



---

**Universidad de Valladolid**



# **Facultad de Derecho**

## **Master de Acceso a la Abogacía**

**¿TIENE LA MADRE DE INTENCIÓN DERECHO A QUE  
SE INSCRIBA SU FILIACIÓN SOBRE EL BEBÉ  
NACIDO?**

Realizado por: Eva Martín González

Tutelado por: D. Francisco Javier Matía Portilla

*Convocatoria: enero 2020*

# ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| 1. SUPUESTO DE HECHO.....   | 1  |
| 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....  | 6  |
| - 2.1 La regulación actual de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español y la controversia con el alcance de sus efectos en la práctica.....  | 6  |
| - 2.2 La filiación en España. El principio “ <i>mater semper certa est</i> ”.....   | 9  |
| - 2.3 La regulación de la inscripción de filiación en el Registro Civil. El criterio de la DGRN y la Instrucción de 5 de octubre de 2010.....   | 12 |
| - 2.4 La posible vulneración de derechos fundamentales por parte del Estado español. El principio de no discriminación del art. 14 y el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18 de la Constitución española..... | 17 |
| - 2.4.1 El principio de no discriminación del art. 14 CE.....   | 17 |
| - 2.4.2 El derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18 CE.....   | 20 |
| - 2.5 El interés superior del menor y el orden público internacional español.....   | 22 |
| - 2.6 Planteamiento y fundamentación de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....   | 25 |
| - 2.7 Posibilidades de prosperar la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....  | 31 |
| 3. CONCLUSIONES.....  | 34 |
| 4. BIBLIOGRAFÍA.....  | 37 |
| 5. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA.....  | 40 |

## 1. SUPUESTO DE HECHO

Dña. Diana Campos Abril y D. Fernando Arias Ruiz, matrimonio de 36 y 38 años respectivamente, con problemas para tener hijos, tras haberse sometido a varios tratamientos de fertilidad en España que resultan infructuosos, optan de común acuerdo por tener un hijo a través de la gestación subrogada.

Después de analizar las diferentes técnicas y países que ofrecen esta posibilidad, deciden que, en base a las garantías y la seguridad jurídica que ofrece, el mejor destino para realizar el tratamiento es el Estado de California, en Estados Unidos.

Tras viajar a este país y realizar los controles pertinentes, en enero de 2016 comienzan el tratamiento, para el cual ambos aportan material genético.

Después de nueve meses, el 18 de septiembre de 2016 la mujer gestante da a luz a un niño, al que llaman Martín.

Por Sentencia de 20 de septiembre de 2016 del Tribunal Superior del Estado de California se reconoce a ambos como los progenitores del bebé a todos los efectos legales.

El Encargado del Registro Consular de España procede a la inscripción de la filiación paterna lo que les permite regresar a territorio nacional con su hijo.

Una vez aquí, Dña. Diana solicita la inscripción de filiación materna mediante escrito presentado en la Oficina del Registro Civil de Valladolid el 26 de septiembre de 2016.

El Encargado del Registro -por Auto de 11 de octubre de 2016- deniega la inscripción del menor a nombre de la madre de intención ya que entiende que la madre, por definición, es la mujer que ha gestado al niño.

Una vez notificado el Auto, no conforme con el contenido del mismo, en fecha de 20 de octubre de 2016, Dña. Diana interpone recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando la inscripción del menor también a su nombre.

Dicho recurso fue notificado al Ministerio Fiscal que alegó en favor de la inscripción realizada por el Encargado del Registro, entendiendo que la madre “de facto” es la mujer gestante y que, en todo caso, el contrato de gestación al que se hace referencia es nulo conforme al ordenamiento jurídico español.

Por Resolución de fecha 19 de diciembre de 2016, la DGRN resuelve dicho recurso previa invocación del art. 10 en sus apartados 1 y 2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, en los que se prohíbe la “gestación por sustitución” y se establece que la filiación de los hijos nacidos mediante esta técnica estará determinada por el parto.

Entiende la DGRN, por tanto, que la inscripción realizada por el Encargado del Registro es adecuada y cumple con el principio de veracidad biológica en cuanto a la identificación de la madre por el parto, que no deja al menor sin filiación inscrita -pues ya se había admitido la misma a nombre del padre- y que de inscribirse este vínculo de filiación a nombre de Dña. Diana se estarían contraviniendo las normas de Derecho interno.

Por todo ello, la DGRN procede a desestimar el recurso y a confirmar el Auto emitido por el Encargado del Registro Civil de Valladolid.

En virtud del art. 781 bis LEC, Dña. Diana presenta oposición a dicha resolución en fecha de 11 de enero de 2017.

No viendo resuelta su situación, Dña. Diana acude a la vía ordinaria presentando contra la Resolución de la DGRN, en fecha de 20 de enero de 2017, demanda de juicio verbal ante el Decanato de los Juzgados de Valladolid. En su escrito de demanda alega haber sufrido discriminación en virtud del art. 14 CE y haber visto gravemente perjudicados sus derechos al no haberse actuado del mismo modo con ella que con su marido.

De dicha demanda fue concedor el Juzgado de 1ª Instancia N°1 de Valladolid, que dictó Sentencia 659/2017 de fecha 16 de febrero del siguiente tenor:

*“Fallo: Que, desestimando íntegramente la demanda interpuesta por Dña. Diana contra la resolución de la DGRN de fecha 19 de diciembre de 2016 debo confirmar y confirmo dicha Resolución, denegando así la inscripción de filiación del menor a nombre de la recurrente.”*

En la fundamentación jurídica, el Magistrado-Juez basa su decisión en los siguientes motivos: el interés superior del menor, la contravención de las normas de Derecho interno que prohíben categóricamente los contratos de gestación por sustitución y la vulneración de los derechos reproductivos de la mujer.

Siguiendo los cauces procesales pertinentes, Dña. Diana presenta el 9 de marzo de 2017 recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Valladolid.

Este recurso fue resuelto por Sentencia 706/2017 de 3 de abril en la que, en base a la misma fundamentación que el Juzgado de 1ª Instancia de Valladolid, se desestima el recurso y se confirma la Sentencia recurrida.

Finalmente, recurre en Casación al Tribunal Supremo presentando escrito de interposición el 21 de abril de 2017 y, siguiendo en su línea argumental, alega ante este órgano:

- Haber sufrido una grave discriminación en calidad de madre no gestante del menor, en comparación con el trato que de los Tribunales recibe D. Fernando, cuando ambos habían aportado material genético.
- Haber sido víctimas, tanto ella como el menor, de la vulneración de su derecho a la intimidad personal y familiar, al dejar los Tribunales al niño en una grave situación de desprotección.
- Haber sido la sentencia impugnada contraria a la jurisprudencia del TS en esta materia.

Por tanto, pide que se admita la inscripción de la filiación del niño en el Registro tanto a nombre de ella como de su marido y se retrotraigan todas las actuaciones al momento de la inscripción.

El Tribunal Supremo en Sentencia 5578/2018 de fecha 26 de febrero resolvió el asunto con la siguiente fundamentación:

*“I. Que, la Sentencia judicial aportada por la parte recurrente es título suficiente para proceder a la inscripción del menor en el Registro Civil, pero dicha inscripción tan solo puede tener efectos a nombre del padre, ya que, que los tuviese también a nombre de la madre no gestante sería contravenir las normas de Derecho interno.*

*II. Que no solo no se ha desprotegido al menor durante el proceso judicial, sino que, en todo caso, el fin último ha sido siempre el de perseguir su bienestar y velar por su interés, protegiéndole de cualquier situación de incertidumbre jurídica y respetando su intimidad personal y familiar.*

*III. Que, en todo caso, los intereses de la recurrente pueden verse satisfechos a través de otros mecanismos, como son la adopción, estableciendo así un vínculo similar al de la maternidad que reclama.”*

En virtud de todo ello, el tribunal FALLA desestimando el recurso de casación y confirmando la sentencia invocada.

Agotando la vía judicial interna, en fecha 28 de marzo de 2018, Dña. Diana recurre en Amparo ante el Tribunal Constitucional alegando *“una clara e inequívoca discriminación hacia su persona, en calidad de madre con imposibilidad de gestar, habiéndose vulnerado reiteradamente por los tribunales españoles el art. 14 CE y existiendo durante todo el proceso un trato claramente discriminatorio en comparación con el dispensado hacia su pareja.*

*Considera además esta parte, que la denegación de la inscripción del menor constituye una vulneración del art. 18 CE en relación con la intimidad personal y familiar, respecto a la que se produce una manifiesta intromisión.”*

Se fundamenta como motivo de especial trascendencia constitucional la inexistencia de doctrina por parte del Tribunal Constitucional en este aspecto. Alegando que, si bien este sí se ha pronunciado sobre el derecho a la prestación por maternidad de las madres cuyos hijos han nacido fruto de estos contratos, no lo ha hecho hasta día de hoy sobre la posible discriminación que sufren las mismas cuando no ven reconocida la relación de filiación en España, o sobre la posible injerencia de los poderes públicos en la vida personal y familiar de estos menores respecto a sus familias de intención.

Admitido a trámite el recurso al entender el Tribunal que la demanda cumplía con todos los requisitos legales, por Sentencia 582/2019 de fecha 28 de noviembre, FALLA desestimando el mismo y procediendo a denegar el amparo solicitado, alegando no apreciar vulneración de los derechos garantizados por los arts. 14 y 18 CE.

Dicho FALLO trae consigo la siguiente fundamentación:

*«La situación de la que trae causa el presente recurso no puede entenderse como lesiva del derecho de igualdad ante la ley.*

*El trato diferenciado al que hace alusión la recurrente, respecto al padre del menor, encuentra justificación debido a que el padre es indiscutiblemente el progenitor del niño, y en el caso de Dña. Diana, pese a que el material genético que comparte con el bebé es igual que en el caso su pareja, ella no ha sido la persona gestante, y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, madre del menor sería la mujer gestante “mater semper certa est”.*

*En referencia a la vulneración del art. 18 CE respecto a la intimidad personal y familiar, este Tribunal tampoco admite tal consideración. Dicha intromisión, si en algún momento existió o tuvo cabida a lo largo del proceso, se motiva y legitima en el objetivo por parte de los tribunales de proteger la situación de incertidumbre jurídica del menor y de velar por el interés superior del mismo.”*

Agotada ya la vía judicial interna y siguiendo vigente su controversia, Dña. Diana contempla la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para ello se le plantea alegar la vulneración de los derechos reconocidos en los arts. 8 y 14 de la Convención de Derechos Humanos, referentes al derecho al respeto de la vida privada y de la vida familiar y al derecho a la no discriminación, respectivamente.

Ante la situación descrita y la solicitud de asesoramiento inmediato que solicita Dña. Diana, se emite Dictamen sobre el particular pronunciándose en relación a:

- La regulación actual de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español
- Los principios que rigen la filiación materna en España
- El régimen de inscripción de la filiación de los menores en el Registro Civil español y el criterio actual de la Dirección General de Registros y el Notariado
- Los derechos que se le han vulnerado a Dña. Diana, desde la perspectiva constitucional y desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos
- Cómo se debería fundamentar la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las posibilidades de la misma para prosperar y obtener una resolución favorable.

## 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 2.1 La regulación actual de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español y la controversia con el alcance de sus efectos en la práctica

La gestación subrogada o gestación por sustitución, como concepto legal, no solo no tiene una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico, sino que, de acuerdo al mismo, se trata de una práctica ilegal y penada por la legislación.

Así, se regula en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de cuyo artículo 10<sup>1</sup> se desprenden las siguientes conjeturas:

- La nulidad del contrato suscrito del que, consecuentemente, no se podrán derivar obligaciones civiles.
- La determinación de la filiación por el parto, lo que supone el reconocimiento de la filiación respecto de la madre gestante y no de la madre de intención.
- La ineficacia de la renuncia de la madre gestante a la filiación materna, primando así en nuestro ordenamiento jurídico el principio “*mater semper certa est*”.
- La salvedad para el padre biológico de poder reclamar la paternidad respecto del menor.

Por otro lado, nuestra legislación civil deja constancia sobre el modo de proceder a la hora de determinar la filiación de un menor y sobre cómo se debe probar la misma.

De esta manera lo regula la Ley de Enjuiciamiento Civil en los arts. 764 a 768 y el Código Civil en sus artículos 113 y siguientes.

En referencia a este primer artículo que el Código Civil dedica a la filiación, en él se determina lo siguiente “*la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil*”,

---

<sup>1</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, *Boletín Oficial del Estado* 126, de 27 de mayo de 2006.

*Artículo 10. 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.*



y añade en su último párrafo una advertencia legal del siguiente tenor literal: “no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria”.

Poniendo en relación el artículo anterior con lo dispuesto en la Ley 20/2011, de 21 de julio de Registro Civil, de sus artículos 44 y 46, se desprende una reafirmación en nuestro Derecho interno del criterio de veracidad biológica<sup>2</sup> entendido como la identificación de la maternidad por razón del parto.

Por tanto, el marco jurídico nacional no da lugar a que se pueda dotar de legalidad y protección a un contrato de tal tipo -aunque éste tuviera un fin altruista- ya que el objeto de intercambio en todo caso sería una vida humana, con lo que no solo se estaría infringiendo esta normativa, sino que se incurriría además en un ilícito penal.

En este sentido, el Código Penal español “*tipifica como delito diversas actuaciones que guardan una evidente conexión con la gestación subrogada, como son las de ocultar o entregar «a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación» (artículo 220.2 del Código Penal) o, mediando compensación económica, entregar «a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación» (artículo 221.1 CP), y ello con independencia de que la entrega del bebe se produzca en el extranjero (artículo 221.2 CP).*”<sup>3</sup>

Sin embargo, y a pesar de todas las restricciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico para evitar que la gestación subrogada pueda tener efectos en España, la realidad es muy diferente. Aunque estos contratos están siendo celebrados en el extranjero, una vez que nacen los menores y sus padres vuelven con ellos a España, los efectos legales se despliegan en nuestro país, viéndose involucrados los Tribunales en dar respuesta y cobertura jurídica a una situación que de tener origen en territorio nacional sería nula.

Resulta paradójico, por tanto, cómo una vez que los menores han sido inscritos en el Registro Civil español a nombre de los padres de intención, estos no solo no son enjuiciados como sujetos activos de un ilícito penal, sino que gozan de los mismos derechos y prestaciones que cualquier otro progenitor respecto de sus hijos.

Cabe señalar, en este sentido, dos Sentencias del Tribunal Supremo que abordan de manera directa esta controversia:

---

<sup>2</sup> DÍEZ FRAILE, Juan María. “La gestación por sustitución ante el registro civil español, evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”. *Revista de Derecho Civil*. 2019/1, pp. 53-131.

<sup>3</sup> MATÍA PORTILLA Francisco Javier. “¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?”. *Revista de Derecho Político* 105 (2019), pp. 81-125.

La primera de ellas, la STS 881/2016 de 25 de octubre, se centra en determinar “*si la denominada "maternidad subrogada" es una situación protegida por nuestro sistema de Seguridad Social, en particular respecto de quien ha instado ese método de reproducción asistida y aparece como padre tanto biológico cuanto registral.*”

En el análisis<sup>4</sup> que el Tribunal hace de la situación, se destaca que, a pesar de que el contrato sea plenamente nulo conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el mismo ha desplegado sus efectos e introduce ya a los menores en el núcleo familiar del solicitante de esta prestación, abogando así por la igualdad de los hijos ante la ley y procurando que estos niños no vean mermados sus derechos independientemente de su filiación y proveniencia.

El Supremo resuelve también de modo muy similar al anterior, en la STS 953/2016 de 16 de noviembre<sup>5</sup> en la que reconoce la prestación por maternidad para los padres de una niña nacida por gestación subrogada en el Estado de California, a los que previamente el INSS les había denegado el derecho a la misma.

Así, en el Fundamento de Derecho NOVENO apartado 2 de esta resolución, el Alto Tribunal justifica el derecho que los padres de la menor tienen a recibir dicha prestación en base a lo siguiente: “*La censura jurídica formulada ha de tener favorable acogida, procediendo reconocer a favor de la recurrente las prestaciones de maternidad solicitadas, atendiendo a los motivos que a continuación se pasan a exponer:*

*Primero: La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos. Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato. [...]*

*Cuarto: De no otorgarse la protección por maternidad -atendiendo a la doble finalidad que tiene, tal y como se consigna en el apartado sexto- 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.”*

Por tanto, en base a que la legislación nacional en cuanto a gestación subrogada se refiere es muy limitada y que el Derecho necesita dar una respuesta a este nuevo modelo de familia, es la jurisprudencia la que viene forjando el criterio jurídico a tomar en cuenta por los Tribunales

---

<sup>4</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 991), Sentencia núm. 881/2016 de 25 de octubre. “*Que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en 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. Y aquí nos encontramos con un contrato de maternidad por subrogación que es nulo pero que ha desplegado sus efectos, en particular los que interesan: inserción de las menores nacidas en el núcleo familiar de quien solicita las prestaciones por tal motivo.*”

<sup>5</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 991), Sentencia núm. 953/2016 de 16 de noviembre.

a la hora de resolver estos conflictos que, al respecto, cada vez con más asiduidad, se van planteando.

Cabe cuestionarse entonces, si sigue teniendo sentido que por parte de nuestras leyes se dote de nulidad a un contrato que fácilmente puede perfeccionarse en el extranjero y, que una vez finalizado este, todos sus efectos se desplieguen de modo legal en España.

## 2.2 La filiación en España. El principio *“mater semper certa est”*.

Por “filiación”, entendemos la relación jurídica que *“se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de hijos”*.<sup>6</sup>

Se trata, por tanto, de un hecho biológico y con trascendencia jurídica en base al vínculo que se crea cuando una persona ha sido procreada o engendrada por otra, y que el Derecho recoge y regula, creando una relación jurídica entre padres e hijos.

La filiación, que en un inicio tan solo obedecía al principio de veracidad biológica según el cual se consideraban padres a aquellos de cuya unión se había engendrado un hijo, ha ido evolucionando paulatinamente para dar respuesta a las diferentes realidades sociales que en esta materia han ido acaeciendo.

En la actualidad, es el artículo 108 del Código Civil el que recoge los diferentes tipos de filiación, *“la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.”*

Sin embargo, como el mismo indica, a día de hoy, tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial y la adoptiva surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

Hay que atender también a lo dispuesto en los arts. 112 a 126 del Código Civil en esta materia. Respecto a la filiación paterna, se establece una presunción de paternidad matrimonial y respecto a la de ambos progenitores se recoge en el art. 115 que la misma quedará determinada legalmente:

*“1.º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.*

*2.º Por sentencia firme.”*

---

<sup>6</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Derecho de familia*. Vol. IV, Tomo I, Sistema de Derecho Civil, Tecnos, Madrid (2012), pp. 238 y 239.

Toda esta regulación en materia civil, si bien en un inicio daba respuesta a las situaciones que en materia de filiación tenían lugar en España, queda un tanto obsoleta en algunos aspectos cuando se introducen en nuestro país las técnicas de reproducción asistida, que van dando lugar a ficciones legales y que quiebran de algún modo la aplicación de esta normativa a las nuevas realidades emergentes.

No es sino con la aprobación de la anterior Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida, cuando se comienzan a introducir cambios profundos en materia de filiación, ya que se genera por primera vez la posibilidad de disociar entre el título de legitimación y la realidad de procreación natural.<sup>7</sup>

El art. 7.1 de esta norma establece una presunción general a favor de la normativa vigente para regular los casos de filiación de los niños nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida, con la salvedad de las especialidades que se contienen en esta Ley: *“la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este Capítulo.”*

En relación a estas especialidades, cabe destacar sobre todo el art. 8, cuyo apartado primero enmarca la filiación en un contexto jurídico-social, más allá del origen puramente biológico del menor.

Afirma así este precepto que la filiación de los menores nacidos fruto de técnicas de reproducción asistida en las que se haya utilizado gametos o preembriones donados, siempre y cuando haya consentimiento previo y expreso de los progenitores, está determinada por la filiación matrimonial a favor de los mismos.

Consecuentemente, una vez establecido el vínculo de filiación, este será inimpugnable por dichos cónyuges.

No resuelve, sin embargo, el problema que se presenta sobre la filiación cuando se trata de un caso de gestación subrogada.

Al respecto, no se cuestiona de modo alguno la filiación paterna, pues padre será el que aporte el material genético masculino; sin embargo, en el caso de la madre aparecen dos realidades: la de la mujer que gesta al niño y la de la mujer que aporta el óvulo, o que ni siquiera llega a aportarlo, sino que se limita a firmar el contrato como “madre de intención”, en cuyo caso la mujer gestante será la que aporte también el material genético.

---

<sup>7</sup> DÍEZ FRAILE, Juan María. “La gestación por sustitución ante el registro civil...”, *op. cit.*, p. 61.

En estos casos, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley 14/2006, *“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*. Por tanto, atiende este precepto al presupuesto de que la maternidad se vincula con el nacimiento y que, por tanto, se considerará madre biológica a la que dé a luz al hijo.

Esta concepción tradicional de “madre es la que da a luz” ya se contemplaba en la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, que queda ahora reforzada por la actual Ley de 20/2011, cuyo art. 44.7, párrafo 3.º permite la inscripción de la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil *“respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo”*. Y, que en su art. 46, establece la exigencia de que se asegure la identificación del recién nacido y se hagan las comprobaciones necesarias para determinar de forma indubitada la filiación materna: *“(…) El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas que resulten necesarias para ello conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas. (...)”*

El ordenamiento jurídico español hace, por tanto, una presunción a favor del principio *“mater semper certa est”* – la madre siempre es conocida – en virtud del cual se entiende que la maternidad se evidencia en razón del embarazo y del parto.

Se plantea, así, un gran debate jurídico entorno a cómo determinar la filiación materna de estos niños nacidos a través de la gestación por sustitución, ya que, si se está a lo dispuesto en los textos normativos, la existencia de la figura de la madre de intención no tendría cabida en nuestro Derecho.

Debate que, por otro lado, no solo afecta a España, sino que se amplía a países como Francia o Italia donde la situación legal en este aspecto es muy similar a la del nuestro.

### **2.3 La regulación de la inscripción de filiación en el Registro Civil. El criterio de la DGRN y la Instrucción de 5 de octubre de 2010.**

Como ya se ha indicado anteriormente, a pesar de que la figura de la gestación subrogada no encuentra amparo en nuestro ordenamiento jurídico, doctrina y jurisprudencia afrontan esta realidad procurando dar una respuesta jurídica uniforme para estos casos.

Esta respuesta no está tan solo en manos de Jueces y Tribunales, sino que afecta también a otros órganos, como son los Registros Civiles y la Dirección General de Registros y el Notariado (en adelante DGRN), en cuanto a que son éstos los encargados de inscribir la filiación de los menores y de llevar a cabo los controles necesarios que aseguren que dicha filiación cumple con todas las garantías.

En este sentido, hay que reseñar que, actualmente, la doctrina de la DGRN sigue un criterio procesal homogéneo, fruto de la evolución de las resoluciones vertidas a los diversos recursos interpuestos contra la calificación de los Encargados del Registro Civil español, que denegaron, en distintos casos, la inscripción de la filiación solicitada, generalmente bajo el argumento de la vulneración del artículo 10 de la Ley española de técnicas de reproducción asistida.

El criterio que rige actualmente y que aboga por la inscripción de los menores en virtud del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras que determinen la filiación, se forjó a raíz de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

Hasta esta Resolución, la DGRN vino rechazando las inscripciones de nacimiento y filiación de menores nacidos fuera del estado español, cuando de la calificación o de las comprobaciones llevadas a cabo por el Encargado del Registro Civil español o Civil Consular, no se dedujese una óptima correspondencia entre la realidad de los hechos y el contenido de la certificación registral extranjera aportada.

Sin embargo, y a pesar de que fue anulada judicialmente con posterioridad, la Resolución de 2009 supuso un punto de inflexión en el criterio de la DGRN sobre esta controvertida materia.

En ella, la DGRN estimó un recurso interpuesto por una pareja de hombres de nacionalidad española a los que el Registro Consular de Los Ángeles, alegando el art. 10.1 de la Ley 14/2006, había denegado la inscripción de dos niños mellizos, hijos biológicamente de uno de los recurrentes y de una madre gestante anónima.

El principal motivo que la DGRN argumentó a favor de la inscripción fue que *“el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español.”*, entendiéndose así que el legislador prevé un mecanismo específico para estos supuestos que se encuentra recogido en el art. 81<sup>8</sup> del Reglamento del Registro Civil.

Continúa la Resolución afirmando que *“la aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.”*

En base a ello, la DGRN reconoce la certificación registral extranjera y, considerándola título suficiente, procede a inscribir a los menores en el Registro Civil español.

Esta Resolución trajo consigo opiniones doctrinales muy críticas al respecto que consideraron que lo que se ponía en valor en esta Resolución era la identificación de un título extranjero, que traía causa de una práctica llevada a cabo fuera de España y cuyo contenido esencial es el reconocimiento de una relación de filiación excluyente respecto de la madre gestante. Además, *“la interpretación realizada por la Resolución suponía dejar sin contenido al artículo 83 RRC desde el momento en que siempre sería posible obtener una certificación registral que acreditase una previa resolución judicial.”*<sup>9</sup>

A pesar de lo novedoso de la misma al reconocer la certificación registral extranjera como título válido para la inscripción, fue anulada posteriormente a instancias del Ministerio Fiscal por la SAP Valencia 826/2011 de 23 de noviembre, que confirmaba la SJPII Valencia 193/2010 de 15 de septiembre, cuyo fallo dejaba sin efecto la inscripción del menor.

Encontrándose, por tanto, la DGRN ante una situación de incertidumbre doctrinal y con el objetivo de esclarecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante las técnicas de reproducción asistida y de dar protección jurídica al interés superior del menor, emite la

---

<sup>8</sup> Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, *Boletín Oficial del Estado* 296, de 11 de diciembre de 1958, pp. 10977- 11004.

*Art. 81: El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.*

<sup>9</sup> HEREDIA CERVANTES, Iván. “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestión por sustitución”. *Annuario de derecho civil*, Vol. LXVI, fasc. 2 (2013), pp. 687-715.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Como principal novedad que se introduce con esta norma, encontramos la limitación de su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que se pretenda la inscripción en España de una relación de filiación fruto de la gestación subrogada ocurrida en el extranjero.

Pero, ello, siempre y cuando haya intervenido una autoridad judicial foránea para homologar el correspondiente contrato y para determinar legalmente, por resolución judicial, la filiación a favor de los padres de intención.

Se requiere, por tanto, para la inscripción de filiación, una resolución judicial extranjera cuyo reconocimiento exigirá que:

- i) esta sea firme y acredite fehacientemente la filiación del menor.
- ii) los consentimientos prestados por la madre gestante y los padres de intención sean irrevocables.
- iii) que el Tribunal de origen haya basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

Se garantiza así, una mayor seguridad y garantía de que estos contratos suscritos en el extranjero no se hayan realizado en fraude de ley.

Con el contenido de esta Instrucción, la DGRN pretende, de un lado, lograr una plena protección jurídica del interés superior del menor, evitando que con la inscripción registral se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores, garantizando así el derecho que tienen estos a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, apartado 1<sup>10</sup>, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de

---

<sup>10</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1989.

*Artículo 7.1. El niño será inscripto 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.*



noviembre de 1989, artículo 12<sup>11</sup> de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en STS 776/199<sup>12</sup> de 21 de septiembre.

Y de otro lado, se intenta garantizar la protección de las mujeres que se prestan a esta técnica de reproducción y renuncian a sus derechos como madres, haciendo que se constate la plena «capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante» y la «eficacia legal del consentimiento» prestado, agotando la posibilidad de que estos contratos encubran ningún caso de explotación de la mujer.

Por tanto, en ella se plasma una importante rectificación de lo dispuesto en la Resolución de 2009, exigiéndose ahora la aportación de una resolución judicial extranjera<sup>13</sup>, quedando excluida así la sola certificación registral extranjera como título suficiente para la inscripción del nacimiento y reconocimiento de la filiación.

Encontramos diversas resoluciones que la DGRN ha dictado en aplicación de esta norma. En todas ellas, el denominador común es siempre la distinción entre si el título inscribible se trata de una resolución judicial dictada por un tribunal extranjero competente o si se trata, simplemente, de una certificación registral extranjera.

---

<sup>11</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, *Boletín Oficial del Estado* 312, de 29 de diciembre de 2007, pp. 53676-53686.

*Artículo 12. Derecho a conocer los orígenes biológicos.*

*Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública, los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin.*

*Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del niño y de su familia.*

*Los organismos acreditados que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor.*

<sup>12</sup> España. Tribunal Supremo (Sala del Civil, Sección Primera), Sentencia 776/1999, 21 de septiembre.

*“Aunque nuestras Leyes de enjuiciamiento no contemplan los deberes de oficio que corresponden al órgano jurisdiccional, sobre todo en materia de pruebas, en asuntos llamados procesos civiles inquisitivos, dominados por el interés público en los que la búsqueda de la verdad material impera sobre la verdad que pueda establecerse formalmente, las nuevas leyes conceden gran importancia a estos poderes. Así "mutatis mutandis" con razones analógicas que traspasan el cauce de la jurisdicción voluntaria para impostarse dentro de la jurisdicción contenciosa, no debe olvidarse el mandato de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor que reza así: "Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal, actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.”*

<sup>13</sup> Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, *Boletín Oficial del Estado* 243, de 7 de octubre de 2010, pp. 84803-84805.

*“El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.”*

De conformidad con la primera de las modalidades, se pronuncia la DGRN en sus Resoluciones de 6 de mayo de 2011 o de 23 de septiembre de 2011, en las que no procede a la inscripción de los menores al entender que no queda acreditada una resolución judicial dictada por un órgano jurisdiccional competente por parte de los padres de intención y que, por este motivo, no es posible garantizar ni la protección del menor ni la de la madre gestante.

En sentido opuesto resuelve la DGRN en su Resolución de 12 de diciembre de 2011, en la que, de conformidad con lo dispuesto en la Instrucción de 2010, sí acuerda la inscripción en el Registro Central del nacimiento de una menor con constancia de filiación paterna y materna matrimonial.

En este caso, se trataba de un recurso interpuesto por los padres de intención de la niña, ante la negativa del Registro Civil Central de inscribir a la menor, bajo el argumento de que no quedaba acreditada la verdadera filiación biológica de esta respecto a los recurrentes.

Sin embargo, la DGRN entiende que la Resolución judicial de filiación emitida por el Tribunal de Causas Civiles del Condado de Lucas (Ohio, EEUU), aportada a la causa por el matrimonio como documento probatorio de la misma, sí es título suficiente para la inscripción de esta en el Registro Civil, ya que se cumplen en este caso todos los requisitos – salvo la conformidad con la legislación española de determinación de la filiación por gestación subrogada – para que en interés de la menor y de la madre gestante, se proceda a la inscripción de la primera a favor de los padres comitentes.

Vemos así, como en la actualidad, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos, se está a lo dispuesto en la Instrucción de 2010.

Pero es importante reseñar al respecto que hay que tener en cuenta que este criterio sobre la inscripción de filiación - en base a una resolución judicial extranjera de la DGRN en relación a la Instrucción -, no se puede entender como irrevocable, sino que contará siempre con la salvedad de que conforme a la legislación sustantiva española estas inscripciones pudieran ser anuladas judicialmente.

Para finalizar, cabe decir que en esta materia la DGRN sigue buscando nuevas fórmulas para dar cobertura jurídica a las realidades que se van planteando.

Fruto de ello, en 2019 se aprobó la Instrucción de fecha 14 de febrero de 2019 que pretendía actualizar el régimen registral de la filiación de los menores nacidos por vía de la gestación por sustitución, regulando los supuestos que se produjeran en países cuyos sistemas legales no contemplan el reconocimiento de la filiación por resolución de judicial a favor de los padres comitentes.

La solución que planteaba esta Instrucción era la de admitir la filiación probada biológicamente a favor del padre, abriendo la posibilidad del reconocimiento de filiación a favor de la madre mediante un procedimiento de adopción.

Sin embargo, este texto no se llegó a publicar oficialmente en el BOE y, paralelamente, se publicó una nueva Instrucción con el mismo nombre y bajo el mismo Centro Directivo que la dejaba sin efecto, lo que supone la reviviscencia de la Instrucción de 2010.

## **2.4 La posible vulneración de derechos fundamentales por parte del Estado español. El principio de no discriminación del art. 14 y el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18 de la Constitución española.**

### **2.4.1 El principio de no discriminación del art. 14 de la Constitución Española**

El principio de igualdad, consagrado en el art. 14 de nuestra Constitución, exige un trato igualitario de los ciudadanos ante la ley, *“sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, esto supone que la regulación normativa estatal otorgue un trato igual a personas que se hallen en situación idéntica.

En efecto, este principio, en sus dos manifestaciones de juicio de igualdad y proscripción de discriminación, se impone a los órganos del poder público en tanto en cuanto estos deben garantizar un trato indiferenciado a todos ciudadanos independientemente -además de otras características y situaciones personales- de su sexo.

Esta concepción, en relación con la gestación por sustitución y el supuesto de hecho del que trae objeto este trabajo, nos lleva a analizar si la diferencia de trato respecto a hombres y mujeres en la determinación de la filiación derivada de un contrato de maternidad subrogada supone una discriminación normativa o, en su caso, se encuentra justificada.

Con carácter general, se entiende que para que se produzca una vulneración del principio de igualdad ante la ley o discriminación no basta con que se dispense un trato diferenciado a unos ciudadanos respecto de otros, sino que es imprescindible que el mismo sea arbitrario o injustificado, ya que haciendo alusión a lo dispuesto en la STC 22/1981 de 2 de julio *“toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación”*.

Por tanto, y respecto al caso que nos ocupa, lo que aquí interesa es determinar qué criterios de diferenciación son legítimos y cuáles no, para poder dilucidar si cuando los tribunales

españoles se pronuncian a favor de reconocer a D. Fernando como padre del menor, pero no a Dña. Diana como madre del mismo (aun habiendo aportado ambos material genético), se estaría vulnerando el derecho de ella a la no discriminación.

Lo primero que cabe destacar al respecto es que hay que tener en cuenta que, en este caso, el niño es fruto de la implantación de un óvulo de Dña. Diana en la madre gestante, por lo que no cabe duda alguna, desde el punto de vista biológico, de que el menor comparte la misma carga de material genético con Dña. Diana que con D. Fernando.

Esta apreciación es importante, ya que sitúa la reclamación de filiación biológica materna en el mismo status que la reclamación de filiación biológica paterna y a ambos extremos se extiende el derecho del menor a conocer su proveniencia biológica.

Sin embargo, nuestra legislación, en el art. 10.3 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, ofrece la posibilidad para el padre de reclamar la paternidad biológica del menor conforme a las reglas generales, pero no para la madre no gestante.

Es por ello que, cuando los tribunales apelan a este art. 10 para denegar de la filiación del menor a nombre de la madre comitente, argumentando que el contrato de gestación subrogada es nulo conforme a Derecho interno, se produce una contradicción. En este sentido, dicho contrato, a pesar de ser nulo para ambos, sí surte efectos para el padre, pudiendo ver este reconocida su filiación respecto del menor.

Esta regulación, pese a que puede ser tildada de discriminatoria e injusta, emana de una posición garantista respecto a los derechos reproductivos de la mujer e intenta evitar que este tipo de contratos supongan la mercantilización de su cuerpo y capacidad reproductora o atenten contra su dignidad.

Lo que se intenta evitar en todo caso es que este tipo de gestación lleve *“a que la mujer sea considerada como un medio y no como un fin, lo cual supone un atentado contra su dignidad.”*<sup>14</sup>

Salvando esta concepción y respetando la garantía de los derechos de la mujer que en todo caso se deben proteger, como bien hace el ordenamiento jurídico español, lo que se pone en entredicho es la inexistencia de motivo justificado para que no se permita en nuestra legislación la igualdad de condiciones sobre la investigación y reclamación de la filiación materna, una vez que se ha corroborado por resolución judicial extranjera que el contrato de

---

<sup>14</sup> SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político* 99 (2017), pp. 79-120.

gestación se realizó sin fraude de ley y que cumple con todos los consentimientos y requisitos exigidos.

Al respecto, como ya ha sido señalado, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser siempre proporcionadas a la finalidad perseguida, evitando así que se produzcan resultados excesivamente gravosos.

Procede preguntarse, entonces, si la denegación de filiación biológica para una madre no gestante respecto a su hijo es una respuesta proporcionada a la finalidad que se persigue por la legislación nacional en esta materia; o si, por el contrario, estamos ante una evidente discriminación de la mujer, al ver como paralelamente dicha inscripción sí se acepta respecto al padre del menor.

Este planteamiento de discriminación por sexo en relación a la gestación subrogada aún no se ha suscitado ante nuestro Tribunal Constitucional, pero el mismo sí se ha pronunciado en multitud de sentencias sobre la diferencia de trato y discriminación por razón de género, tanto en referencia a cuando se produce injustificadamente una vulneración del art. 14 CE y a cuando la diferenciación de trato denunciada es proporcionada y justificada.

En atención al primer tipo de resolución, encontramos la STC 20/2001 de 21 de enero en la que se afirma que *“el cese de una funcionaria en régimen de interinidad por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres, haciéndolas de peor condición que a los varones y, por lo tanto, constituye una discriminación basada en el sexo”* o la STC 175/2005 de 4 de julio, que se pronuncia en el mismo sentido *“en contra de lo mantenido en la vía judicial, hemos de afirmar —coincidiendo con lo manifestado por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones— que el despido de la recurrente ha de calificarse como nulo dado que se dan indicios racionales de discriminación por embarazo que la empresa demandada no ha rebatido a través de la justificación de que la medida extintiva adoptada resulta ajena a cualquier propósito atentatorio de derechos fundamentales.”*

Al contrario falla el Tribunal en la STC 229/1992 de 14 de diciembre al entender que *“la existencia de elementos diferenciadores relevantes entre los sexos puede justificar un diferente trato, que sea proporcional en relación con los supuestos contemplados y con las consecuencias que quieran obtenerse de ellos”,* y que *“la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer.”*

Se abre por tanto la posibilidad de que, en un futuro, se pueda ver planteada ante el TC la cuestión de si nuestra legislación resulta o no discriminatoria para la mujer en relación con la gestación por sustitución.

En mi opinión, la regulación que hace el Derecho nacional de esta cuestión, tiene por objetivo proteger los derechos de la mujer y su dignidad, sin embargo, lo que se desprende de las disposiciones legales es una discriminación indirecta hacia la misma.

En todo caso, no debería ser esta una cuestión a resolver por el TC, sino que, se debería adoptar una legislación en la que no cupiesen ambigüedades y bien, prohibiese esta práctica con efectividad y no se pudiese amparar ni jurisprudencial ni doctrinalmente que tuviera ningún tipo de efecto en nuestro país, o bien, se debería crear una nueva figura de filiación que contemplase esta nueva realidad y protegiese a los menores nacidos de este tipo de contrato. De este modo, se acabaría con la posibilidad de alegar cualquier tipo de discriminación de la mujer, puesto que, o no se admitiría la filiación del menor respecto de ninguno de los progenitores, o se admitiría la de los dos a todos los efectos legales.

#### **2.4.2 El derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18 de la Constitución española.**

El art. 18 de nuestra Constitución garantiza en su apartado 1 el derecho *“al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”*

Este derecho a la intimidad que aquí interesa se reconoce no solo al individuo aisladamente considerado, sino también al núcleo familiar.

Así lo define PARDO FALCÓN<sup>15</sup> cuando afirma que, *“el derecho a la intimidad comprende naturalmente el derecho a la intimidad familiar, reconocido expresamente en el artículo 18.1 de la Constitución, y de cuyo ámbito forma parte sin duda «la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado» (STC 197/91, de 17 de octubre, FJ 3.º).”*

Son numerosas, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Constitucional estimatorias de la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar. La STC 151/1997 de 29 de septiembre así lo contempla al afirmar que *“este artículo protege ese núcleo de relaciones no sólo frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, sino también frente a la injerencia que supone la “acción” ajena (STC 231/1988) y, con*

---

<sup>15</sup> PARDO FALCÓN, Javier. “Los derechos del artículo 18 de la constitución española en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 34 (1992), p. 141-180.

*ello, a la sin duda contundente injerencia que significa la sanción de los comportamientos desarrollados en el área de intimidad.” y recuerda, haciendo mención a su STC 117/1994 de 25 de abril que “el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada”.*

Es preciso añadir que, si bien, este derecho encuentra una protección mayúscula por parte de los Tribunales, en determinados casos y atendiendo a un juicio de ponderación, debe ceder en favor de otros bienes jurídicamente protegibles.

En este sentido, en la STC 7/1994 de 17 de enero, el criterio del Tribunal Constitucional antepone la investigación de la paternidad frente a la intimidad familiar, afirmando que *“tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación”.*

También se pronuncia de este modo el Tribunal Supremo mediante Auto ATC 335/2015 de 2 de febrero, del siguiente tenor literal *“Como todos los derechos, el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, siempre, naturalmente, que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales ni, en general, al orden público internacional español, y respete las exigencias del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.”*

Esto es lo que ocurre en el caso de Dña. Diana, cuyo derecho a la intimidad personal y familiar, que entiende vulnerado, se ve condicionado en aras al interés superior del menor y al orden público internacional, tal y como entienden TS y TC en sus respectivas sentencias resolutorias de los recursos de casación y amparo, respectivamente.

Por tanto, si se entiende justificada y proporcionada la relegación del derecho a la intimidad familiar a un segundo plano, en favor de estas otras situaciones amparadas también por nuestro Derecho, no cabría margen para hablar, en este caso, de vulneración del art. 18.1 CE.

En conclusión, el problema que se plantea no es tanto reconocer si los poderes públicos han cometido la vulneración de este derecho, sino si estaría justificada la injerencia de éstos en la intimidad familiar de los ciudadanos en base a otras situaciones jurídicas protegidas y, en caso de que esta justificación sea posible, determinar cómo se debe establecer la jerarquía de derechos e intereses, en función de la cual unos ceden en favor de los otros.

## 2.5 El interés superior del menor y el orden público internacional español

En base a lo analizado en el apartado anterior, tiene interés, por tanto, poner en relación la gestación subrogada con el concepto del interés superior del menor y de orden público internacional español.

En cuanto al primero de los conceptos, el interés superior del menor aparece blindado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1959<sup>16</sup>, en el art. 39<sup>17</sup> de la Constitución Española y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor<sup>18</sup>.

Se entiende el “interés superior del menor” como un concepto jurídico indeterminado que engloba y representa una garantía de los derechos fundamentales del menor. Se pone así, a través de este concepto, *“el acento en su realidad como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección.”*<sup>19</sup>

A pesar de que no hay un concepto determinado que lo defina plenamente, puede entenderse, con carácter general, que el “interés superior del menor” es *“un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores.”*<sup>20</sup>

Sin embargo, no siempre este interés superior predomina por encima de todos los demás bienes jurídicos, sino que doctrina y jurisprudencia vienen admitiendo que hay ocasiones en

---

<sup>16</sup> Este interés superior, se refleja sobre todo en los arts. 2 (no discriminación), 3 (protección), 4 (efectividad), y 8 (identidad).

<sup>17</sup> Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado* 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313 a 29424  
*Art. 39*

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.

<sup>18</sup> 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, *Boletín Oficial del Estado* 15, de 17 de enero de 1996, pp. 1225 - 1238.

*Artículo 2. El interés superior del menor*

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.

<sup>19</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, nº2 (2012), pp. 89-108.

<sup>20</sup> “Diccionario CEA(R) Euskadi” (Bilbao, 2014) [en línea] <https://diccionario.cear-euskadi.org/> [consulta: 14 de enero de 2020]



las que se debe velar, primordialmente, porque no se vulnere el orden público internacional español, entendido este como *“el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.”*<sup>21</sup>

Se puede hablar de vulneración del orden público internacional español en el contexto de la gestación subrogada, respecto a la certificación registral extranjera que acredita la filiación del menor nacido en virtud de gestación por sustitución, ya que el contrato de origen para obtener esta certificación es nulo conforme a las reglas de Derecho interno.

Sin embargo, es un concepto difuso sobre el cual no hay unanimidad en la doctrina. El TEDH entiende al respecto que la aceptación por parte de un Estado de la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución, cuando conste ésta en una certificación registral dictada en otro Estado, no vulnera, en principio, el orden público internacional del Estado de destino. Profundiza aún más en la cuestión afirmando que el reconocimiento de dicha filiación puede ser necesario para proteger y salvaguardar el “interés del menor.”

Al contrario, el Tribunal Supremo sostiene una tesis distinta que defiende en su importante Sentencia STS 247/2014 de 6 de febrero, que además de confirmar la anulación judicial, ya definitiva, de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, sentó jurisprudencia en España.

En ella, se afronta directamente la cuestión de una posible vulneración del derecho a la vida privada y familiar y se pone en valor la importancia de preservar el orden público internacional español frente al interés superior del menor.

El conflicto viene a causa de la denegación por parte del Encargado del Registro Civil Consular de proceder a la inscripción de dos menores nacidos por gestación subrogada en San Diego (EEUU), a nombre del padre biológico y de su pareja, siendo éste también un varón.

Respecto al interés superior del menor, el TS lo reconoce como un principio fundamental, pero entiende que este no puede ser el único a tomar en consideración, obviando otros bienes jurídicos que son cuanto menos igual de importantes: *“tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.”*

---

<sup>21</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 247/2014 de 6 de febrero.

Con esta afirmación, El Tribunal Supremo admite que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California *“puede suponer un perjuicio para la posición jurídica del menor”*, pero, realizando una ponderación<sup>22</sup> de los bienes jurídicos en entredicho, estima que también supondría un perjuicio el que se establezca una filiación contraviniendo el ordenamiento jurídico español, y *“que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico”*.

Se hace hincapié, además, en que, en todo caso, el ordenamiento jurídico tiene previstos los mecanismos legales, adecuados y necesarios para que éstos menores no queden en ningún caso en situación de desprotección o desamparo.

En cuanto a la vulneración del orden público internacional, se pronuncia el Tribunal, alegando que la resolución foránea en la que se acredita la filiación de los menores en favor de los padres de intención, es una *“decisión extranjera”* que produce efectos contrarios al orden público internacional español *“por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.”*

Entiende con ello, que la vulneración del orden público internacional español trae causa por tres motivos:

- i) el atentado contra la dignidad de la mujer gestante y del menor que supondría la aceptación de la certificación registral extranjera y posterior inscripción de la filiación.
- ii) la discriminación económica de los ciudadanos que conlleva estos contratos.
- iii) el posible fraude que supone la búsqueda de esta filiación por un contrato suscrito en el extranjero, pero nulo en España.

No ha sido esta sino una Sentencia un tanto polémica, puesto que, por un sector de la doctrina se ha interpretado que dados los pronunciamientos que en ella se emiten sobre la

---

<sup>22</sup> Esta ponderación de derechos en juego, en la que intervienen el interés superior del menor, también se realiza por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *“Paradiso y Campanelli c. Italia”*, en la Sentencia de 24 de enero de 2017 por la que se desestima un recurso interpuesto contra Italia al dictar resolución en la que se decide separar de los padres comitentes al menor nacido de un contrato de gestación subrogada recurrentes y entregarlo a la tutela de los servicios sociales para iniciar un procedimiento de adopción.

vulneración del orden público internacional español, contradice lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

A mi juicio, creo que sí que es cierto que este tipo de contrato contraviene el orden público interno en cuanto a que reconocen una realidad que va muy por delante del Derecho interno. Además, considero que los problemas que se derivan de esta práctica no se limitan solo al reconocimiento o no de la filiación de los menores respecto de los padres comitentes, sino que, afectan también a otras dos importantes cuestiones: en primer lugar, la de determinar hasta qué punto se puede probar que el contrato no se perfeccionó vulnerando los derechos de la mujer gestante, y, en segundo lugar, la de si es admisible o no un tipo de contrato que es prueba evidente de la desigualdad económica y social.

## **2.6 Planteamiento y fundamentación de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El fin último de este dictamen es estudiar las posibilidades de planteamiento, fundamentación y prosperidad que tendría una demanda formulada ante el TEDH por parte de Dña. Diana contra el estado español.

Habiéndose analizado pormenorizadamente ya el supuesto de hecho objeto de controversia, cabe deducir del mismo que la demanda se podría plantear ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en invocación al derecho a la no discriminación amparado por el art. 14 del CEDH, en relación con el art. 8 del mismo Convenio sobre la vida privada y la familiar.

En referencia al art. 14 del CEDH, el TEDH considera que, para alegar la violación de la igualdad, ésta debe relacionarse con cualquier otro derecho del Convenio.

De este modo, el Tribunal examinará primero si se ha producido violación del derecho sustantivamente alegado, para posteriormente analizar la existencia o no de discriminación. Esto se debe a que el principio de igualdad y no discriminación aparece conexo con el resto de los derechos integrados en el Convenio, lo que conlleva una carencia de entidad sustantiva, que adquirirá en conexión con el resto de derechos respecto de los que se rechaza la discriminación o se pretende la igualdad.

Por tanto, en nuestro caso concreto, se debe establecer la conexión entre el derecho a no discriminación y el derecho a la vida privada y familiar.

El art. 14 CEDH establece lo siguiente respecto al principio de prohibición de la discriminación *“el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”*

A nuestro parecer resulta evidente que este principio ha sido vulnerado reiteradamente por los Tribunales españoles en el transcurso de todo el procedimiento judicial, por el que se intenta ver reconocido el vínculo de filiación de Dña. Diana respecto del menor.

Esta discriminación tiene su razón de ser en que tanto la recurrente, como su marido, habían aportado el material genético con el que se engendró al menor. No obstante, tan solo se admitió la inscripción del mismo a nombre del padre, no pudiendo ver ella reconocida la filiación biológica materna respecto de su hijo y vulnerándose, en consecuencia, su derecho a la no discriminación por razón de género.

En cualquier caso, el matrimonio había cumplido con todas las garantías que se requieren para que se pueda proceder a la inscripción de la filiación en nombre de los dos, puesto que aportaron una resolución judicial extranjera que acredita que ambos son los padres del niño a todos los efectos legales y que según el criterio de la DGRN para estos casos, debe ser admitida por el Registro Civil de España; en la misma se deja constancia de que la madre gestante había renunciado fehacientemente a todos los derechos sobre el menor y, además, aunque éste no sea requisito imprescindible, que el niño comparte vínculo biológico con ambos.

Sin embargo, la discriminación que aquí se produce es independiente de que se hubiera cumplido o no con los requisitos formales de admisión de la filiación.

A Dña. Diana se le priva de su derecho a ser madre, por el mero hecho de que, a causa de sus problemas reproductivos, no puede dar a luz a su hijo.

Es evidente que el hecho de gestar y dar a luz es inherente a la condición de la mujer y que estamos, por tanto, inequívocamente ante un caso de discriminación de género.

El origen del problema está en que dicha discriminación se encuentra amparada de modo indirecto por la legislación española actual, conforme a la que, como se señala con anterioridad, madre es la mujer que gesta y da a luz al menor, y que tan solo permite la reclamación de la filiación paterna, dejando a la mujer en un limbo jurídico de difícil solución.

Sin embargo, son ya muchas las resoluciones nacionales existentes al respecto en las que se hace una interpretación extensiva de la regulación y se procede a la inscripción del niño a favor de ambos progenitores, con el fin de no dejar en una situación de incertidumbre jurídica

no ya a la denominada “madre de intención”, sino al menor, cuyo interés se debe proteger en todo caso.

Desafortunadamente, este no fue el criterio seguido por los Tribunales españoles en el caso de Dña. Diana, que hoy se ve abocada a interponer demanda ante este Tribunal, como víctima de una vulneración de sus Derechos Fundamentales a la no discriminación y a la vida privada y familiar.

En cuanto a la jurisprudencia en la que se puede amparar esta demanda, cabe citar:

La primera Sentencia del TEDH en igualdad de género, referente al caso “Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985” (demandas nros. 9214/80, 9473/81, 9474/81). El Tribunal apreció una discriminación legal directa por razón de sexo en la normativa vigente en el Reino Unido en ese momento, ya que, a pesar de que el fin de la misma fuese legítimo -en ese caso la protección del mercado de trabajo- la norma objeto de análisis establecía un trato desfavorable para la mujer. Además, entendió que esta legislación atentaba también contra el derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH.

Se asemeja, por tanto, la fundamentación de la referida Sentencia con el hecho que por esta parte se denuncia, poniéndose en tela de juicio si una norma discriminatoria, a pesar de que su fin sea legítimo, puede considerarse motivo suficiente para que se produzca una vulneración del derecho de igualdad.

Cabe tener en cuenta también la Sentencia STEDH 65192/11 de 26 de junio de 2014 resolutoria del caso “Mennesson contra Francia”, en la que se considera especialmente grave que no se proceda por parte del Registro Civil francés a la inscripción de dos menores nacidas por gestación subrogada, a nombre de uno de los padres de intención, cuando el mismo era también padre biológico de las pequeñas.

En referencia a este caso, y para dar luz al enjambre jurídico sobre el que gira la gestación subrogada, la Corte de Casación francesa remite, en octubre de 2018, una consulta al TEDH con dos preguntas concretas, que planteaban lo siguiente:

i) si la denegación de inscripción del vínculo de filiación materna respecto de la madre de intención de un menor nacido por gestación subrogada, en los casos en los que sí que se admite la filiación biológica paterna, supone un exceso en el margen de apreciación de los Estados, en virtud del art. 8 CEDH sobre el derecho del menor a la vida privada y si, además, se debe diferenciar entre los menores que han sido concebidos con los gametos de la madre de intención y los que no.

ii) si en caso de ser afirmativos los dos planteamientos anteriores, el hecho de que la madre de intención adopte al hijo de su pareja, permitiéndosele así establecer el vínculo de filiación con el menor, cumpliría con lo dispuesto en el art. 8 CEDH.

El Tribunal emite opinión consultiva no vinculante, el 10 de abril de 2019, dando respuesta a las dos cuestiones del siguiente modo:

i) respecto de la primera de ellas, entiende que se debe tener en cuenta en todo caso el interés superior del menor, así como el alcance del margen de apreciación de que disponen los Estados. En referencia a ello, estima que el no reconocimiento de esta relación de filiación respecto de la madre comitente supone una vulneración de la vida privada del menor en cuanto a que se le deja en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad.

En cuanto al margen de apreciación de los Estados, no exige a los mismos la identificación de los certificados registrales extranjeros, pero sí les insta a que reconozcan la relación de filiación por los medios que consideren oportunos, siempre y cuando se procure una respuesta rápida y eficiente. Tampoco entiende que se deba hacer una diferenciación entre los niños concebidos a partir de gametos de la madre de intención y los que no.

ii) respecto a la segunda cuestión, deja abierta la posibilidad de que, en vista del margen de apreciación del que disponen los Estados, se permita a la madre de intención adoptar al menor respecto del cual ya ha sido establecido un vínculo de filiación con el padre biológico.

No limita solo la identificación de la filiación materna a este mecanismo jurídico, sino que permite la posibilidad de que cada Estado opte por los que considere más conveniente.

En relación a la vulneración cometida por el estado español respecto de la vida privada y familiar de la recurrente y del menor, cabe citar lo que al respecto de estos derechos dice el art. 8 CEDH:

*“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.  
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

A pesar de que dicho artículo no está formulado de manera que contenga los requisitos procesales explícitos para asegurar la idoneidad de cualquier tipo de injerencia de los poderes públicos en la vida privada y en la familiar, sí que se hace una presunción inequívoca sobre

que el proceso de toma de decisiones sobre estas medidas de intervención debe ser equitativo y proporcionado.

En este sentido, el TEDH exige para el examen de la eventual lesión del art. 8 CEDH el determinar si la medida adoptada por los poderes públicos:

- Está prevista por ley, de modo que las injerencias encuentren fundamento jurídico en el Derecho nacional. Si no es posible hallar una base legal que regule la injerencia, la misma no puede ser considerada “conforme a la ley” y constituye una violación de este derecho sin necesidad de examinar si concurren el resto de los extremos requeridos para justificarla.
- Obedece a uno de los fines legítimos previstos en el apartado 2 del art. 8.
- Es proporcional, necesaria y adecuada para alcanzar el fin que se persigue con ella.

Atendiendo a esta limitación del campo de aplicación del artículo 8, lo que le interesa a esta parte denunciar en vista a que no se vuelva a producir una situación de este tipo, no es la injerencia en sí de los poderes públicos al aplicar un mecanismo de control jurídico respecto del contrato objeto de este proceso, ni la ilegitimidad de la misma medida, sino la desproporcionalidad de esta para conseguir el fin de proteger al menor y no alterar el orden público internacional español.

Nos amparamos para ello en la jurisprudencia del TEDH, que ya ha reconocido la vulneración del art. 8 CEDH en numerosas ocasiones.

Las Sentencias de 26 de junio de 2014, que resuelven de igual modo los asuntos n.º. 65192/11 referente al “caso Mennesson c. Francia” y n.º. 65941/11 referente al caso “Labasse c. Francia”, condenan al estado francés por la violación del art. 8 CEDH, en cuanto a la vulneración del derecho de los menores a la vida privada, que no familiar en este caso, en atención a la denegación de la inscripción de la filiación paterna, puesto que el padre intencional era también el padre biológico.

No se consideró afectado el derecho ni a la vida privada ni a la familiar de los padres intencionales, puesto que a juicio del Tribunal estos habían disfrutado, en Francia, de una vida privada y familiar comparable a la de otras familias y no se habían probado obstáculos insuperables en este sentido.

Adoptando el mismo criterio, se pronuncia el Tribunal en la Sentencia STEDH 19 enero 2017, n.º.44024/13, caso “Laboire contra Francia”, condenando en ella al estado francés por no reconocer formalmente la inscripción en el Registro Civil de dos niños nacidos en Ucrania a través de la gestación subrogada y cuyos padres son de nacionalidad francesa. En su resolución, el TEDH concluye que no se ha vulnerado el derecho de los demandantes a su vida familiar, aunque sí el derecho de los menores al respeto de su vida privada.

En cambio, el Tribunal de Estrasburgo sí estimó la vulneración del derecho a la vida privada y familiar en la STEDH n.º 33290/96 de 21 de diciembre de 1999, referente al caso “Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal”, en la que se alegaba el art. 14 CEDH en relación al art. 8 CEDH, por motivos de discriminación en razón de orientación sexual y de injerencia en la vida privada y familiar del estado portugués respecto del recurrente.

La ya citada anteriormente opinión consultiva del TEDH también se pronuncia a favor de reconocer la vulneración a la vida privada del menor, siempre que no se permita la relación de filiación de la madre de intención con el mismo, pues se deja a éste en una situación de vulnerabilidad e incertidumbre jurídica.

Una vez analizado todo ello, y en base a los criterios y jurisprudencia del TEDH en esta materia, se reconoce por esta parte que la medida restrictiva adoptada por los poderes públicos para denegar la inscripción de filiación materna del menor:

- Sí está prevista en el Derecho nacional, en concreto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, así como en la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil en las que se asocia la maternidad con el hecho de dar a luz.
- Sí obedece a uno de los fines previstos en el párrafo 2 del art. 8 CEDH, en cuanto a la protección de los derechos y libertades de los demás, identificados en este caso, con los derechos reproductivos y la libertad de la mujer gestante.

Si, embargo, a pesar de ello, consideramos que:

- No es adecuada ni proporcionada para alcanzar el fin que se pretende, en el sentido de que el no reconocimiento de la filiación materna no solo no apuesta por el interés superior del menor, sino que le deja desprotegido en cuanto a un desconocimiento de su identidad personal, que, sin duda, es parte importante de la vida privada de toda persona.



Además, como consecuencia directa de ello, perjudica gravemente el derecho a la vida familiar del menor y de Dña. Diana, ya que es evidente que no pueden desarrollar su vínculo familiar de la misma manera que lo hacen otras familias.

Se admite con carácter general que una medida será adecuada y proporcionada cuando de ella se deriven más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros valores en conflicto, proporcionalidad que aquí no se da en ningún caso, puesto que no se deriva ningún beneficio explícito para el interés general pero sí se derivan multitud de perjuicios sobre los interesados.

Por tanto, a juicio de esta parte debe condenarse al Reino de España por la vulneración del derecho a la vida privada y a la vida familiar del art. 8 CEDH, tanto respecto del menor como de Dña. Diana, así como reconocerse la vulneración del derecho a no discriminación por razón de sexo del art. 14 CEDH en referencia a esta última.

## **2.7 Posibilidades de prosperar la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Desde un punto de vista formal y procesal, la demanda cumple con todos los requisitos exigidos por el Tribunal de Estrasburgo para que se admita a trámite:

- Se ha agotado por Dña. Diana la vía judicial interna, no existiendo instancia superior en España a la que poder recurrir.
- La demanda cumple con el plazo de interposición previsto de 6 meses desde la fecha de la última resolución en vía interna, que en este caso data de 28 de noviembre de 2019.
- No se ha sometido a una instancia internacional diferente ni existe una demanda exactamente idéntica a esta en cuanto a violaciones alegadas y sujetos activos y pasivos.
- Se alega la violación de dos artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como son el art. 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH.

En cuanto al fondo de la demanda y los derechos en ella invocados, si nos retrotraemos a la jurisprudencia del TEDH en esta materia, se abre un abanico de posibilidades para que se pueda obtener una Sentencia estimatoria para Dña. Diana.

No es baladí el número de Sentencias del TEDH que admiten vulnerado el derecho a la vida privada y a la familiar en este aspecto, más aún cuando en el proceso hay menores. Sin embargo, como se analizará a continuación, cabe la posibilidad de que esta consideración de la vulneración de derechos no fuese estimada en su totalidad.

Es muy importante destacar al respecto las conclusiones que se pueden deducir de la opinión consultiva del TEDH de 10 de abril de 2019, analizada previamente, ya que -pese a no ser vinculante- sus conjeturas pueden tomarse en cuenta a la hora de dictar jurisprudencia.

De ella, respecto a lo aquí interesa, se puede extraer lo siguiente:

- Considera que el no reconocimiento del vínculo de filiación materno respecto de la madre de intención vulnera el derecho a la vida privada del menor.
- Aboga, sin exigir a los Estados, por la implementación de los mecanismos necesarios para el reconocimiento de la situación legal de los menores respecto de sus padres comitentes.
- Entiende que no debe hacerse diferenciación entre los menores nacidos fruto de este tipo de contrato, en relación a si comparten o no material genético con la madre de intención.

En base a estas ideas y teniendo en consideración la jurisprudencia del TEDH en esta materia, de admitirse la demanda, la Sentencia resultante al caso de Dña. Diana podría pronunciarse en los siguientes términos:

- En primer lugar, el TEDH atendería al triple control del art. 8 CEDH para determinar si se ha producido vulneración del mismo. En base a ello y como ya se ha argumentando anteriormente, la medida restrictiva aplicada sí encuentra amparo en la Ley nacional y sí obedece a un fin de los contemplados en el art. 8.2, en concreto al de la protección de los derechos y libertades de los demás en relación a los de la mujer gestante.

Lo que plantea más dudas es la proporcionalidad de la medida y su idoneidad para conseguir el fin pretendido, que en este caso estimamos que no sería proporcionada, y en este sentido se consideraría por el Tribunal:

Vulnerado el derecho a la vida privada del menor en el sentido en que se le deja en una situación de incertidumbre jurídica respecto de su identidad al no reconocerse su filiación materna, la cual forma parte del concepto de vida privada.

Más controvertida sería la admisión de la vulneración del derecho a la vida privada y familiar de Dña. Diana pues, a pesar de que su ámbito familiar se ve perjudicado por las decisiones de los Tribunales al respecto de la filiación, es criterio recurrente estimar que respecto a los padres de estos menores no se haya producido la vulneración de estos derechos. Esto es así, ya que se ha venido considerando por el Tribunal que la vida de los padres no se ve alterada por esta situación y es similar a la del resto de las familias.

Por extensión de este argumento, si así se considerase, tampoco cabría hablar de vulneración de la vida familiar del menor, ya que se le considera integrado en el mismo núcleo familiar.

- En conexión con el art. 8 CEDH, el Tribunal debería entender vulnerado también el derecho a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CEDH, fundamentado en la decisión de no reconocer a Dña. Diana su relación de filiación con el menor por el hecho de ser la madre de intención y no haber gestado al niño, mientras que sí se reconoce dicha relación respecto del padre. Debe tenerse en cuenta, además, que ella comparte material genético con el menor, con lo que su vínculo biológico es innegable.

Por tanto, podría deducirse, en conclusión, que el FALLO iría probablemente encaminado a una Sentencia condenatoria del estado español por la vulneración del art. 8 CEDH en referencia a la vida privada del menor, amparada en la desproporcionalidad de la medida restrictiva aplicada, al considerarla innecesaria por excesiva, y por la vulneración del art. 14 CEDH respecto a la discriminación por razón de sexo de la recurrente.

### 3. CONCLUSIONES

1. Doctrina y jurisprudencia han ido evolucionando para hacer frente a los retos jurídicos que se presentan en relación con los nuevos modelos de familia; sin embargo, se sigue apreciando una cierta ineficacia del ordenamiento estatal desconectado aún del marco jurídico internacional.

La voluntad está ahora en manos del legislador a la hora de crear un marco jurídico en esta materia cuya legislación establezca unos criterios en base a lo cuales los Tribunales puedan ampararse para dar respuesta a los conflictos de derecho que plantea esta nueva realidad.

2. La contradictoria normativa estatal en materia de gestación subrogada, en relación con la doctrina de la DGRN y de los Tribunales, muestra cómo el debate sobre esta nueva realidad es uno de los más complejos a tratar actualmente por el Derecho.

Resulta paradójico cómo una práctica prohibida en España y castigada por el Código Penal, no solo no se persigue a estas instancias, sino que a quienes la llevan a cabo en el extranjero se les conceden los mismos derechos que al resto de ciudadanos en su calidad de padres.

3. La inscripción de la filiación de los menores respecto de la madre de intención rompe por completo con el tradicional concepto de veracidad biológica en los casos en los que la mujer no ha aportado material genético para engendrar al menor, pero de igual modo contradice este principio en los que sí aporta sus gametos, en el sentido de que ella no es la que ha gestado al niño.

4. En España, el criterio vigente en cuanto a reconocimiento de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada aboga por la inscripción de los mismos en el Registro Civil español, a través del reconocimiento de una resolución judicial extranjera que determine dicha filiación.

5. Para que se pueda hablar de una vulneración del derecho de no discriminación del art. 14 CE, es necesario que el trato diferenciado respecto de unos y otros ciudadanos se produzca de modo arbitrario e injustificado; sin embargo, en el caso de que una norma sea discriminatoria, a pesar de que su fin sea legítimo, puede considerarse motivo suficiente para que se produzca una vulneración del derecho de igualdad.

6. No se determina con claridad cuándo está justificada, es proporcionada y razonable una injerencia de los poderes públicos respecto a la intimidad personal y familiar como mecanismo de control para el cumplimiento de la legalidad.

7. En ocasiones, la jurisprudencia es contradictoria a la hora de ponderar el interés superior del menor y el orden público internacional español; sin embargo, la doctrina mayoritaria admite que el orden público internacional sólo puede operar para denegar la inscripción de filiación acreditada en las certificaciones registrales extranjera, relativas a los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución, cuando esta denegación convenga al “interés superior del menor”.

8. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lejos de establecer un criterio sobre los mecanismos para reconocer la filiación de los menores nacidos fruto de gestación subrogada, por parte de los Estados miembro, les deja un margen de discrecionalidad y decisión bajo la premisa de velar por el interés del menor y no vulnerar su derecho a la vida privada.

9. La opinión consultiva del TEDH de 10 de abril de 2019 abre una nueva vía para el reconocimiento de la filiación de la madre de intención del menor y para garantizar el respeto al derecho de la vida privada de este.

10. La fundamentación de la demanda planteada en virtud de la vulneración del derecho a la vida privada y a la vida familiar del art. 8 CEDH, en relación con el derecho a no discriminación del art. 14 CEDH, se encuentra amparada por el criterio jurisprudencial del TEDH en esta materia, que con carácter general estima la lesión de estos derechos en los asuntos relativos a la gestación subrogada.

11. Desde un punto de vista ético, la gestación subrogada se trata de una cuestión llena de claroscuros en torno a la que gira un debate abierto entre dos posturas:

- La de quienes entienden que se trata de un contrato, en virtud del cual la madre gestante pone a disposición el uso de su cuerpo para gestar un bebé del que posteriormente hace entrega a unos padres denominados “de intención”, lo que supone una mercantilización del cuerpo de la mujer y una vulneración tanto de su dignidad como de sus derechos reproductivos.

- Y, por otro lado, la de quienes apoyan la regulación de esta práctica fundamentándola en la libertad de la mujer a prestar su vientre en base a un acto de solidaridad para ayudar a otras familias que ven imposible el deseo de ser padres por otros medios.

## 4. BIBLIOGRAFÍA

### Legislación

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Constitución Española de 1978.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida [disposición derogada].

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

## Obras

ALMEDIJA, Susana. “El concepto de “vida familiar” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales* 12 (2009), pp. 23-35.

CALVO CARAVA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 7, nº2 (2015), pp. 45-113.

DÍEZ FRAILE, Juan María. “La gestación por sustitución ante el registro civil español, evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”. *Revista de Derecho Civil*. Vol. VI, nº.1 (2019), pp. 53-131.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Derecho de familia*. Vol. IV, Tomo I, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid (2012).

HEREDIA CERVANTES, Iván. “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXVI, fasc. 2 (2013), pp. 687-715.

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. “¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?”. *Revista de Derecho Político* 105 (2019), pp. 81-125.

MERCADER URGUINA, Jesús R. “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº1 (2017), pp.454 – 467.

PARDO FALCÓN, Javier. “Los derechos del artículo 18 de la constitución española en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 34 (1992), pp. 141-180.



RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, n°.2 (2012), pp. 89-108.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia* 6 (2014), pp. 38-50.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político* 99 (2017), pp. 79-120.

## 5. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA

### Jurisprudencia Nacional

- Sobre la igualdad ante la ley de los menores nacidos por gestación subrogada  
STS 881/2016 de 25 de octubre  
STS 953/2016 de 16 de noviembre.
  
- Sobre la admisión de la inscripción de filiación de los menores a favor de los padres comitentes  
Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009  
Resolución DGRN de 12 de diciembre de 2011
  
- Sobre la inadmisión de la inscripción de filiación de los menores a favor de los padres comitentes  
Resolución DGRN de 6 de mayo de 2011  
Resolución DGRN de 23 de septiembre de 2011  
SJPII Valencia 193/2010 de 15 de septiembre  
SAP Valencia 826/2011 de 23 de noviembre
  
- Sobre el interés superior del menor  
STS 776/1999 de 21 de septiembre
  
- Sobre el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE  
STC 22/1981 de 2 de julio
  
- Sobre la igualdad de género  
STC 229/1992 de 14 de diciembre  
STC 20/2001 de 21 de enero  
STC 175/2005 de 4 de julio

- Sobre el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18 CE

STC 197/1991 de 17 de octubre

STC 7/1994 de 17 de enero

STC 117/1994 de 25 de abril

STC 151/1997 de 29 de septiembre

ATC 335/2015 de 2 de febrero

- Sobre el interés superior del menor y el orden público internacional español

STC 247/2014 de 6 de febrero

### **Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- Sobre el derecho a la no discriminación y sobre el derecho a la vida privada y a la vida familiar

STEDH (“Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido”) de 28 de mayo de 1985 A. 9214/80, 9473/81 y 9474/81.

STEDH (“Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal”) de 21 de diciembre de 1999, A. 33290/96.

STEDH (“Mennesson c. Francia”) de 26 de junio de 2014, A.65192/11.

STEDH (“Labassee c. Francia”) de 26 de junio de 2014, A.65941/11.

STEDH (“Foulon et Bouvet c. Francia”) de 21 de julio 2014, A.9063/14 y 10410/14.

STEDH (“Laboire c. Francia”) de 19 enero 2017, A.44024/13.

STEDH (“Paradiso y Campanelli c. Italia”) de 24 de enero de 2017, A.25358/12.

Dictamen del TEDH relativo al reconocimiento de acuerdo con el Derecho interno del vínculo de filiación entre un niño nacido en el extranjero mediante gestación subrogada y la madre intencional, de 10 de abril de 2019 (solicitud P16-2018-001).