

## ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

# Gestación subrogada, adopción y mención registral del lugar de nacimiento

(Comentario a la STS (Civil) núm. 1141/2024 de 17 de septiembre de 2024)<sup>1</sup>

**PILAR JIMÉNEZ BLANCO**

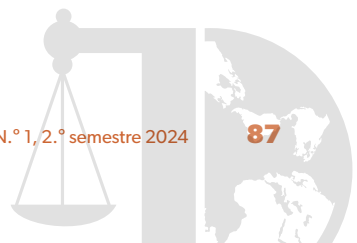
*Catedrática de Derecho internacional privado  
Universidad de Oviedo*

## I. Antecedentes del caso y planteamiento

1. Nuevamente llega al TS un litigio en el que está presente una gestación por sustitución. Es cierto que en este supuesto no se plantea directamente si un contrato de gestación subrogada puede tener efectos o no en España; la filiación ya ha quedado fijada y no ha sido cuestionada. Se plantea, sin embargo, el alcance del derecho a la vida privada del menor en relación con las circunstancias relativas a su filiación. En este caso, nace una niña en Ucrania —aunque no se cita en la Sentencia, sí figura en los antecedentes—, país que ha sido uno de los destinos que admiten contratos de gestación por sustitución por parte de personas extranjeras, con independencia de su inexistente vinculación con dicho país. El nacimiento de la niña se inscribió en el Registro civil consular del país en cuestión, haciendo constar la filiación biológica del padre y de la madre gestante. Con la niña ya en España, el cónyuge del padre adoptó, mediante resolución judicial española, a la niña. De los datos, se deduce que tanto el padre biológico como la madre adoptiva son españoles y residentes en España.

Posteriormente, los padres solicitaron al Registro civil el traslado de la inscripción de nacimiento al Registro municipal correspondiente a su domicilio y que se hiciera constar tal como el lugar de nacimiento del menor. El fundamento de la petición se basa en una aplicación analógica de los art. 16.3 y 20.1 de la Ley de Registro Civil de 1957 (aplicable por razones temporales al caso) y que per-

<sup>1</sup> Esta publicación se adscribe al Proyecto PID 2021-123452OB-I00, «Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE).



miten que, en supuestos de adopciones internacionales, los padres adoptivos soliciten, de común acuerdo, que conste su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado.

El Registro Civil accedió al traslado de la inscripción de nacimiento, pero no a la modificación de la mención del lugar de este. La decisión se basó en la ausencia de carácter internacional de la adopción, dado que esta se constituyó por resolución judicial española y la menor era de origen española por filiación paterna y ya residente en España. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública confirmó esta calificación registral subrayando el dato de que solo los supuestos de adopciones internacionales permitirían modificar el lugar de nacimiento.

En vía judicial, tanto en instancia como en apelación, también se rechazó la modificación de la mención del lugar de nacimiento considerando, además, la imposibilidad de aplicar de manera analógica los citados arts. 16.3 y 20.1 LRC de 1957 a supuestos de gestaciones por sustitución al estar esta institución prohibida (*sic*) por nuestra legislación.

Por su parte, el Tribunal Supremo, asumiendo sin cuestionar la filiación ya establecida, revoca las resoluciones de instancias inferiores, defendiendo la aplicación analógica de los preceptos citados sobre la base de una identidad de razón en el objetivo perseguido: la protección de la intimidad personal y familiar del menor, en la medida en que un lugar de nacimiento en un determinado país, con el que los padres no tienen vinculación, es un indicio importante sobre el origen de la filiación.

2. La valoración de esta sentencia puede realizarse desde tres perspectivas: el alcance de la gestación por sustitución para este supuesto, la posibilidad de extender al presente caso la solución prevista en la LRC de 1957 para las adopciones internacionales y la cobertura que tiene la intimidad del menor en la nueva LRC de 2011.

## II. Incidencia de la gestación subrogada en el caso

3. Intenta el TS salvar cualquier posible incoherencia de su pronunciamiento final respecto de su propia posición anterior sobre la gestación subrogada claramente contraria a esta por impacto del orden público. Para ello, minimiza la trascendencia, para el presente supuesto, de que el nacimiento se haya producido mediando un contrato de gestación, resaltando el dato de que la filiación de la menor ya ha sido determinada por el vínculo biológico del padre y la adopción por la madre y que solo es relevante —a juicio del ponente—, para el problema que ahora se plantea, el dato de esa filiación adoptiva.

4. Los antecedentes del caso muestran la práctica que viene siguiéndose en España —al margen de la previsión legal de nulidad del art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida— ante las situaciones, que siguen existiendo, de contratos de gestación realizados en otros países. La incorporación a la práctica española de la conocida jurisprudencia en los asuntos *Labassee* y *Menesson* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ha supuesto superar la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 —que exigía de manera preceptiva una resolución judicial del país de origen— abriendo, para establecer la filiación, la vía de la prueba de paternidad biológica con uno de los comitentes. Esta situación no ha estado exenta de polémica en la práctica registral española, en especial, con

los niños nacidos en Ucrania<sup>2</sup>, con una fallida Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019, que ni siquiera llegó a publicarse en el BOE, y la posterior Instrucción, fechada el 18 de febrero de 2019, derogatoria de aquella<sup>3</sup>. Las principales novedades de la Instrucción de 14 de febrero de 2019 se encontraban en las Directrices segunda y tercera que tenían, como denominador común, el tratamiento de la gestación cuando no existía sentencia en el Estado de origen. La Instrucción de 18 de febrero supuso una vuelta parcial al sistema anterior, «resucitando» la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010. Bajo estas premisas se entiende que la existencia de una resolución judicial dictada en origen es un sistema más garantista y, desde luego, lo es para acreditar el libre consentimiento de la mujer gestante. Sin embargo, el retroceso al sistema anterior no podía ser total, dado que debía asumir la proyección de la jurisprudencia del TEDH sobre la necesidad (la obligación) de habilitar alguna vía para establecer la filiación en caso de vinculación biológica con el padre intencional, y ello totalmente al margen de la inexistencia de una resolución judicial en origen. Así ya se ha constatado en la práctica de tribunales españoles: dicho ligamen biológico es suficiente para que se acepte su filiación en el Estado de destino (SAP Barcelona, Sección 12.ª, de 6 de abril de 2021 en relación con un niño nacido en Canadá<sup>4</sup>; Sentencia JPI de Tudela de 23 de julio de 2021, en relación con una gestación en California)<sup>5</sup>.

5. Conforme a esta jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida privada recogido en el art. 8 CEDH, los Estados también deben contar con una vía «efectiva y rápida» para establecer la relación de filiación con la pareja del comitente biológico que figura como «madre legal» en el acta de nacimiento extranjera. Inicialmente, pareció derivarse que la adopción por la pareja sería el procedimiento general para constituir el vínculo de filiación con la pareja del comitente biológico; sin embargo, las interpretaciones posteriores han matizado esta conclusión inicial. El Dictamen del TEDH, Gran Sala, de 10 de abril de 2019 (P16-2018-001) deja a los Derechos nacionales los medios para establecer la filiación, aunque con el condicionante de esa efectividad y rapidez en aras a la protección de interés del menor. Por tanto, encajaría dentro del art. 8 CEDH un rechazo a la eficacia automática de la certificación extranjera de maternidad y la imposición de un procedimiento de adopción (asuntos *C. y E. c. Francia*)<sup>6</sup>. Cabe entender que ello no es excluyente de otros cauces, como pudiera ser la filiación por posesión de estado.

En la práctica española, la posibilidad de adopción del menor por la pareja se había recomendado por el TS en la Sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>7</sup>, siendo ponente el mismo magistrado de la Sentencia que ahora comentamos. En el contexto de aquella Sentencia, realmente se había forzado la institución de la adopción para dar cobertura a la gestación subrogada, dado que no se cumplían los requisitos de aquella, en concreto, los límites de edad que deben existir entre adoptante y adoptando. Pero sigue siendo la vía habitual para fijar la filiación por parte de los cónyuges de

2 Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P., «La "crisis" de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (Comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 37, 2019, pp. 24 y ss.

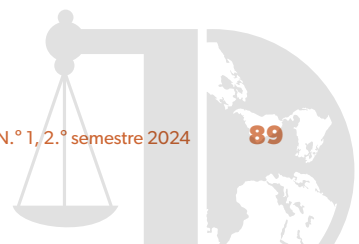
3 Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, <https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/1>

4 ECLI:ES:APB:2021:4280.

5 ECLI: ES:JPI:2021:704.

6 STEDH de 19 de noviembre de 2019, asuntos *C. y E. c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2019:1119DEC000146218.

7 ECLI:ES:TS:2014:247.



los progenitores biológicos, hasta tal punto que el rechazo judicial a esa adopción invocando el art. 10 LTRHA ha sido considerado, en la STC 28/2024, de 27 de febrero, una vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE<sup>8</sup>.

6. En el presente caso, no solo se ha constituido dicha adopción, sino que vuelve a utilizarse la regulación prevista para esta institución —aquí, para las adopciones internacionales— para una situación el que ha estado presente un contrato de gestación previo y que, desde nuestro punto de vista, es relevante para el problema planteado en relación con la intimidad del menor. Ciertamente, tal y como se indica en la Sentencia, no se trata en este momento de reabrir la cuestión de la filiación —paterna y materna— ya establecida, sino de aplicar a esta adopción «nacional» la solución sobre el cambio de mención del lugar de nacimiento inicialmente previsto para adopciones internacionales. Pero la circunstancia de la gestación por sustitución sigue siendo determinante porque es esta situación la que explica el lugar de nacimiento real de la menor, constituyéndose la adopción sobre una niña española y residente en España. En consecuencia, el lugar de nacimiento de la menor revela —como indicio importante— una filiación derivada de una gestación por sustitución, no de la filiación adoptiva.

### III. Internacionalidad de la adopción y modificación de la mención del lugar de nacimiento

7. La Sentencia no evidencia, sin embargo, el dato de la gestación subrogada, sino que se construye sobre la base de una aplicación analógica al caso de los arts. 16.3 y 20.1 LRC de 1957, previstos para supuestos de «adopciones internacionales».

Tanto el Juzgado de instancia como la Audiencia Provincial rechazan la posibilidad de aplicar esta solución dada la inexistencia de adopción internacional, añadiendo el argumento de la «prohibición» en España de la gestación por sustitución. Este último argumento debe descartarse porque nuestra normativa establece la nulidad de los contratos de gestación, pero no su prohibición, ni una sanción.

Por lo que se refiere al alcance de los citados arts. 16.3 y 20.1, su literalidad solo cubre los casos de adopciones internacionales, sin definir el carácter de tales. La fundamentación de esta regulación se encuentra en la protección de la intimidad personal y familiar del niño de modo que su lugar de nacimiento no permita identificar el origen del adoptado, invocando el TS tanto el art. 18.1, como el art. 14 y 39.2 de la Constitución para evitar trato discriminatorio entre los diferentes tipos de filiación.

8. En puridad, puede cuestionarse el carácter internacional de la adopción en este caso, dado que ni la niña reside en otro Estado ni se traslada a España con la finalidad de constituir tal adopción aquí<sup>9</sup>. Sin embargo, con base en la fundamentación constitucional citada, entiende el TS que el bien jurídico protegido requiere la posibilidad de aplicación de la modificación registral al margen de la internacionalidad de la adopción si el nacimiento del menor se ha producido en un país con el que los

8 ECLI:ES:TC:2024:28.

9 Concepto de internacionalidad de la adopción establecido en el art. 1.2 de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, coincidente con el fijado en el art. 1 del Convenio de La Haya de 1993, sobre adopción internacional.



padres no tienen vinculación, lo que puede ser indicativo de una adopción. Por ello, debe aplicarse la misma solución a una «adopción nacional» de un niño nacido en el extranjero para «impedir que el carácter adoptivo de la filiación y *las circunstancias relativas al origen del menor sean públicos*» (Fundamento 6.º) (la cursiva es nuestra). Insistimos en el hecho —aunque el TS lo obvie— de que es la gestación por sustitución «la circunstancia» que revela el origen del menor.

Está claro que la intimidad del menor se ve igual de afectada se trate de una adopción o de un nacimiento en virtud de un contrato de gestación y, en consecuencia, esta es la situación que se trata de «ocultar» para no dejar rastro público sobre el origen de la filiación. Desde la perspectiva de la vida privada y de las circunstancias sobre el origen de la filiación, la garantía de intimidad habría de ser la misma sea por razones de adopción o de gestación subrogada. La paradoja respecto de la solución defendida por el TS es que nuevamente le damos efectos, por vía indirecta, a esta institución.

9. Podemos hacer una comprobación adicional de que el dato determinante es la gestación por sustitución. En este sentido, cabe preguntarse qué hubiera ocurrido en el caso de que la filiación solo se hubiera establecido para el padre biológico y hubiera sido éste el que hubiera solicitado el cambio registral sobre la mención del lugar de nacimiento. La protección de la identidad e intimidad del menor hubiera sido la misma en este caso y, por tanto, también debería defenderse la posibilidad de modificar ese asiento registral.

## IV. Tratamiento de la cuestión en la LRC de 2011

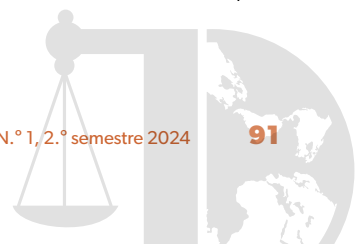
10. La aplicación temporal de la LRC de 1957 es muy relevante en este supuesto, dado que los ya mencionados arts. 16.3 y 20.1 no tienen parangón en la nueva LRC de 2011. Cabe la duda de si se trata de una laguna originada por un olvido del legislador o tal silencio responde a la nueva estructura del Registro Civil.

Ciertamente, la LRC de 1957 partía de la configuración y estructura de diferentes niveles de registros, en el que el elemento territorial era importante —sobre la base de los Registros municipales, Central y Consular— y también la forma de inscripción del nacimiento, con el asiento marginal sobre la filiación. La posibilidad de cambio de mención sobre el lugar de nacimiento tenía su encaje dentro del ámbito de competencia de los registros municipales y el traslado de inscripciones entre registros<sup>10</sup>.

Sin embargo, la entrada en vigor de la LRC de 2011 ha introducido un registro único, abandonando el modelo territorializado, de modo que el contexto en que se aplicaban los citados arts. 16.3 y 20.1 LRC de 1957 de traslados de inscripciones entre registros (consular y municipal), ya no se da. ¿Quiere esto decir que ya no será posible alterar la mención sobre el lugar de nacimiento con la normativa vigente?

11. La respuesta puede obtenerse únicamente a través de una vía indirecta. La LRC de 2011 establece la inscripción del nacimiento y de la filiación, previendo una garantía especial de privacidad

10 Así, el art. 16.3 estaba incluido en el Título III de la Ley, relativo a las «Reglas generales de competencia» de cada registro y en el art. 20 se establecían los casos en los que eran posibles los traslados de inscripciones.



para determinados datos. Así el art. 11 de la LRC recoge, entre los derechos de las personas ante el Registro civil: «e) El derecho a la intimidad en relación con datos especialmente protegidos sometidos a régimen de publicidad restringida», y el art. 83 LRC considera, entre los datos especialmente protegidos, los relativos a la filiación adoptiva y la desconocida. De este modo, conforme al art. 44.5 LRC, en la inscripción de filiación se incluirá, con publicidad restringida, la resolución de constitución de la adopción. En este contexto, el art. 21 del Reglamento RC de 1958 —vigente hasta nuevo desarrollo reglamentario— indica que «no se dará publicidad sin autorización especial: 1.º De la filiación adoptiva o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter...» (la cursiva es nuestra) y precisamente el lugar de nacimiento ha de entenderse, en los términos que estamos viendo, una circunstancia que puede revelar el carácter de la filiación. Este precepto fue precisamente la base de la Instrucción DGRN de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción<sup>11</sup>, que preveía una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos. Dicha Instrucción sería posteriormente modificada por la Instrucción de 1 de julio de 2004<sup>12</sup>, donde expresamente se estableció que, en los casos de adopción internacional, el adoptante o los adoptantes de común acuerdo, podían solicitar que, en la nueva inscripción, conste su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado.

Puede entenderse que no es exactamente lo mismo limitar el acceso y la publicidad de determinadas informaciones, a alterar —aun por razones justificadas— la veracidad registral sobre un dato objetivo, como es el lugar de nacimiento. Sin embargo, este lugar, a diferencia de otros datos como es la resolución de adopción, sí es un dato público debido a razones de identificación, que consta en los documentos de identidad y pasaporte de la persona. En estos supuestos, la ocultación del dato real del nacimiento, por razón de protección de la intimidad, conlleva casi necesariamente su sustitución por el lugar del domicilio del padre/madre cuya filiación ha sido establecida. Y esa necesidad de protección no ha cambiado con el nuevo marco normativo registral.

12. En definitiva, podemos estar conformes con el resultado final de la decisión en la medida en que protege la vida privada de la menor. La vía para lograrlo es nuevamente forzando la regulación existente para las adopciones ante la inexistencia de una regulación propia para la gestación por sustitución. El debate ético sigue abierto, pero la realidad está ahí.

---

11 <https://www.boe.es/eli/es/ins/1999/02/15/1>

12 <https://www.boe.es/eli/es/ins/2004/07/01/1>

