripción de la filiación en el Registro Civil español de los niños nacidos mediante gestación por sustitución por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) (que la permite bajo determinados presupuestos) y del Tribunal Supremo (que la rechaza), por las resoluciones adoptadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras, concediendo la prestación de maternidad al padre intencional en supuestos de gestación subrogada (con origen en el contrato que el artículo 10 de la LTRHA declara nulo), por el hecho de que el mismo TS (S de 6 de febrero de 2014, reseñada en el anterior fundamento) ofrezca soluciones que parten de una misma prohibición, como es la gestación por sustitución, viciada de nulidad, de manera que la excepción de orden público seguiría existiendo, por los numerosos cambios operados en las sucesivas instrucciones dictadas por la DGRN y la práctica administrativa derivada de las mismas que la ha llevado a constituirse en lo que se ha venido en llamar una legalización administrativa, por la repetidamente diferida entrada en vigor de la Ley 20 /2011 del Registro Civil, publicada en el BOE de 22 de julio de 2011, (la próxima señalada para el 30 de abril de 2021), etc., etc.,. Todo este impreciso panorama coexiste dejando un sedimento sin brújula lo que ha producido conflictos jurídicos nuevos y crecientes, con numerosas aristas y matices y diferentes posturas discrepantes en el debate por cuanto la verdad subyacente no es simple ni unilateral según se observa en los diferentes ejemplos de los que se hace eco la doctrina, abogando en unos casos por la regla o, en otros, por su excepción en esta plural realidad jurídica en la que no hay respuestas uniformes.

1. En este apartado resulta clave reseñar la STS de la Sala de lo Social de 25 de octubre de 2016. El caso se refería a un padre comitente que también era biológico de dos niñas nacidas en la India de una madre gestante, que había renunciado a la maternidad, mediante el recurso a estas técnicas y con donación de óvulo de una tercera mujer. Se reclama por el solicitante la prestación en relación con el descanso por maternidad, que le es denegada por el INSS. Planteada judicialmente la cuestión, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo acuerda la concesión de la prestación, tomando como criterio interpretativo el principio del interés del menor. Según el TS no parece haber conducta fraudulenta, "más allá de la ilicitud que comporta la propia maternidad por encargo" y "pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en caso de gestación por sustitución, mientras que se concede en situación de adopción o acogimiento". Estima que la nulidad del contrato (art.10 LTRHA) no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en un determinado núcleo familiar, y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de seguridad social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos". Concluye que la renuncia que la madre biológica realiza conduce a que sea solo el padre intencional el que está en condiciones de disfrutar del permiso de maternidad.

1.1. Esta sentencia contó, también, con votos particulares que destacaban la vulneración del orden público español.

1.2. Por otro lado, la STS de la Sala de lo Social de 16 de noviembre de 2016 resuelve también un caso de una trabajadora que tiene un hijo por gestación subrogada en Los Ángeles de USA, inscrito en el Registro del Consulado de España donde la trabajadora consta como madre y como padre, su pareja varón.

El fallo declara el derecho de la actora a percibir la prestación de maternidad.

En el asunto el menor forma un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares "de facto", por lo que - se razona- debe protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad. Y se dice "Cuarto: De no otorgarse la protección por maternidad -atendiendo a la doble finalidad que tiene- al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación" y sigue argumentando que está fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y prestación por maternidad entraña un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia explicando a continuación que el periodo del descanso por maternidad y su correlativa prestación de Seguridad Social tienen una doble finalidad, por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre y, por otro, la protección de las especiales

relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor, en palabras de la STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12 "evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones".

Y se sigue fundamentando que en el supuesto de maternidad por subrogación se producen también las especiales relaciones entre la madre y el hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor, por lo que han de ser debidamente protegidas, en la misma forma que lo son los supuestos contemplados en el artículo 133 bis de la LGSS, maternidad, adopción y acogimiento.

Y allí se indica que la situación del menor deriva de una resolución judicial extranjera - sentencia de 4 de abril de 2013 dictada por la Corte Suprema de California declarando que el nasciturus Luciano, es hijo de Doña Fermina (actora) y de D. Mauricio - cuya finalidad y efectos pueden considerarse similares a los previstos para la adopción y el acogimiento de forma que el menor figura inscrito en el Consulado General de España en Los Ángeles, habiéndose efectuado la inscripción el 15 de agosto de 2013, sin que la misma haya sido impugnada.

Y así se concluye que "La interpretación integradora de las normas a que antes hemos hecho referencia, contempladas a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, en la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, del artículo 14 y 39.2 de la Constitución, que dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, conduce a la estimación del recurso formulado..."

1.3) También esta sentencia tiene voto particular

1.4) La Titular de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, Doña María José Vaquero analizando aquellas resoluciones de la Sala de lo Social al abordar la materia señala inicialmente las "....fuertes implicaciones, además, en el Derecho de familia, en tanto que, de ser admitida, supondría la quiebra del principio de certeza de la maternidad... (mater semper certa est),... Y dice que no "existe un derecho fundamental a la procreación o reproducción a toda costa" afirmando que cuando "se celebra el contrato de gestación no hay ningún menor al que proteger, sino que lo que está en juego es la valoración que debe hacerse de la disponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas" A su juicio la resolución se encuentra suficientemente fundada, pues no deriva (necesariamente) de la relación de filiación por naturaleza, sino de la situación de necesidad conectada a la atención de los menores y, como afirma el propio Tribunal, no se realiza pronunciamiento alguno sobre la filiación de los mismos. La consecuencia del fraude de ley - sostiene - debería limitarse al efecto burlado (art.6.3 CC), referido a la filiación (art. 10 LTRHA) que no es excluido en el ámbito registral.

Y finalmente considera la ineficiencia de una (complicada) regulación de la maternidad subrogada respetuosa con los intereses implicados dado que el altruismo escasea, el anonimato no es posible y no puede prescindirse de la revocabilidad del consentimiento de la mujer gestante.

1.5) También en estudio de estas resoluciones del TS de la Sala de lo Social el Dr. Eduardo Enrique Taléns Visconti de la Universitat de València, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, indica que la interpretación flexible, que no desconoce la nulidad civil de este tipo de acuerdos en nuestro país, pasa por la protección del interés superior del menor, la salvaguarda de las relaciones familiares "de hecho" y la existencia de una situación de necesidad.

2) La Dra. Sara Zubero Quintanilla de la Universidad de Zaragoza explica como "la regulación dispar de los contratos de gestación por subrogación en los diferentes países, unida a un proceso creciente de globalización que alcanza, entre otros, al ámbito sanitario y al jurídico, concretado en la evolución del Derecho de familia hacia la asunción de nuevos modelos familiares y de filiación (familia troncal tradicional, familia de hecho, familias de homosexuales y familias monoparentales), ha propiciado una realidad hoy innegable"

Continúa razonando que "El fin último no es determinar la filiación de los nacidos en otro Estado bajo otras normas, sino resolver el acceso al Registro Civil de una filiación ya determinada conforme a otro derecho" y advierte que la sentencia del TS, denegatoria de la inscripción, - de la que se ha hecho reseña en el quinto fundamento jurídico- tampoco está exenta de alguna contradicción. "Parte de la vulneración del orden público internacional español que supone la resolución de filiación extranjera, lo que impide su inscripción en el Registro Civil español, y afirma estar ante un supuesto de fraude de ley, subordinando el interés superior del menor a la Ley, al considerar que este no se defiende desde la infracción de la norma imperativa. Sin embargo, en aras de impedir los efectos negativos que la falta de inscripción conllevaría al menor, acude a soluciones alternativas que, con cobertura en nuestro ordenamiento, permiten: 1. La reclamación judicial de la paternidad sobre el menor por parte del progenitor biológico, 2. La adopción o acogimiento familiar."



Termina por recordar que algunos sectores postulan un endurecimiento de la regulación legal al objeto de dar efectividad a la calificación jurídica de nulidad de pleno derecho de este tipo de contratos mediante la extensión de su alcance y la inclusión, en su caso, de medidas sancionadoras.

3) El examen que la Profesora Salmerón de la Universidad de Almería realiza sobre la posible regulación de un contrato (de MS) que estima nulo aborda la cuestión sobre los requisitos del objeto de la contratación (arts., 1271, 1273 del CC..) de forma que al ser un futurible al momento del acuerdo estima que decae la tesis del objeto de protección del menor, inexistente al suscribir el contrato, siendo otros los intereses en juego. Y afirma que "El Derecho, materializado en normas legales, se encuentra siempre rezagado respecto de la realidad social que regula o debe regular, así como de las demandas que de la sociedad emergen, debiendo dotarlas de un marco normativo adecuado y ajustado a las posibles contingencias que puedan surgir. No obstante, ello no implica que todo deba ser regulado ni aceptado, ni por la sociedad ni por la ley, así como los encargados de interpretarla y aplicarla, los Jueces y los Tribunales".

4) Las posiciones encontradas entre la DGRN y el TS, a las que ya se ha hecho mención en el anterior fundamento, tienen su punto de inflexión en la Sentencia del Tribunal de 6 de febrero de 2014, (recurso 245/2012) - reseñada en el fundamento jurídico quinto de esta resolución - que resolvió en contra de la inscripción registral, tras lo cual la DG expide la circular de 11 de julio de 2014 ordenando la inscripción de las filiaciones derivadas de gestación por sustitución por entender que dicha sentencia no les afectaba ya que se refería a un supuesto en el que se pretendía la mera transcripción de una certificación registral, aceptándolo en supuestos en que existiera una sentencia extranjera que determinara la filiación de las personas solicitantes de la inscripción.

4.1. La situación instaurada por la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 recupera lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, pretendiendo que se aplique ahora de manera estricta remitiendo, fuera de los casos contemplados en ella (es decir cuando no exista resolución judicial que determine la filiación del nacido mediante gestación subrogada) a un procedimiento de determinación de la filiación en España. Se requiere así una sentencia judicial extranjera, para inscribir una filiación que ha sido fruto de la gestación por sustitución en favor de los comitentes.

La exigencia de una sentencia judicial simplemente aparece como un método más garantista, que pretende, en cualquier caso, asegurar que la mujer gestante haya consentido someterse al proceso de maternidad subrogada y no recaiga sobre ella ningún tipo de error, violencia, engaño o intimidación.

4.2. Si bien es cierto que tal instrumento normativo tiene inferior rango que la Ley no lo es menos que lo allí preceptuado originó en la práctica una realidad que la doctrina ha venido en llamar una legalización administrativa de estas situaciones de inscripción de las filiaciones fruto de la gestación por sustitución.

4.3. No deja de sorprender el desconcertante episodio de desarrollo normativo originado por la efímera Instrucción de 14 de febrero de 2019 de la DGRN sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución que tras un exhaustivo estudio de la legislación objeto de aplicación y de numerosas sentencias del TS, TEDH (a las que aquí ya se ha hecho referencia) y jurisprudencia menor de las AAPP contempla los diversos supuestos que se derivan de la gestación subrogada (si bien no reseñaba específicamente un caso como el aquí enjuiciado en el que la comitente no presenta vínculo genético alguno con el nacido por no haber aportado su óvulo para la fecundación) y que ni tan siquiera llega a ver la luz mediante su publicación en el BOE dado que fue fulminantemente derogada 4 días después por la Instrucción que se ha reseñado en el anterior apartado.

Se expresaba allí atendiendo a la internalización de estos problemas la necesidad de : " una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz. En tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor".

Se mencionaba expresamente también la necesidad de primar el interés superior del menor, así como el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos su nacionalidad, el nombre y las relaciones con familiares de conformidad con la ley, así como la necesidad de conjugar dichos derechos con la protección de otros bienes y principios jurídicos como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, y la prevención de la mercantilización de la filiación, asegurando que en ningún caso la inscripción registral permita dotar de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores.

5) Y enlazado con lo anterior conviene recoger en este apartado las reflexiones del INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA de 19 de mayo de 2017 que - por lo que ahora importa- reseña asimismo los muchos ángulos de la materia y contribuye al debate que presenta esta realidad, (procreación humana y las consiguientes relaciones de



filiación), clarificándolo, con prudencia, sólidas razones y amplitud de miras, ofreciendo valiosa información, detallada y muy minuciosa, documento que asimismo cuenta, también, con un voto particular.

Se introduce el razonamiento afirmando que "La maternidad o gestación subrogada es uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que la procreación humana, y las consecuentes relaciones de maternidad y filiación, han sido entendidas y reguladas hasta la actualidad...

Con el fin de relativizar la trascendencia de este fenómeno, se ha argumentado que viene a realizar lo que ya se produce con la adopción: establecer la distinción entre la madre legal y la biológica. Pero es obvio que, en la adopción, no existe el acuerdo previo entre la mujer que gesta un niño y las personas que asumirán la paternidad que, sin embargo, es la causa de toda gestación subrogada. Se trata, pues, de una práctica inédita hasta los tiempos recientes y con un enorme impacto en todos los planos de la vida humana: cultural, social, ético y jurídico.

En los últimos años se ha suscitado un encendido debate en todo el mundo acerca de si se debería prohibir o permitir la maternidad subrogada y, en este último caso, en qué términos debería regularse. Aunque los primeros casos tuvieron lugar hace más de cuarenta años, durante mucho tiempo tuvo un alcance limitado. Ha sido en los últimos quince años cuando la práctica se ha extendido y, sobre todo, se ha internacionalizado. Los medios de comunicación se han venido haciendo eco de muchas informaciones relacionadas con ella que han atraído la atención de la opinión pública.....

A pesar del....marco legal, centenares de españoles y españolas han recurrido a esta práctica para ser padres o madres. Para ello, han buscado gestantes en el extranjero que, por lo general, han sido fecundadas con el esperma del varón comitente. En estos momentos, el Derecho español no ofrece una respuesta uniforme con respecto a la inscripción de la filiación de los hijos habidos de este modo. Existe una diversidad de posiciones entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo que genera inseguridad jurídica para las partes afectadas, especialmente para los hijos.

En líneas generales, son dos los principales problemas jurídicos relacionados con la maternidad subrogada que se plantean en España. Uno tiene que ver con el hecho de que la maternidad subrogada sea contraria a la ley nacional y, sin embargo, muchos españoles consigan ser padres recurriendo a ella en otros países donde es legal. ¿Se puede pretender que las leyes aprobadas en España tengan verdadera eficacia y que no solo sean de aplicación para quienes, por carecer de recursos y de temeridad, no pueden sortearlas en el extranjero?

El otro problema tiene que ver con que, más allá de que se logre sortear la legalidad vigente y se atente contra el orden público interno o internacional, existe una nueva vida humana por cuyo interés el Derecho tiene que velar. Un aspecto esencial de ese interés consiste en reconocerle una filiación legal. Y de ahí surge la otra cuestión: ¿Se debe reconocer a los padres comitentes la filiación legal del hijo concebido por encargo, aunque se reconozca la ilegalidad del proceso, o resulta más coherente no reconocerla para desincentivar que sea un medio de conseguir lo que legalmente está prohibido? Sobre este asunto se han pronunciado las más altas instancias jurisdiccionales, como el Tribunal Supremo de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos."

El informe se estructura en tres partes que en resumen se relacionan en:

- a) La práctica de la gestación subrogada. La batalla terminológica. Aspectos científicos.
- b) Cuestiones éticas.
- c) Perspectiva jurídica con repaso de las posiciones de los organismos intergubernamentales y análisis especial de la situación legal de los hijos habidos mediante gestación subrogada en España.

En el primer apartado se explica que "Lo que tienen en común todas las modalidades de gestación subrogada es la voluntad de privar de la condición de madre a quien ha dado a luz a un niño y atribuirle a otra u otras personas."

Y afronta el debate tras relacionar la tipología de la gestación subrogada, la finalidad con la que actúa la gestante, la existencia o no de vínculo afectivo o familiar entre gestante y los comitentes (con la diversidad de vínculos que de ello se derivan), las condiciones de la entrega del niño (destacando que cuando se trata de gestación retribuida es prácticamente imposible que se reconozca a la gestante decidir, tras el parto si renuncia o no a la maternidad), origen de la dotación genética del niño (con 6 posibles combinaciones, cada una motivada por distintas razones con repercusión también diferente en el hijo en función, sobre todo, del anonimato de los donantes de los gametos) su causa (médica, biológica, entre otras), conocimiento y libertad de la gestante, las variables de las subrogaciones internacionales con regulaciones en países no coordinadas lo que genera graves situaciones de desprotección jurídica para todas las partes, especialmente para los niños nacidos mediante esta práctica, y otros aspectos técnicos y circunstancias - que afectan tanto al nivel de



riesgo que asume la gestante y a otras consecuencias- estimulaciones ováricas, implantación de uno o varios embriones, frescos o congelados, etc., etc., .

Se advierte ya inicialmente por los informantes la pretensión de evitar sesgos en el dictamen, la pugna terminológica (con su carga valorativa), la descalificación ideológica, entre otros riesgos tratando lo "común como lo común, y lo excepcional como excepcional e intentar que el juicio ético global (y, mucho más, la regulación jurídica) se configure a partir de las situaciones generales y no de las excepciones.", fijando las reglas para afrontar el debate.

En el tercer apartado de esa primera parte se analizan los aspectos biológicos y psico-sociales de la relación madre-hijo durante la gestación y los efectos que la separación tras el nacimiento puede tener en cada uno de ellos. La gestación - se dice - es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes, señalando que la mujer gestante guarda en su cuerpo memoria de cada embarazo, creándose el vínculo de apego -cognitivo-afectivo- característico del cerebro materno. Se informa, entre otros muchos aspectos, que la relación psicológica que mantiene la gestante con el hijo contribuye a la construcción de la futura personalidad de éste, dado que se establece entre ambos lo que se denomina espacio psíquico de la gestación, de manera que ese encuentro constituye una guía afectiva. Se apunta que se carece de datos acerca de la influencia de la sustitución de la madre gestante por otra y se sintetizan los resultados del estudio casuístico realizado de la gestación subrogada desde 1998.

Se analizan en la segunda parte los aspectos éticos de la maternidad subrogada con los orígenes en el tratamiento de la infertilidad y la FIV y su evolución significando como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en el ámbito de la reproducción humana asistida, que rige un amplio margen de apreciación nacional por parte de los Estados, señalando como el proceso emancipador iniciado se extendía de manera que el Estado que prohíbe la maternidad subrogada se encuentra con que no logra proteger el bien que pretendía (que la maternidad quede vinculada al parto), con una eficacia limitada de las restricciones y reconociendo que las posibilidades de alcanzar un acuerdo universal sobre la regulación de estas prácticas son extraordinariamente reducidas. Y en este punto los informantes se preguntan si sigue importando vincular gestación y maternidad, "mater sempre certa est" ", que no solo constata una realidad fáctica sino que sanciona un criterio prescriptivo: que la progenitora del niño será su madre legal decidiendo mantener así una continuidad entre la maternidad genética y fisiológica y la legal. Con la irrupción de las técnicas de reproducción asistida se vislumbra el logro de la libertad e igualdad procreativa, modelos alternativos que producen efectos mayúsculos, dado que la procreación deja de verse como un acontecimiento natural y se concibe como un deseo/derecho del individuo, de modo que la gestación deja de verse como la primera etapa de la relación materno-filial. Se sostiene la superioridad del criterio de la voluntad procreativa sobre el biológico a la hora de determinar el vínculo materno-filial lo que el dictamen estima inconsistente en cuanto se considera en el informe que el vínculo biológico y/ o fisiológico es tenido como la base más idónea para que arraigue el deseo de ser madre y de asumir las responsabilidades de tal condición.

Examinando a continuación la situación de la mujer gestante aborda *La licitud de la gestación subrogada altruista* explicando que si no hay contraprestación es más fácil pensar que el sujeto actúa libremente, altruistamente, concluyendo que la experiencia actual nos dice que la gestación altruista viene acompañada de la comercial que cuando tenga carácter internacional se considera ilícita dada la conexión con la explotación. Se expone tal ilicitud sobre la base de la instrumentalización y se reflexiona sobre la conflictividad de las relaciones entre gestante y comitentes, con panorama familiar resultante difícil de entender (GS entre parientes) y variedad de escenarios, según se produzca en el ámbito nacional o no, concluyendo en que los intereses de ambas partes son antagónicos.

Y en este punto 4 de la parte segunda del Dictamen se estudia el interés superior del menor significando que la cuestión de fondo consiste en dirimir si es la gestación o la voluntad reproductiva la que proporciona las condiciones más adecuadas para ser padres y asumir la responsabilidad sobre los hijos. Aquí el Comité sostiene que la importancia de la gestación en el proceso procreativo y en la vida de cada ser humano no debe relativizarse y que, en consecuencia, se debe proteger el vínculo de cada ser humano con su madre biológica. Aun así, algunos de sus miembros defienden que ese vínculo se podría romper en aquellos casos en los que personas que desean tener hijos no pueden gestarlos. Y a continuación relaciona los riesgos existentes como tráfico de niños, cosificación, inseguridad jurídica concluyendo que padres responsables no son quienes tienen un gran deseo de serlo sin más, sino quienes orientan ese deseo al pleno desarrollo de sus hijos más que a su propia satisfacción, para ilustrar a continuación sobre el proceder de las empresas mediadoras que publicitan servicios en nuestro país y que pueden bordear la legalidad.

Y tras esa exposición de antecedentes y escenarios diversos con las muchas implicaciones que en todos los órdenes se producen en la vida de las personas implicadas se dedica la tercera parte del dictamen a examinar, con detalle y rigor exhaustivos, los aspectos jurídicos - que aquí interesan - y políticos de la maternidad



subrogada analizando pronunciamientos de organismos intergubernamentales y el derecho comparado con especial atención al desarrollo de la maternidad subrogada internacional, aquella que tiene lugar cuando comitentes y gestante residen en distintos países (supuesto de hecho que es el origen del conflicto jurídico enjuiciado en este procedimiento).

Se exponen los instrumentos internacionales ya relacionados en el fundamento jurídico quinto de esta resolución con la consagración del principio del interés superior del menor ya desde 1989 y la prohibición del tráfico de niños como exigencia derivada de ello refiriendo la situación económica y social de vulnerabilidad y la posibilidad de calificar, tales situaciones, en la mayoría de los casos como tráfico de niños y explotación de mujeres, más allá de que exista un marco legal que la ampare. Hace reseña del informe de 2015 de la HCCH que alertaba sobre las graves amenazas que se cernían sobre los derechos humanos, incluidos los del niño, en relación con los acuerdos de gestación subrogada internacional y destaca también el informe de la Unión de 2015, que condena la práctica de la gestación por sustitución como contraria a la dignidad humana de la mujer.

Definen los miembros del Comité con precisión la regulación de la maternidad subrogada en el mundo caracterizada por su diversidad, complejidad, variabilidad y consiguiente inseguridad de manera que, se dictamina, ese abigarrado escenario dispara la complejidad si se observa la variabilidad de las regulaciones, recordando el ejemplo representativo de India, que tras permitir durante años la gestación subrogada internacional decide prohibirla en noviembre de 2015, estado de cosas, en general, que produce efectos indeseables pero difíciles de combatir para terminar examinando la situación jurídica en España. Y centrando con total exactitud la situación que subyace cuando unos padres comitentes llegan a España con un niño nacido por gestación subrogada se narra"

Por un lado, estas personas obtienen un resultado (el hijo) mediante un procedimiento (contratar a una mujer para que gaste un embrión y se lo entregue al nacer) que en España se considera ilícito. Parece lógico que el Estado impida la culminación de ese intento de fraude denegando la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Por otro lado, nos encontramos ante una nueva vida humana cuyos intereses deben ser protegidos de forma preferente por el Derecho. Ese niño tiene derecho a una identidad, a unos padres y a una nacionalidad. La acción contraria a Derecho de quienes han propiciado su existencia no puede suponer perjuicio alguno al niño, pero tampoco puede, por sí sola, ser un título legítimo para nada." Y a continuación hace mención de las sentencias dictadas por el TS y el TEDH de las que ya se ha hecho reseña en el fundamento quinto de esta resolución, con razonadas valoraciones para terminar realizando algunas conclusiones entre las que destaca la falta de claridad en la resolución de la colisión entre el interés superior del menor nacido tras la GS internacional que exige proveerlos de unos padres y las normas de los Estados que prohíben la maternidad subrogada y acierta al señalar que la solución del TS español servía para el caso que conoció, pero no es aplicable a otros que podrían plantearse: por ejemplo, cuando ninguno de los varones que pretende ser padre ha aportado el gameto masculino o cuando la maternidad subrogada ha sido promovida solo por mujeres (una sola o una pareja) apuntando a que el TEDH aún no ha dicho su última palabra sobre el asunto.

Y, finalmente, analiza los tres modelos reguladores de la maternidad subrogada como aceptación de la manifestación de la autonomía de las mujeres, posición consolidada por la vía de hecho al no haberse tomado en consideración el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y significando la evidencia de que las mujeres que actúan como gestantes son, en su gran mayoría, mujeres sin recursos, especialmente vulnerables que recurren a esta opción para poder sobrevivir ellas y sus familias de manera que muchos de los países en los que se sigue prestando este servicio se caracterizan por la falta de consideración hacia la mujer y su facilidad para reducirla a objeto de explotación sexual o reproductiva si bien se sigue sosteniendo la ficción de que las mujeres que ofrecen estos servicios de gestación lo hacen como manifestación de la plena autonomía sobre su cuerpo, y así, se expone que no parece exagerado afirmar que es el interés superior del mercado el que se impone sobre las mujeres gestantes y sobre los niños nacidos mediante esta práctica y recordando que tanto los partidarios (en parte) de la GS como los detractores reconocen que la situación actual es inadmisibles y que es urgente garantizar efectivamente los derechos de las gestantes y los intereses de los niños. Se informa que negar que la maternidad subrogada internacional está hoy asociada a la explotación de la mujer es negar la realidad. Y se preguntan los informantes ¿resulta coherente que un Estado acepte la gestación por sustitución con carácter altruista en su territorio (o incluso que la declare nula, como en España) pero, al mismo tiempo, inscriba automáticamente todas las filiaciones resultantes de gestación subrogada lucrativa en el extranjero? Se razona a continuación que la gestación por sustitución solo se puede llevar a cabo con mujeres que consientan en hacerlo de forma desinteresada y altruista no pudiendo negar tampoco que la mujer queda convertida, durante los nueve meses del embarazo, en instrumento al servicio de otras personas. El consentimiento y la ausencia de retribución - se dice - no modifican esa realidad.



Se señala que el concepto de familia puede encontrar diferentes interpretaciones en la sociedad actual, más compleja y plural, concediéndose un estatus jurídico a personas carentes de vínculo de sangre, y surgiendo nuevos conceptos como son los de padre social que se separa de la filiación para dar lugar a una nueva noción de parentalidad que pone el acento sobre la responsabilidad voluntariamente asumida en el ejercicio de la función parental. Se trata de transformaciones que acaban en algunos casos con la disociación de la filiación y del parentesco y con el surgimiento de nuevas ideas de parentalidad, es decir, desvinculadas de lo biológico y de la filiación. Aparecen así nuevos actores, de manera que las relaciones familiares no se limitan ya necesariamente a las personas que mantienen vínculos de consanguinidad o afinidad por el matrimonio. Intervienen ya factores volitivos, afectivos, sociales y culturales. Y recuerda en este sentido el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 12-V-2011 - que se reseñó en el fundamento quinto de la presente resolución - al tiempo que resume que el mismo Tribunal en Auto de 2-II-2015 (rec. 245/2012), argumenta que 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 o solamente reconocidos por otros ordenamientos jurídicos distintos del español. Señala la alteración de los roles en los que se asienta la familia y que la singulariza y diferencia de otras formas de agrupación social, indicando a continuación los estudios relativos al "apego" (J. Bowlby y M. Answorth¹³), "la relación primera madre-hijo es absolutamente determinante en el proceso de maduración, autoestima y desarrollo del menor" ilustrando sobre los graves conflictos emocionales en el menor ante el descubrimiento de una realidad inesperada y los generados en la propia madre gestante, si no se es capaz de asumir emocionalmente un rol diferente al de madre en un contexto de relación estrecha con el menor así como la dificultad de diferenciar con claridad entre resarcir y retribuir en estos casos de MS altruista, relacionando a continuación las diversas situaciones potenciales, fallecimiento de los comitentes antes de nacer el niño, problemas de salud del nasciturus, posibilidades de aborto, ilustrando este punto con el caso de Delaney Skye. Y se concluye de todo ello que las propuestas regulatorias de la maternidad subrogada altruista que hoy se contemplan privilegian claramente los intereses de los comitentes, a costa de las otras partes implicadas y, en concreto, sobre los del niño a conocer sus orígenes.

Se recuerda que en España carecemos de un Registro de Donantes de Gametos y Preembriones, a pesar de que ya lo preveía la LTRHA de 1988 y lo vuelve a disponer la vigente ley de 2006.

Por todas las razones que expone se considera imprudente regular la gestación por sustitución altruista explicando que el incesante avance de la ciencia y de la tecnología propio de estas primeras décadas del siglo XXI, y que no tiene parangón con ninguna de las anteriores etapas de la Historia, viene a dificultar sobremanera la labor del legislador recordando el principio de precaución, que ya se va incorporando a la mayoría de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que concierne a ámbitos en los que concurre una incertidumbre científica sobre los efectos de la tecnología y no tanto una incertidumbre sobre el impacto social de la norma. Indica que los organismos intergubernamentales que se han pronunciado sobre maternidad subrogada han adoptado posiciones de rechazo o de cautela.

Refiere que la regulación actual no ha impedido que en España proliferen la maternidad subrogada internacional de carácter comercial. Para ello, se indica, se ha aprovechado un presunto vacío legal (a pesar de que la Sentencia del TS de 2014 dejó claro que no existía tal) y la cobertura administrativa de una Instrucción de la DGRN contraria a la doctrina del TS. e informan que este anómalo estado de cosas debe resolverse de forma inmediata.

Como conclusión de todo ello se informa que se han expuesto sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada y que la mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor, al tiempo que señalan que otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción del deseo de unos de tener un hijo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual. Las propuestas regulatorias que se manejan -la gestación altruista y comercial en sus diversas variantes- son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor, significando respecto de España el Principio de mínima intervención en cuanto la ley vigente establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución y no sanciona a quienes intenten llevarlos a cabo apuntando hacia una prohibición universal de la maternidad subrogada internacional con una transición segura dado que no se puede desconocer que, en estos momentos, un número indeterminado de españoles está inmerso en procesos de maternidad subrogada internacional recordando la importancia de que la transición a una regulación más efectiva no produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nacen de estos procesos. Para ello - se informa - se garantizará que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS.

5.1.El informe contiene también, como se indicaba anteriormente, un voto particular suscrito por un vocal del Comité, Catedrático de Derecho Penal, G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano de la UPV/EHU, D. Carlos



María Romeo Casabona, que coincidiendo en lo básico matiza algunos razonamientos del mismo, aludiendo a la intervención de los poderes públicos que han de adoptar medidas que corten radicalmente la situación con los efectos jurídicos que a ello pudiera dar lugar, siempre que no comporte un perjuicio para los derechos e intereses de las criaturas nacidas por medio de esta técnicas.

Observa que la ley de 2006 en el capítulo VIII no contempla específicamente entre las infracciones administrativas de la LTRHA la misma contratación, o incluso su publicidad, como grave o muy grave no estando previstas, por ello, las sanciones correspondientes.

6) En similar postura, argumentos contrarios a la gestación por subrogación aludiendo a la instrumentalización de las mujeres gestantes, se había pronunciado el conocido manifiesto de 22 de junio de 2015 que iniciaron las filósofas Victoria Camps y Amelia Valcárcel señalando los riesgos de mercantilización e instrumentalización de mujeres y niños.

7) También en estudio de la Doctora Cervilla Garzón en la Universidad de Salerno sobre la Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora, analizando asimismo la MS solidaria se afirma que una normativa que concibiera el contrato como gratuito, con finalidad terapéutica, en la que se incluyeran controles formales del consentimiento, así como una reducción del espectro de la gestante, limitando el número de gestaciones, no vulneraría nuestra Constitución, pues la dignidad de la mujer estaría salvaguardada.

8) En estudios de los aspectos médicos y sociológicos de la MS en un proyecto de investigación de la Universidad de Reims llevado a cabo por la titular de la Universitat Internacional de Catalunya, Doña Carmen María Lázaro Palau concluye entre otros razonamientos que la "La comercialización del cuerpo humano es consustancial a la maternidad subrogada y tanto el cuerpo femenino como el niño entran por esa vía en la economía de mercado" afirmando que solo cuando la realidad (biológica) no sea posible, se acude a la ficción (adopción) para aminorar los efectos de aquella carencia. Pero no se invierte el proceso, que es lo que se produce con la maternidad subrogada. "Se crea la ficción a costa de suprimir la realidad".

9) La Titular de Derecho Constitucional y Profesora de Bioética y Derecho de la Universidad de Deusto, Doña Aitziber Emaldi Cirión en análisis de la materia concluye asimismo que la maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica e interpela la imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: por un cambio legislativo o por el cumplimiento de la ley.

10) No es ocioso señalar el contenido de la Ley 20 /2011 del Registro Civil, publicada en el BOE de 22 de julio de 2011, cuya entrada en vigor es reiteradamente diferida (la próxima señalada para el 30 de abril de 2021) que podría dar respuesta a la problemática planteada en cuanto se atribuye carácter normativo, al mismo nivel jerárquico de la Ley 14/2006, a las soluciones administrativas dadas por la DGRN. También la doctora Zubero en examen de esta normativa concluye que podría relativizar la postura de los tribunales en lo referente a considerar las inscripciones de filiación obtenidas mediante esta práctica como un fraude de ley y, por consiguiente, contrarias a nuestro ordenamiento jurídico. Ello debido a que el cumplimiento de los requisitos fijados dará respuesta a una norma legal de igual rango jerárquico que la Ley 14/2006, lo que supondrá, en la práctica registral, la inaplicabilidad, que no derogación, del art. 10 de dicha Ley.

Cierto que las cosas en la realidad son, también, ambiguas y contradictorias pero no lo es menos que en este complejo marco jurídico-ético-social surge la necesidad inexcusable de una regulación supranacional, que internacionalizando la respuesta para estas situaciones transfronterizas contemple como premisas ineludibles: evitar la explotación de la mujer (a lo que ya hace referencia la STS de 6 de febrero de 2014 reseñada en el apartado 13 del fundamento quinto de esta resolución) y el tráfico de menores, garantizando la dignidad y protección de ambos por encima de cualquier otra consideración, incluidos los deseos de las personas infértiles (patológicas o funcionales) velando por una transición segura que no deje desprotegidos a los niños nacidos por este sistema, presupuestos, consideraciones, alcance y límites que, en cualquier caso exceden del objeto y marco de la presente resolución que se contrae a resolver jurídicamente y conforme a los presupuestos que se han apuntado en el fundamento jurídico quinto, la situación familiar en la que "de facto" se encuentra Imanol .

SÉPTIMO.- La decisión del Tribunal.

1. En este panorama normativo confuso y contradictorio, falto de jurisprudencia y diversidad doctrinal (en expresión del Profesor Vicente Vellver, catedrático de Filosofía de la Universitat de València coexistiendo las posturas tecno-entusiastas, que destacan las posibilidades de la biotecnología, las prudentes, que alertan acerca de los riesgos y las tecno-desconfiadas que entienden que las intervenciones son atentados directos contras bienes fundamentales de las personas y por ello deben ser prohibidas) los hechos que se someten a la consideración de este Tribunal y que conforman la situación fáctica que ha quedado relatada en el fundamento jurídico tercero, origen del conflicto judicial al que ha de aplicarse aquella normativa, sentencias del TS - en lo



que exista relación- y resoluciones del TEDH, han sido plenamente probados, conforme a las exigencias del artículo 217 de la LEC, y se resumen en lo siguiente:

1.2) Doña Rosaura , soltera, formalizó en el Estado Mexicano de Tabasco - según la legislación del aquel país - contrato, acuerdo de voluntades para regular gestación sustituta con doña Antonia , siendo denominadas en lo sucesivo, - dice el documento - la primera como "futura madre "y la segunda como "gestante sustituta". Las declaraciones de las partes del acuerdo son bajo protesta legal de decir verdad. Se lleva a cabo - sigue diciendo el documento - a través de embriones creados por fertilización in vitro, con utilización de óvulos y esperma de donantes anónimos.

Ambas partes "declaran estar de acuerdo y que es su libre y espontánea voluntad participar en este contrato libres de coacción y sin ningún vicio del consentimiento y se obligan en los términos de las ss..."

El referido documento fue objeto de ratificación en el expediente número 00915/2015, relativo al juicio procedimiento judicial no contencioso, seguido en el Juzgado Primero Familiar de Primera Instancia del Distrito Judicial del Centro del Estado de Tabasco de los Estados Unidos Mexicanos.

1.3) Doña Rosaura presenta problemas médicos que la incapacitan para la procreación, infertilidad que motivó que la gestación subrogada se efectuara con óvulos donados, y no existe pareja que se sometiera con ella a esa técnica de reproducción por lo que el niño nacido del parto de la Sra. Antonia no posee material genético de doña Rosaura , de una posible pareja de la misma y de doña Antonia con quien el menor no tiene vínculo alguno.

1.4) Doña Rosaura , nacida el NUM001 de 1969 tenía 46 años de edad en el momento del nacimiento de Imanol , el NUM000 de 2015.

1.5) La Sra. Rosaura inscribió en el Registro Civil de DIRECCION000 del Municipio de Centro del Estado de Tabasco, Registro Civil de los Estado Unidos Mexicanos el nacimiento de Imanol figurando como madre doña Rosaura de nacionalidad española, sin mención de ningún otro progenitor, y como abuelos don Claudio y doña Guadalupe , ambos de nacionalidad española y la reseña de dos testigos de nacionalidad mexicana.

1.6) El Registro Civil Central denegó la inscripción de nacimiento de Imanol como hijo de doña Rosaura en auto que así lo dispone "sin perjuicio de que pueda la promotora solicitar la incoación de expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo previa obtención de la determinación de la filiación en el correspondiente procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, o por adopción del menor ".

1.7) Imanol , tras su nacimiento, viajó a España con doña Rosaura residiendo desde entonces bajo su cuidado en el domicilio familiar en el que convive junto al demandante y esposa, padre y madre de doña Rosaura quien viene ejerciendo de modo real y efectivo de madre de Imanol a quien atiende, en todo, de acuerdo a sus necesidades.

1.8) La demandada tiene la consideración de madre legal a todos los efectos para la legislación mexicana, país cuya nacionalidad ostenta Imanol a quien no se le sido reconocida la española.

1.9) El Sr. y Sra. Guadalupe Claudio conviven junto a la hija y el menor y colaboran en su cuidado y atenciones de manera que la vida y desarrollo de Imanol tiene lugar en un entorno familiar conveniente y satisfactorio en el que se cubren todas sus necesidades básicas, tanto materiales como físicas, emocionales y afectivas.

1.10) Imanol tiene cubiertas satisfactoriamente sus necesidades sanitarias al figurar como beneficiario de doña Rosaura , asegurada del Derecho a la asistencia sanitaria pública, con el esquema de vacunación completo al estar cumplimentado el calendario oficial, con asistencia médica y seguimiento pediátrico . Asimismo figura como asegurado en una póliza suscrita con Adeslas para cubrir asistencia sanitaria y plus dental.

1.11) El niño Imanol tiene asimismo satisfechas sus necesidades educativas y se encuentra matriculado en centro infantil en el correspondiente ciclo de educación infantil.

1.12) Imanol tiene a doña Rosaura como madre y al Sr. Claudio y esposa como abuelos, quienes a su vez consideran al niño como hijo y nieto, respectivamente, relaciones familiares con las que son conocidos en su entorno familiar extenso, vecinal, social, y comunidades educativa y sanitaria.

1.13. La Delegación del Gobierno en Madrid, Área de Trabajo e Inmigración Oficina de Extranjería deniega la petición de tarjeta de familiar de residente comunitaria presentada por doña Rosaura a nombre de Imanol toda vez, se dice, en el acuerdo "que el solicitante no reúne los requisitos contemplados en la legislación vigente que regula la obtención de tarjeta de familiar de la Unión Europea".



1.14. Doña Rosaura tiene trabajo estable y un rendimiento neto en la declaración fiscal del IRPF de 53.606 euros.

2. Este es la situación que se ha de resolver en el presente caso relativo a la realidad vital de Imanol establecido en el entorno convivencial de doña Rosaura, integrado en la familia así constituida junto a los padres de la Sra. Imanol y demás parientes de la familia extensa

Pues bien, hay que señalar en primer lugar que aquellas soluciones que busca y ofrece el TS en la referida sentencia de 6 de febrero de 2014 para los supuestos de niños nacidos de gestación subrogada no son viables en este caso:

i) Respecto de la figura jurídica de la adopción encontramos el primer obstáculo y es la diferencia de edad existente entre doña Rosaura y Imanol en cuanto nacida, la primera el NUM001 de 1969 y Imanol el NUM000 de 2015, (en este sentido DNI y acta de nacimiento, documentos a los folios 2 y 3 de los autos) por lo que la diferencia de edad entre ambos es de 46 años y casi 8 meses. Esta circunstancia impide la adopción por el trámite ordinario conforme a los requisitos establecidos en el artículo 175 del Código Civil, reformado por la Ley 26/2015 de 28 de julio, que dispone:

"1. La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior".

Queda, por lo tanto, descartada esta posibilidad.

ii) Tampoco cabe, en este caso, la solución que ofrece el citado Tribunal en la misma sentencia que recordando las instituciones de nuestro ordenamiento jurídico remitía al propio artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, que permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico dado que, en este caso, como se ha reseñado en el relato fáctico, que ha sido probado en el procedimiento, nos encontramos con que la aportación genética masculina procede de un donante, cuya identidad no se conoce, por lo que el Ministerio Fiscal no puede, aquí, instar la acción correspondiente para determinar la filiación de Imanol. En efecto, como se ha acreditado doña Rosaura, soltera, insta como única progenitora, no tiene pareja que se sometiera con ella a la gestación subrogada y acude, en solitario, a la técnica de reproducción al carecer de capacidad de procreación de forma que Imanol no cuenta con material genético de doña Rosaura, de una posible pareja de la misma y de doña Antonia, en cuanto la gestación parcial - así llamada por la doctrina, al disociarse también aquí la maternidad genética y la gestación - se llevó a cabo con empleo de óvulos y esperma de donantes anónimos. En este sentido operan los documentos 4, folio 5 (acuerdo de voluntades para regular gestación sustituta, en cuyo capítulo 1, apartado b, se declara que: "... a través de embriones creados por fertilización in vitro (propiedad de la futura madre)...", escrito de 3 de agosto de 2018, de la propia parte, en el que se refieren los problemas de infertilidad de Doña Rosaura, y el interrogatorio de la parte demandada practicado en el acto de la Vista Oral en el que la Sra. Rosaura manifiesta y relata su incapacidad para la procreación y explica que el esperma y los óvulos utilizados en el proceso pertenecían a donantes anónimos, siendo costeados por ella.

Dichas circunstancias impiden el acogimiento de la solución apuntada por el Tribunal Supremo.

iii) Y por último tampoco cabe acudir al mecanismo que por la vía del acogimiento familiar y de las disposiciones del artículo 176.2 del Código Civil, cita también aquella sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 y en concreto la sentencia que ahora se apela.

Respecto de ello ha de decirse, en primer lugar, que tal instrumento legal supondría construir una ficción jurídica que no se corresponde con los hechos probados en las actuaciones.

Imanol no convive junto a su madre" en una guarda con fines de adopción "ni tampoco ha "estado bajo tutela del adoptante". Imanol reconocido como hijo de Doña Rosaura en el país en el que nació se ha integrado en el núcleo familiar de doña Rosaura y sus padres, como hijo y nieto respectivamente de la demandada y el actor. Ello al margen de considerar que también, en esos casos, las derivaciones podrían considerarse nulas dado que su origen está precisamente en el nacimiento de Imanol de una madre gestante sustituta, lo que el artículo 10. 1 de la LTRHA declara nulo. Así se entendió ya en el voto particular del Tribunal Supremo del auto dictado tras la sentencia de 6 de febrero de 2014 al razonar que: "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." Y sin olvidar una más de las muchas contradicciones de esta materia apuntada por Heredia Cervantes, titular de Derecho Privado, Social y



Económico de la UAM al examinar este precepto indicando que existen muchas posibilidades de que el padre biológico sea también el comitente, es decir, quien contrató con la madre gestante, por lo que resulta extraño que el partícipe en un contrato prohibido pueda recibir el "premio" de ver reconocida su relación de paternidad.

En el mismo orden de cosas ha de añadirse lo que también plantea cierto sector doctrinal por razones de protección del menor en orden a una aplicación analógica de lo previsto en ese artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético no hubiere sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante.

Pero, al margen de disquisiciones doctrinales, lo determinante para rechazar esta opción inviable es que tal estructura administrativa se integra plenamente en lo que el TEDH considera "una incertidumbre inquietante" de manera que Imanol se encontraría en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad (sobre este punto volveremos en el apartado siguiente), con todas las consecuencias negativas que de ello puedan derivarse de forma que, como dice la Gran Sala, valorando el interés superior del niño, en concreto y no en abstracto, la situación requiere que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica, y ello mediante un mecanismo eficaz y lo antes posible, que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente.

Y se sigue diciendo en el Dictamen "En tal situación, el interés del niño es que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible."

Es evidente que el dispositivo del artículo 176.2 del Código no cumple tales exigencias, como premisas inexcusables, y no evita esa situación de inseguridad jurídica de Imanol en cuanto a la relación con quien considera su madre quedando al albur de las decisiones administrativas.

Y ello, en primer lugar, porque el sistema de la intervención administrativa de expediente iniciado en la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid, al que se remite la sentencia, sin duda alguna se aleja de los parámetros de prontitud y eficacia que dictamina la Gran Sala y dispone el TEDH en las resoluciones de referencia (estudio de circunstancias socio-familiares, valoraciones sobre la idoneidad para la cobertura de las necesidades de todo orden del menor, etc., etc.,) y, sobre todo, queda sujeto a los principios de actuación de los Gestores Públicos recogidos en la Ley 6/1995 de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad de Madrid. Y en dicha norma, es donde, se vuelve a establecer un criterio nuevamente limitativo y perturbador esta solución en cuanto su artículo 59 apartado b) establece como regla o principio no meramente de referencia - como se dice erróneamente en la sentencia de la primera instancia - sino de preferencia que "En los casos de ofrecimiento para adopción de menores, tendrán preferencia:

a) Los residentes en la Comunidad de Madrid.

b) Los ofrecimientos cuya diferencia de edad entre adoptado y adoptante o adoptantes no sea superior a cuarenta años. En caso de adopción por parejas se considerará la edad media de ambos...".

La conclusión es clara y determinante: aun teniendo en cuenta la política de protección de los menores que inspira en nuestro país la labor de las entidades autonómicas públicas, la valoración de las circunstancias concretas en las que se encuentra Imanol inserto en este núcleo familiar, excepcionales dice la sentencia de la primera instancia, quedan sometidas a la ponderación que de ellas haga la Administración Pública en su toma de decisiones, tras las diferentes y correspondientes gestiones, trámites y procedimientos que establece aquella norma en la que se ordena y fija, prioritariamente, la preferencia por padres que no superen en 40 años al adoptado.

Es la solución que las decisiones del TEDH y el dictamen de la Gran Sala rechazan por inseguras, inciertas, lentas e ineficaces.

Queda descartada, por lo tanto, la opción que se apunta en la sentencia apelada.

3) Excluidas, por lo tanto, las posibilidades del ordenamiento jurídico que la citada sentencia del TS apuntaba y la opción a la que remite la sentencia aquí apelada por inaplicables a las circunstancias en las que se encuentra Imanol y la familia en la que está integrado, por encima de cualquier otra consideración ha de darse al niño el respaldo jurídico adecuado. Y es así porque las consecuencias de aquella contratación, que nuestro Ordenamiento jurídico considera nula, (en cuya gestión y proceso no procede entrar) ya se han producido y es el nacimiento de Imanol y su reconocimiento en los términos solicitados no vulnera el Orden Público español que lo que ha de hacer es garantizar, prioritariamente, su protección y seguridad jurídica, y aun teniendo en cuenta que han de atajarse fraudes o artificios que eludan la Ley, cuya tarea en términos de lege ferenda si corresponde al legislador. No se trata de sustituirle ni se pretenda la recepción sustantiva de una contratación prohibida por



la ley (aquí no vamos a examinar las condiciones de aquellos pactos, su exigibilidad, cumplimiento, acciones resarcitorias, etc., et...) como dice algún sector doctrinal (Doctora Vázquez Muiña de Derecho Civil de la UCM) sino que (como se hace en las sentencias que se han señalado en el fundamento jurídico quinto, si bien con distinta solución) se atribuyen ciertos efectos jurídicos a una situación ya distinta a esa contratación que es el nacimiento de un niño al que ha de protegerse, por encima de cualquier otra argumentación. Se trata de garantizar la salvaguarda de los intereses legítimos de los hijos ya nacidos, en este caso de Imanol, en una realidad sin fronteras en la que los continuos avances científicos en el campo de la genética han generado situaciones y conflictos jurídicos no siempre adaptables a la normativa vigente. Y en este contexto y a la luz de la doctrina del TEDH - que exige solución equilibrada - la creciente relevancia del interés superior del menor es innegable. De esta forma lo entiende también el voto particular del TS - que se indica en el fundamento jurídico quinto de esta resolución - al razonar: "El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público", valorando y realizando un justo equilibrio entre los intereses del Estado y de los individuos directamente afectados y en concreto del menor al estar en cuestión su situación. Se trata de dar total cobertura al hijo - y por conexión a la madre comitente - para evitar cualquier incertidumbre, en cuanto el niño así nacido no tiene porqué encontrarse en un limbo jurídico debiendo promover la efectiva integración y desarrollo de Imanol en su familia "de facto".

Las diversas fuentes normativas yuxtapuestas (legislación autonómica, estatal, constitucional, convencional, comunitaria) de las que se ha hecho reseña en el fundamento jurídico quinto han de cohererse aplicando directamente al caso los derechos fundamentales, con efecto directo del Derecho comunitario y convencional y la primacía de los derechos humanos. No es pues, cuestión de vulnerar lo establecido por el legislador (sanción civil que establece el artículo de la 10 de la LTRHA) sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando y ajustando los diversos mandatos confluyentes. Resolver, en definitiva, con esa normativa, la situación actual de Imanol, -dándole amparo- por cuanto lo anteriormente contratado - y su rechazo - es ajeno a esta resolución.

La perspectiva de la valoración y decisión no es, pues, examinar las consecuencias derivadas de la elusión de un procedimiento que hacen los padres comitentes sino ponderar equitativamente que de ese proceder no se derive perjuicio alguno para el menor, tercero ajeno a tales cuestiones y en este caso, puede no ser inadecuado señalar simplemente - y sin que de ello derivemos resultado alguno - que la demandada, así lo dice en el acto de la Vista Oral, lleva a cabo la GS en un tiempo en el que ya se había publicado aquella Resolución de 18 de febrero de 2009 y la posterior Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 que generó lo que la doctrina ha venido en llamar una legalización administrativa.

Y así, aun admitiendo que la publicación de la LTRHA implica un cambio fundamental en la relación entre biología y voluntad y el tratamiento jurídico en orden a la regulación de la filiación, no se trata aquí de dar cobertura a la maternidad intencional o la voluntad procreativa - el deseo de ser padre no comporta el derecho a la filiación - tal y como finalmente el mismo TEDH ha tenido ocasión de razonar a propósito de la sentencia -ya referida- Paradiso y Campanelli contra Italia (2017) cuando fundamenta que el derecho a la familia comporta la protección de familias ya constituidas y no la exigencia de formar una propia.

Sostiene algún sector doctrinal que la autonomía de la voluntad es determinante en la asunción de la paternidad, que no es un mero hecho biológico enlazando tales planteamientos con la función de la voluntad en el caso de la filiación por adopción a los fines de asimilarlo a la GS, lo que en expresión de DIRECCION001 es inatendible: "ni siquiera en la filiación adoptiva, concebida a imagen de la filiación natural, la voluntad de ser padres ha sido nunca determinante, con toda la trascendencia que reviste en este proceso, ya que el fin último de esa institución es garantizar el interés superior del menor frente a cualquier otro y eso debe basarse en criterios objetivos (proceso de idoneidad) y no en criterios subjetivos o psicológicos, como la voluntad de querer ser padre o madre (así se deduce de los arts. 175. 180 del Código civil español)"

De esta forma esa determinación de la filiación tiene como finalidad dar unos padres al hijo - no a la inversa - de manera que el mero consentimiento o voluntad de ser padres no genera derechos más allá de lo que permite el legislador en la regulación de la Ley 14/2006 de 26 de mayo de TRHA, donde es cierto ya juega un papel importante la voluntad en la atribución de la filiación, excepcionando así el principio de la veracidad biológica. En ese marco normativo el legislador ha relegado el elemento biológico en favor de la voluntad como elemento configurador de la filiación.

Y en este mismo orden de cosas la doctrina ilustra sobre algunas de las consecuencias derivadas de la maternidad intencional, significando la llamada voluntad líquida del adulto en los casos de rupturas de parejas, anomalías del feto, detección de enfermedades, consecución de embarazo propio no esperado de lo que es un ejemplo paradigmático el caso Buzzanca en el que tras la intervención de 6 personas (comitentes, donantes, gestante y marido) la menor Ramona llega a ser declarada huérfana en el Tribunal de Primera Instancia.



Tampoco la perspectiva de esta resolución - si bien en su base fáctica pudiera presentar algunas aproximaciones- es lo que viene estudiando algún sector doctrinal como la filiación afectiva (María Berenice Dias, Luix Edson Fachin) - del imperio del biologismo hasta la paternidad socioafectiva- y su prevalencia frente a la realidad biológica o lo que es lo mismo las relaciones afectivas de facto que se establecen en un entorno convivencial familiar, al que ha de darse - se sostiene- la respuesta jurídica que permita el ordenamiento, al tratarse de una realidad actual constatable y en el que no es inane- aquí también se insiste - el consentimiento implicado como elemento impulsor de la determinación legal de la filiación.

Tales planteamientos no tienen encaje en nuestro Ordenamiento Jurídico, no han sido contemplados en las sentencias del Tribunal Supremo y no hay pronunciamiento sobre ello en las resoluciones del TEDH de forma que la perspectiva de esta resolución no es examinar un hecho consumado por la maternidad unilateral o la voluntad procreativa de doña Rosaura sino que existe una realidad práctica - en expresión de la Gran Sala-, que es la vida de Imanol en la familia constituida con la Sra. Rosaura a lo que ha de darse respuesta jurídica.

Y en este punto cabe preguntarse a la vista de cuanto se ha expuesto ¿Cuál es el régimen más adecuado para lograr la total protección del menor en los casos en que, como el enjuiciado, no hay padre biológico, para que pueda relacionarse con la persona que no es su madre biológica no siéndolo tampoco la madre gestante?

Las claves para la respuesta que ha de darse al litigio sin entrar en la relación jurídica entre la comitente y el menor por aplicación del art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida proceden de dos institutos jurídicos a los ya se ha mención en esta resolución como mecanismos de legitimación para declarar la filiación de Imanol respecto de doña Rosaura : la posesión de estado y el interés del menor que en última instancia vienen estrechamente enlazados por la aplicación de las sentencias del TEDH (valga por todo la sentencia de 27 de enero de 2015 en el asunto Paradiso y Campaneli) que dice: "el derecho al respeto de una vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia, presupone la existencia de una familia", rechazando las pretensiones de los allí comitentes, entre otras razones, por la escasa relación de apenas unos meses de convivencia entre los interesados, y se argumenta que la existencia de un "proyecto parental" o de una clara voluntad procreativa no debe considerarse un argumento a favor de la protección de los lazos surgidos entre los comitentes y el niño, y de forma específica por lo declarado en el Dictamen, ya reseñado, en el que se aclara refiriéndose, lógicamente, al período de convivencia. "Lo que el interés superior del niño -que debe ser evaluado principalmente in concreto y no in abstracto- requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica."

3.1. Respecto de la posesión de estado.

Hay que señalar en primer lugar que la posesión de estado comporta y requiere según reiterada Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (valga por todas Sentencia de 9 de mayo de 2018, reseñada en fundamento jurídico quinto) "... la presencia de hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado (nomen, tractatus, fama), de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes, una apariencia de una relación de filiación manifestada por la posesión del estado de filiación. Es preciso, por tanto, que consten hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación"

Y la sentencia del TS 836/2013 también reseñada en el mismo fundamento Jurídico de esta resolución basándose en el instituto de la posesión de estado - si bien es cierto que como ya se señalaba examinaba un supuesto próximo pero no idéntico al que aquí enjuiciamos, en cuanto dicho Tribunal no tiene pronunciamientos en casos iguales al presente, ya dijo: "...de forma que en el curso de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica".

Igualmente la Sentencia del TS de 5 de diciembre de 2013 también reseñada, sobre cuestiones de filiación en matrimonio de personas del mismo sexo con aplicación del instituto de la posesión de estado y examen de la Ley de reproducción asistida recogió entre otros razonamientos y señaló: "...sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexa biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistidahasta el punto dice la sentencia recurrida, que " *dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escaso o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige. ..*

Es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad....".

Pues bien, en este caso las pruebas practicadas en las actuaciones, numerosas y consistentes, y valoradas conforme a las exigencias del artículo 217 de la LEC., y las afirmaciones que se realizan en la sentencia apelada, aquietadas y no discutidas por las partes esclarecen de forma definitiva la cara - no oculta para su entorno - de la vida familiar de Imanol junto a quien considera su madre y abuelos. Imanol es tenido por hijo y nieto respectivamente de doña Rosaura y sus padres tanto para la familia extensa como para los amigos y círculo cercano y diferentes comunidades sanitarias y educativas, y la primera y los segundos han prestado asistencia, cuidado y compañía a través de actos continuados y públicos de carácter personal, y de naturaleza maternal y familiar. Ha existido un comportamiento material y afectivo propio de la relación de filiación que es dispensado por quien se considera y es considerada como progenitora materna y por su familia.

Existe, en definitiva, una relación de filiación "vivida" - en términos del dictamen de la Gran Sala "una realidad práctica" - un comportamiento congruente con los deberes de madre manifestado mediante actos continuados y reiterados, lo que tal y como recuerda la sentencia 267/2018, de 9 de mayo, es exigido por la jurisprudencia para poder valorar el goce público de una relación de filiación.

En este sentido opera el interrogatorio de la parte demanda practicado en la primera instancia, en el acto de la vista oral en el que la interesada relata que se hizo cargo de Imanol desde su nacimiento, su llegada a este país, el ingreso en la guardería - ahora ya va al colegio dijo en aquella diligencia - donde no ha tenido problemas en esas gestiones porque la gente la ayudó en tales situaciones. Refiere que todos reconocen a Imanol como su hijo y a su padre como el abuelo del menor y también en el pueblo al que van.

Este relato, como decimos, es trasladado y admitido - sin cuestionamiento en esta alzada - en la sentencia apelada que si bien comprende que tal situación fáctica es un hecho incontrovertido termina por estimar que ello no es suficiente para el reconocimiento de la maternidad que aquí se postula al considerar que tal instituto requiere que el menor sea tenido por hijo, y retomando el razonamiento del artículo 10 de la LTRHA concluye que para la legislación española vigente la madre de Imanol es doña Antonia de quien el niño no tiene aportación genética alguna. Pero lo que ahora importa es reseñar dicho relato por cuanto se da por probado por ambas partes y no se discute por el recurrente ni por el Ministerio Fiscal constando debidamente acreditado, por lo tanto que: " No es controvertido que Imanol es miembro de la familia formada por doña Rosaura y sus padres , el menor tiene por madre a aquella y por abuelos a éstos, y el entorno social de doña Rosaura - sin cuestionarse si el menor tiene o no reconocida la filiación jurídica - considera al menor como miembro integrante de la familia; y también lo reconocen como perteneciente al núcleo familiar el centro educativo privado o la administración sanitaria..."

En esta situación el interés real de Imanol es preservar las vinculaciones alcanzadas en esa unidad y estabilidad familiar que integran y refuerzan la **posesión de estado** tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, - conforme a las previsiones del artículo 131 del CC.- como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada.

Procedería, en consecuencia, por esta vía en buena lógica jurídica estimar la solicitud aquí postulada que, en cualquier caso, presenta una íntima conexión con la fórmula que establece el TEDH en sus diferentes sentencias y en concreto en el Dictamen de la Gran Sala de 10 de abril de 2019 , reseñado en el fundamento quinto, determinando la exigencia de decidir evaluando, en concreto, el interés superior del niño, en todos los casos que le conciernan, (lo que se examinará a continuación) y que requiere que el reconocimiento de esta relación, legalmente establecida en el extranjero sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica, lo que enlaza directamente, como se ha dicho, con el instituto de la posesión de estado, ya examinado, y los hechos probados que se relatan en el fundamento jurídico séptimo que dan contenido al mismo.

3.2. Respecto del interés superior del menor.

Es de significar, en primer lugar, que si bien el Tribunal no se ve obligado por las exigencias de la Justicia Rogada - en cuanto la materia que nos ocupa viene determinada por los principios inherentes al "favor minoris" siendo cuestiones de orden público y por ello aplicables de oficio - la parte ahora apelante postula, también, la admisión de la demanda sobre la base del principio del interés superior del menor, según expresa en el recurso.

Preciso es señalar, que tampoco -una vez más - los casos resueltos por el TEDH y aquel al que se refiere el citado dictamen, emitido a solicitud del Tribunal de Casación Francés que traía causa de la sentencia *Menesson v. France* (n° 65192/11) - allí se trataba de un padre biológico - se corresponden con la concreta realidad examinada en estas actuaciones en las que el niño Imanol no tiene material genético de la comitente, de la gestante, desconociendo asimismo la identidad del padre biológico, y siendo inviable la adopción por las causas ya examinadas pero también conviene destacar que la Gran Sala ya previene *dejando claro* que en el futuro podría verse obligado a seguir desarrollando su jurisprudencia en este ámbito, en particular a la vista de la evolución de la cuestión de la gestación subrogada .



Y, asimismo ha de añadirse, y también el Tribunal Europeo es consciente y así se advierte en el Dictamen que, en el contexto de los acuerdos de gestación subrogada, el interés superior del niño no implica simplemente el respeto de estos aspectos de su derecho a la vida privada. Incluyen dice "otros componentes esenciales que no necesariamente pesan a favor del reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, como la protección contra los riesgos de abuso que implican los acuerdos de gestación subrogada (véase Paradiso y Campanelli, citados anteriormente, § 202) y la posibilidad de conocer el origen de la persona...".

En cualquier caso, es claro que el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio, en los términos establecidos por la Gran Sala, de conformidad con el interés superior del niño es directamente aplicable al litigio que enjuiciamos y por tanto también para Imanol se precisa que exista la posibilidad de reconocer una relación jurídica materno-filial con la madre comitente, designada en la inscripción de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como "madre legítima".

Pues bien, a la hora de examinar el criterio al que remite el TEDH aplicado al caso concreto de Imanol hay que recordar el contenido del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio que reforma la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil - plenamente acorde en esta reforma con las estipulaciones de aquellas convenciones y Tratados internacionales que se han citado - y tras su lectura no podemos calificar ya "el interés superior del menor" como un concepto jurídico indeterminado o como una cláusula general susceptible de concreción que el legislador introduce para ampliar los márgenes de la ponderación judicial sino como un concepto o presupuesto legal que a partir de ahí es plenamente aplicable, por sí mismo de forma exclusiva, y que se reseña con elementos o realidades concretas, cuantitativa y cualitativamente evaluables, con existencia en la realidad, perfectamente comprobables y demostrables, y por ello sujetas al procedimiento y a las exigencias de la carga de la prueba como cualquier otro elemento o circunstancia que es objeto del litigio procesal, y que se encuentra acuñado en el supuesto de hecho normativo con factores perfectamente determinados como son - no ya la vida o supervivencia del menor - sino su identidad y propio desarrollo o la satisfacción de sus necesidades, ya sean físicas y educativas, emocionales o afectivas, sus deseos, su derecho a participar progresivamente en el proceso de determinación de su interés superior, sus entornos familiares adecuados y libres de violencia, etc., etc., que no aparecen como elementos esencialmente controvertidos sino que procedentes de una general unanimidad social, suficientemente contrastados han sido fijados y recogidos por el legislador como exigencias normativas de inexcusable aplicación. El hijo es, por lo tanto, sujeto del derecho de forma que tales intereses de los hijos se diferencian sobre los particulares intereses de los padres.

En consecuencia, no estamos en presencia de un canon hermenéutico y ni siquiera ante una recomendación ética sino ante un Principio rector del ordenamiento jurídico con plena concreción en la norma sustantiva. De esta forma no es ya un principio general y abstracto cuyo uso está destinado a interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas - como dice el escrito de oposición al recurso que formula el Ministerio Fiscal - lo que significaría tanto como la posibilidad - según la interpretación que se proponga en unos y otros casos - de llegar a resultados y conclusiones diferentes e incluso contrapuestas a lo que dice el precepto, sino que como tal norma tiene entidad sustantiva propia y suficiente, y por ello es directa e inmediatamente aplicable y sujeta al principio de la carga de la prueba. Ya existe por lo tanto una "regla" dado que el contenido enunciativo en el epígrafe de aquel "interés superior del menor" como principio amplio, abierto, elástico, indeterminado ha sido desarrollado por la ley de forma precisa, específica y detallada. De esta forma el método de aplicación de la norma a la situación enjuiciada está ya basado y determinado por factores objetivos - aquellos que se contienen y enumeran en el artículo 2. 2. a), entre otras circunstancias, de la citada ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia - y no viene determinado por un acto de pura elección volitiva. La inicial concreción del interés del menor ya la ha hecho el legislador por lo que no es necesario integrarlo con consideraciones o valores asumidos por la sociedad, extramuros de la norma, procediendo, solo ya, su interpretación y aplicación al caso concreto como cualquier otro elemento del precepto conforme a los principios constitucionales.

Por lo tanto, el concepto de interés superior del menor deja de ser un recurso meramente retórico para constituirse así en un elemento diferenciador del litigio, directamente aplicable en cada circunstancia, con la finalidad y total capacidad de otorgar por sí solo plena protección jurídica en el conflicto concreto examinado y sometido a la jurisdicción.

De esta forma el legislador de acuerdo con toda la normativa supranacional ha dotado de contenido real y específico aquella cláusula genérica que ha de ultimarse y concretarse en la aplicación de dicha norma - como el supuesto legal de cualquier precepto - al caso concreto que hemos de valorar y juzgar, en este caso el que corresponde a Imanol.

Dice el TS en aquella sentencia del pleno de 6 de febrero de 2014 835/2013 - y previa en cualquier caso a la reforma legal que se acaba de indicar - que la concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme



a sus personales puntos de vista sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, y en este sentido la aplicación de la norma citada, que ya existe y es el reiteradamente citado artículo 2, cumple tales exigencias en cuanto el legislador es el que ya ha desarrollado de forma concreta el indicado concepto - asumiendo los valores sociales imperantes - y que incluso hace prevalecer sobre cualquier otro interés al establecer en el punto 4 del citado artículo 2 que: "En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir."

La aplicación así del citado precepto determina la siguiente situación fáctica conforme al resultado de las pruebas practicadas en la primera instancia:

1) Desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. Artículo 2.2.a) de la Ley.

Tales extremos quedan plenamente probados por el contenido del interrogatorio de doña Rosaura en el acto de la Vista Oral, en el que relata el cuidado de Imanol desde su nacimiento y documentos acompañados con la demanda, 13, (Padrón municipal de Habitantes) en el que consta el alta de Imanol en el domicilio de doña Rosaura desde el 15 de marzo de 2016, 15, acreditativo del derecho a asistencia sanitaria pública, figurando Imanol como beneficiario del asegurado doña Rosaura, 17, Documento de su médico pediatra que hace constar que el menor se encuentra clínicamente sano, 18, certificación médica que acredita el estado saludable de Imanol, 19, boletín de vacunaciones de Imanol cumplimentado en los esquemas y fechas de aplicación y Calendario de vacunaciones iniciado el 29 de diciembre de 2015, 20, Condicionado de la Póliza de Asistencia Sanitaria y Plus Dental de Adeslas en la que Imanol figura como asegurado, 21, informe clínico en el que consta que Imanol hace seguimiento pediátrico al que se le suministran vacunas según calendario oficial, 22, Certificación de la escuela infantil en la que se pone de manifiesto la matriculación de Imanol en educación infantil, y 23, IRPF de doña Rosaura acreditativa de sus ingresos quien presenta un rendimiento neto de rendimientos del trabajo de 53.606,23 euros y una cuota resultante de autoliquidación de 11.548,86 euros de lo que resulta un promedio mensual de 3504,78 euros.

De todo ello puede afirmarse, al quedar cumplidamente acreditado conforme a las exigencias del artículo 217 de la LEC., que el desarrollo de Imanol y la cobertura de sus necesidades básicas, materiales, físicas y educativas es plenamente satisfactorio en los términos exigidos en la norma.

En cuanto a las necesidades emocionales y afectivas se examinarán a continuación junto con el apartado siguiente relativo a la convivencia familiar por las razones que se indicarán.

2) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Artículo 2.2.c. de la Ley.

Examinaremos conjuntamente ambos requisitos concernientes al entorno familiar adecuado y la cobertura de las necesidades emocionales y afectivas por su evidente conexión dado que la familia es la unidad básica de desarrollo y experiencia del ser humano.

Este requisito concerniente al entorno familiar adecuado en el que se cubren satisfactoriamente las necesidades emocionales y afectivas de Imanol ya fue incorporado al procedimiento, y así admitido, por falta de contradicción en este extremo. No fue objeto de discusión, y por consiguiente tampoco de prueba, que Imanol desarrolla su vida familiar en un entorno conveniente, adecuado, y satisfactorio donde todas sus necesidades - de todo orden, afectivas y físicas- están cubiertas.

Y es así porque no se llevó a cabo la prueba pericial psicosocial instada por la parte demandante. Se pide en el acto de la Vista Oral por el Letrado del actor y se deniega por el Ilmo. Sr. Magistrado por entender que el niño está viviendo con el demandante y la demandada y que la situación es adecuada. Así se expresó en dicho acto, denegando en consecuencia la realización de la prueba. Formulada protesta por el Sr. Letrado y dado traslado a la Ilma. Representante del Ministerio Fiscal a fin de que diera por admitido y probado que Imanol se encontraba integrado en la familia, en un núcleo familiar de facto, por la Ilma. Sra. Fiscal se manifestó que no existían dudas de la efectiva integración del niño en la familia dado que no se discutía la situación familiar del menor, alegando que se sabía que había una familia en la que estaba Imanol. Resuelve el Ilmo. Sr. Magistrado alegando la estabilidad familiar en la que se encuentra el niño por lo que, finalmente, se estima innecesaria la práctica de la prueba al tratarse - argumenta- de una cuestión jurídica la que se suscita en el pleito, concluyendo con una expresión normativa que el legislador acuña para considerar y ponderar el interés superior del menor, definiendo a la familia como adecuada tal y como establece el artículo 2 de la Ley..



De esta forma convenido por todas las partes y así afirmado por el Juzgador de la Primera Instancia, hecho no controvertido en esta alzada queda cumplidamente justificado y demostrado que Imanol desarrolla su vida en un entorno familiar adecuado, en el que se integra junto a doña Rosaura y sus padres, con estabilidad y en el que se cubren satisfactoriamente todas sus necesidades afectivas y emocionales, en los términos que exige el precepto, o como argumenta el TEDH no existe duda de que doña Rosaura cuenta con las exigidas habilidades educativas y emocionales para criar a un hijo (a propósito del asunto Paradiso y Campanelli c. Italia).

3) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor. Art. 2.2. de la Ley.

Respecto del concepto de identidad de una persona y concretamente su interacción con la estructura de una relación jurídica paterno-filial (en aquel caso) hay que tener presente las indicaciones que hace la Gran Sala en el Dictamen reseñado en el fundamento jurídico quinto de esta resolución remitiéndose a las sentencias que el propio Tribunal había dictado en los casos Mennesson y Labassee y recordando, que cuando entraba en juego una faceta particularmente importante de la identidad de una persona, como cuando se trataba de la relación jurídica paterno-filial, el margen permitido al Estado era normalmente limitado. Y sigue diciendo el documento de 10 de abril de 2019: "...el Tribunal subrayó que "el respeto de la vida privada exige que toda persona pueda establecer su identidad como ser humano individual, lo que incluye la relación jurídica paterno-filial" y que "está en juego un aspecto esencial de la identidad de las personas en lo que se refiere a la relación jurídica paterno-filial" (.....). Añadió que el "derecho al respeto de la vida privada [de los niños nacidos en el extranjero a través de la gestación subrogada] -que implica que toda persona debe poder determinar la esencia de su identidad, incluida la relación jurídica paterno-filial- se vio sustancialmente afectado [por la falta de reconocimiento en la legislación francesa de la relación jurídica paterno-filial entre estos niños y los progenitores comitentes]". El Tribunal dedujo de ello que "se planteó una cuestión grave en cuanto a la compatibilidad de esa situación con el interés superior de los menores, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión a este respecto" (.....). Y en el Dictamen se sigue recordando que el Tribunal consideró entonces, "teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción sobre la identidad y el derecho al respeto de la vida privada de los [niños], que al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación jurídica con su padre biológico, el Estado demandado sobrepasó los límites permisibles de su margen de discrecionalidad". Y se añade que la falta de reconocimiento en el derecho interno de la relación entre el niño y la madre comitente es perjudicial para el niño, ya que lo coloca en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad (...) con mención especial, de los riesgos de que a esos niños se les niegue el acceso a la nacionalidad de la madre comitente que garantiza la relación jurídica paterno filial; pudiendo resultarles más difícil permanecer en el país de residencia de la madre comitente, ver menoscabado su derecho a heredar de la madre comitente etc., etc.,.... En este sentido, también, sobre el alcance del artículo 18.1 de la C.E. y art. 8 CEDH, STC 176/2008 de 22 de diciembre respecto al derecho a la vida privada y familiar.

Pues bien, siendo estos los presupuestos legales para determinar el derecho a la identidad de la persona, su definición, alcance y conformación sustancial en el marco de una relación jurídica parento-filial como núcleo constituyente del derecho a la vida privada y, consecuencia de ello la obligación de respetarlo procede examinar con relación a Imanol , y el ciclo vital en el que se encuentra, de 3 años y casi 7 meses de edad al momento de sustanciarse el procedimiento, valorando el proceso de construcción de identidad del menor, en qué medida resulta afectado negativamente por esa situación de inseguridad o incertidumbre en relación a la definición de su propia identidad en el marco de la familia en la que vive y de su entorno social, todo ello bajo los presupuestos del interés superior del niño cuyo respeto guía la presente resolución.

Tampoco aquí contamos con una prueba pericial psicosocial que nos pueda ilustrar y determinar en qué período o fase se encuentra Imanol en ese proyecto de desarrollo socioafectivo a fin de valorar su conciencia de identidad familiar y social.

Y nuevamente las pautas las ofrece la literatura científica y /o los Programas de Salud Infantil y Adolescencia de las CCAA (a título de ejemplo el editado por la Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, de 2014, elaborado por los profesionales del departamento de Psicología evolutiva y de la educación de la Universidad de Sevilla).

Y así se explica por los profesionales que el niño en un período desde el nacimiento hasta los 6 meses - ya presenta Sonrisa social y la Sensibilidad diferenciada hacia figuras familiares con una Total dependencia de su figura de apego, construcción de la confianza que se recibe a través de los cuidados físicos, la higiene y las caricias y el hecho de que sus padres interpreten y satisfagan estas demandas brinda seguridad y fortaleza al niño; entre los 6-12 meses el apego ya está establecido: precaución ante los desconocidos y protestas por la separación del cuidador; muestra llanto y/o timidez ante extraños (8 meses) y el hecho de que sus padres interpreten y satisfagan estas demandas brinda seguridad y fortaleza al niño; y específicamente en la etapa en que se encuentra Imanol , van adquiriendo mayor desarrollo y evolución entre 2-3 años - Desarrolla la



autonomía a través del movimiento y del lenguaje. - Cumple secuencia de órdenes. - Diferenciación del propio yo del de los demás. - Se interesa por los estados afectivos de los demás. - Experimenta emociones como vergüenza, culpa y orgullo. - Comparten con amigos. - Juego cooperativo y socio-dramático - Adoptan estados emocionales diferentes a los propios a través del juego simbólico. Adquiere hábitos de auto cuidado: vestirse, limpiarse y ducharse. - Etapa de un gran egocentrismo y dificultad para ponerse en el lugar del otro (hasta los 4 años) - Surgen pataletas y berrinches pues quiere separarse de sus figuras vinculares pero desea que ella siga a su servicio. 3-4 años - Relaciones de jerarquía establecidas (p.e. padres/hijo) - Construye un ideal basado en sus principales figuras de apego. - Conocimiento de normas sociales - Se amplían gustos y preferencias así como el contacto con diversos agentes de socialización (profesores, compañeros...). El vocabulario se incrementa notablemente.

El niño empezará a conocerse a sí mismo al final del 2º año; primero exteriormente, y luego interiormente. A los 2 años reconocerá a otras personas.

Todos conocemos en nuestros entornos convivenciales a la niña/o que con poco más de un año de edad a la salida de la guardería o del centro de educación infantil se aferra al cuello del progenitor/a que le recoge identificándole como figura de referencia, apego, cuidado y protección, niños/ niñas que con apenas 2 años de edad identifican en las fotos familiares a quienes forman parte de su familia extensa, como abuelos, tíos o primos...

Con tales indicadores del desarrollo podemos inferir que Imanol **evoluciona en el proceso de formación de su personalidad que** comienza a forjarse en torno a los dos años de edad, cuando toma conciencia de sí mismo como entidad diferente a todas las demás realidades que le rodean, siendo consciente de la configuración de esa relación familiar consolidada, existencia actual de ese núcleo familiar formado por doña Rosaura como madre a la que concibe como tal, el Sr. Claudio y esposa a quienes identifica como abuelos y el menor Imanol que se considera hijo de aquélla y nieto de éstos. Es claro que la protección de ese interés superior del menor, Imanol, en relación a su identidad en el marco de su relación materno-filial así ya definido legalmente con el examen de las coordinadas indicadas y conforme a las exigencias del artículo 8 del CEDH radica en no mudar la naturaleza del modelo familiar en el que vive Imanol.

Además y en el mismo orden de cosas la falta de reconocimiento de la relación entre Imanol y Doña Rosaura la madre comitente, en términos de la Gran Sala "es perjudicial para el niño, ya que lo coloca en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad ..." debiendo ostentar una identidad única por encima de fronteras de modo que la identidad no ha de ser distinta en el país en el que se inscribe y aquel en que reside, en el que se le deniega la petición de tarjeta de familiar de residente comunitaria.

La prueba practicada en las actuaciones valorada conforme a las previsiones legales del artículo 217 de la LEC da como resultado una situación fáctica, *realidad práctica* en los términos de la Gran Sala, en cuyos pliegues se transparenta una profunda verdad: Imanol tiene en doña Rosaura a su madre, hecho que este Tribunal ha de reconocer.

Se estima la demanda.

Procede disponer y declarar que doña Rosaura es la madre del menor Imanol nacido el NUM000 de 2015 en México ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente respetando los apellidos que al menor le impusieron al nacer y constan en la documentación registral extranjera, condenándola a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la estimación, no se hace especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación formulado por don Claudio y por lo tanto la adhesión al recurso formulada por doña Rosaura contra la Sentencia dictada en fecha 19 de febrero de 2019, por el Juzgado de Primera Instancia nº 77 de los de Madrid, en autos de filiación seguidos, bajo el nº 174/18, entre dichos litigantes, debemos revocar y revocamos la resolución impugnada, en el sentido de disponer y declarar que doña Rosaura es la madre del menor Imanol nacido el NUM000 de 2015 en México ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente respetando los apellidos que al menor le impusieron al nacer y constan en la documentación registral extranjera, condenándola a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.



Firme que sea esta resolución, procédase por el Órgano a quo a devolver el depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-1274-19, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ