

**GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: MARCO  
NORMATIVO, ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y  
DE LA CONTROVERSIA ENTRE EL INTERÉS  
SUPERIOR DEL MENOR Y LA DIGNIDAD DE LA  
MUJER.**

**(GESTATION BY SUBSTITUTION: REGULATORY FRAMEWORK,  
JURISPRUDENTIAL ANALYSIS AND THE CONTROVERSY BETWEEN THE  
BEST INTEREST OF THE MINOR AND THE DIGNITY OF WOMEN.)**

**Máster universitario de Acceso a la Profesión de  
Abogado y Procurador**

**Presentado por: D<sup>a</sup>. MARIA VICTORIA UTRILLA MARCOS**

**Dirigido por: Dra. ANA FERNANDEZ PEREZ. PROFESORA  
TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**Alcalá de Henares, a 18 de enero de 2022**

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	<b>2</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>3</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>5</b>
1.1. OBJETIVOS .....	7
1.2. METODOLOGÍA.....	7
1.3. ESTRUCTURA .....	8
<b>2. LA GESTACIÓN SUBROGADA: BREVE REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL</b> .....	<b>9</b>
2.1. LA NULIDAD DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA Y LA DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD .....	10
2.2. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LOS MENORES GESTADOS EN VIRTUD DE TALES CONTRATOS .....	11
<b>3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL</b> .....	<b>16</b>
3.1. SJPI Nº 15 DE VALENCIA, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010 .....	16
3.2. SAP VALENCIA 23 DE NOVIEMBRE DE 2011.....	20
3.3. STS 6 DE FEBRERO DE 2014 .....	22
3.4. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 26 DE JUNIO DE 2014, CASOS MENNESSON Y LABASSEE. ....	27
3.5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 16 DE JULIO DE 2020.....	28
<b>4. LA CONTROVERSIA ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA DIGNIDAD DE LA MUJER</b> .....	<b>31</b>
<b>5. CONCLUSIONES</b> .....	<b>34</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>37</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>43</b>

## **RESUMEN**

La gestación subrogada, también denominada, como gestación por sustitución, es uno de los supuestos jurídicos más controvertidos de nuestra era. A largo del presente trabajo, y tras presentar una visión global sobre la situación actual de la materia en el marco jurídico español, se procederá a estudiar la jurisprudencia existente sobre la gestación por sustitución, tanto el ámbito nacional como en el europeo a través del análisis de resoluciones judiciales de diversos órganos.

Así, será de suma importancia el estudio de las resoluciones que emanan del Tribunal Supremo, de las Audiencias Provinciales o incluso las sentencias procedentes de los Juzgados de Primera Instancia. También se abordará el análisis de alguna de las sentencias que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o incluso ciertas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han arrojado luz sobre la materia.

Asimismo, será de incipiente importancia relacionar estas resoluciones judiciales con otras de índole administrativa, como las que dicta la Dirección General de Registros y Notariado, sobre la posible y la eventual inscripción de esta institución en el Registro Civil español.

**Palabras Clave:** *Gestación, Sustitución, Subrogación, Sentencia, Jurisprudencia*

## **ABSTRACT**

Surrogacy, is one of the most legally controversial assumptions of our era. Throughout this work, and after presenting a global vision on the current situation of the matter in the Spanish legal framework, we will proceed to study the existing jurisprudence on surrogacy, both the national and European level through analysis of judicial decisions of various bodies.

Thus, it will be of utmost importance to study the decisions emanating from the Supreme Court, provincial courts or even the judgments of courts of first instance. It will also deal with some of the judgments emanating from the European Court of Human Rights or even certain decisions of the Court of Justice of the European Union that have shed light on the matter.

Likewise, it will be important to relate these judicial decisions with others of an administrative nature, such as those issued by the General Directorate of Registries and Notaries, on the possible and eventual registration of this institution in the Spanish Civil Registry.

**Keywords:** *Gestation, Substitution, Surrogacy, Judgment, Jurisprudence*

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

Art.- Artículo

BOE- Boletín Oficial del Estado

CC- Código Civil

CE- Constitución Española

DGRN- Dirección General de Registros y Notariado

LO- Ley Orgánica

LTRHA- Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

pp- Páginas

SAP- Sentencia de la Audiencia Provincial

SJPI- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

STS- Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ- Sentencia Tribunal Superior de Justicia

TEDH- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS- Tribunal Supremo

TSJ- Tribunal Superior de Justicia

UE- Unión Europea

## 1. INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada es una figura que ha originado una gran controversia a muchos niveles, no sólo jurídico, sino también en el plano político e incluso social. Centrándonos en la controversia jurídica que se origina, la gestación por sustitución habilita una nueva vía para declarar la filiación del nacido a través estas técnicas que pone en jaque a uno de los principios de Derecho Romano, y sobre los que se asienta nuestra regulación en la materia: “*mater sempre certa est*”.

Este aforismo latino, formulado como un principio de derecho de familia, ha llegado hasta nuestros días, y ha quedado consagrado en el Código Civil español<sup>1</sup> (en adelante “CC”), pero también en otros muchos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Según la referida fórmula “*mater sempre certa est*” la madre siempre es cierta, siempre es conocida y determinada en el momento del parto, sin lugar a dudas.

Así esta afirmación se configura como una presunción *iuris et de iure*, esto es, contra la que no cabe prueba en contrario. Este principio no deja lugar a la existencia de la gestación por sustitución, en virtud de la cual la madre se determina a través del contrato, y no del parto. Así se proclama en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, “LTRHA”) <sup>2</sup>.

En suma, es importante contemplar la evolución del Derecho, el cual debe de ser aplicado e interpretado por el Juzgador según la realidad social imperante, tal y como se consagra

---

<sup>1</sup> Véase el Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Publicado en La Gaceta de Madrid, número 206, el día 25 de julio de 1889. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

<sup>2</sup> Véase Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Asistida, publicada en el Boletín Oficial del Estado, (en lo sucesivo BOE), número 126, el 27 de mayo de 2006. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

en el artículo 3 CC<sup>3</sup>. Ello será tenido en cuenta a la hora de analizar ciertas resoluciones judiciales sobre esta materia, que reflejan la tesis sostenida por el Tribunal Supremo respecto a la gestación subrogada en España.

De hecho algunos países de nuestro entorno en base a la interpretación evolutiva, y a la evolución del propio Derecho, así como apelando a la asimetría reproductiva<sup>4</sup>, han abordado la controversia de la gestación subrogada incluyendo esta posibilidad en sus respectivos ordenamientos jurídicos, avalando así su legitimidad. Este es el caso de Ucrania, Grecia, Portugal o Reino Unido. Pese a ello, la normativa no es homogénea, ya que en algunos supuestos<sup>5</sup> la gestación por sustitución deberá de ser una práctica altruista, no teniendo cabida la gestación subrogada onerosa o lucrativa.

Finalmente, no hay que perder de vista que desde diversas Instituciones Europeas se condena la práctica de la gestación subrogada, por considerarla como un medio de explotación del cuerpo de la mujer y atentar directamente contra su dignidad. Así, el Parlamento Europeo<sup>6</sup> aboga por su prohibición, muy especialmente cuando la gestación por sustitución se ponga en práctica en países con un escaso grado de desarrollo o se practique a cambio de cierta cuantía económica, ya que ello podría facilitar la explotación y la cosificación del cuerpo de la mujer, llevando a su mercantilización, lo que atentaría frontalmente contra la dignidad de la persona.

---

<sup>3</sup> Art. 3 CC:

*“1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.*

<sup>4</sup> Asimetría reproductiva: La asimetría reproductiva aborda la incapacidad gestacional de algunas personas para tratar de explicar la desigualdad de oportunidades para procrear que los mismos padecen. En su virtud, este sector de la población, incapaz para procrear biológicamente, (parejas homosexuales, mujer estéril, hombre soltero, etc.) deberían de poder acceder a la gestación por sustitución como único mecanismo para tener descendencia. De lo contrario nos encontraríamos ante un tipo de discriminación indirecta, resultado de prohibir este tipo de gestación. Véase REDONDO SACEDA, L., “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada” en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IX* (2016), p. 50.

<sup>5</sup> OLAYA GODOY, M. “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE, TS” *Anuario de la facultad de derecho. Universidad de Extremadura* N°34 , 2018. pp 111-131.

<sup>6</sup> PARLAMENTO EUROPEO : “Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el mundo 2014 y las políticas de la Unión Europea sobre esta materia” *Resolución de 2015/2229-INI de 17 de diciembre de 2015*. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470\\_EN.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_EN.html?redirect)

Esta es la tesis que sostienen otros países del entorno, entre los que se encuentra España, como revelarán las resoluciones judiciales y administrativas analizadas a continuación.

## **1.1.OBJETIVOS**

La elaboración del presente trabajo aspira a alcanzar una serie de objetivos generales y otros específicos. Los **objetivos generales** son, primero, abordar brevemente el marco normativo español, para después proceder al estudio de la jurisprudencia en materia de gestación subrogada.

En lo relativo a los **objetivos específicos**, cabe destacar los siguientes:

- Conocer las líneas jurisprudenciales consolidadas sobre la gestación por sustitución, pudiendo identificar la tesis que sostiene actualmente el Tribunal Supremo
- Analizar la evolución doctrinal sobre la materia
- Exponer la controversia que existe entre los bienes jurídicos protegidos, de un lado el interés superior del menor, y de otro, la dignidad de la mujer.
- Abordar ciertas resoluciones administrativas, como las emitidas por la DGRN, que impiden la inscripción en España de los bebés nacidos a través de la gestación subrogada.

## **1.2.METODOLOGÍA**

Para la elaboración del presente trabajo se ha efectuado una revisión bibliográfica sobre la materia, gestación subrogada, para posteriormente comentar las resoluciones judiciales más destacadas sobre la misma, abordando la postura de diversos órganos judiciales e incluso administrativos, (como la DGRN), sobre ciertos conflictos jurídicos que orbitan en torno a la misma.

Así la metodología empleada ha requerido una previa búsqueda y selección de información a través de distintas fuentes. Entre ellas cabe destacar aquellas a las que se ha accedido por vía telemática, como Google Académico, o los buscadores de jurisprudencia *online*, como el Centro de Documentación del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ<sup>7</sup>), HUDOC<sup>8</sup> (perteneciente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos), o CURIA<sup>9</sup> (el relativo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Por su importancia, es igualmente importante mentar los manuales de derecho consultados, así como revistas de naturaleza jurídica, tesis o ponencias y artículos que tratan sobre la materia analizada.

### 1.3. ESTRUCTURA

El trabajo que se incluye a lo largo de la presente se encuentra dividido en cuatro capítulos bien diferenciados.

El primero de ellos, bajo la rúbrica “introducción”, contiene una breve presentación sobre la temática a tratar, la metodología empleada para su elaboración y finalmente la estructura que se expone actualmente.

El segundo capítulo versa sobre el marco normativo de la gestación subrogada. A lo largo del mismo, se tratará de exponer la situación actual de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, basada fundamentalmente sobre dos pilares: de un lado la proclamación de la nulidad absoluta del contrato de gestación subrogada en virtud de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante “LTRHA”), y de otro lado la imposibilidad de inscribir en el Registro Civil español la filiación de un niño

---

<sup>7</sup> Buscador de jurisprudencia CENDOJ. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Servicios/Jurisprudencia/>

<sup>8</sup> Buscador de jurisprudencia TEDH. Disponible en : <https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22}}>

<sup>9</sup> Buscador de jurisprudencia TJUE. Disponible en: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1\\_6308/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/)

nacido por tales técnicas, tal y como se recoge en la última Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019.

El tercer capítulo aborda el análisis jurisprudencial, el cual es el elemento central del presente trabajo. A lo largo del mismo, se estudiarán diversas resoluciones judiciales, que recogen la evolución y la posición actual que sostiene el Tribunal Supremo, (en adelante TS).

El cuarto capítulo expone cierta controversia que deriva de la gestación subrogada. Se trata de ponderar dos valores en conflicto, como son, de un lado la dignidad de la mujer, conculcada por la mercantilización de su cuerpo, y de otro, la protección del menor como interés jurídico necesitado de protección.

Finalmente se incluirán una serie de conclusiones para reflexionar sobre las ideas más importantes, aportando el punto de vista personal del autor sobre la temática tratada.

## **2. LA GESTACIÓN SUBROGADA: BREVE REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL**

La gestación subrogada es un contrato entre particulares a través del cual una mujer (a la que en adelante se referirá como la “gestante”), acuerda mediando precio o no, (de manera retribuida o altruista), gestar un embrión, con el compromiso intrínseco de renunciar a la filiación del nacido en favor de la otra parte contratante (en lo sucesivo, los “comitentes”)<sup>10</sup>.

El popularmente conocido como “vientre de alquiler”, se encuentra en el ordenamiento jurídico nacional español regulado dentro de las técnicas de reproducción asistida, en la LTRHA.

---

<sup>10</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. “La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil Español” *Lefebvre, El Derecho.com* . Publicado el 11 de junio de 2020. Disponible en : <https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol> (consultado el 15 de julio de 2020)

La Ley 14/2006, de 26 de mayo<sup>11</sup>, regula en su artículo décimo la gestación por sustitución, para proclamar la nulidad de pleno derecho de la misma, indicando asimismo que la filiación materna del nacido será determinada en el momento mismo del parto.

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. (Art. 10, Ley 14/2006)

No obstante, el padre en cualquier caso ejercitar la acción de reclamación de la paternidad según lo dispuesto en el Código Civil.

## **2.1.LA NULIDAD DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA Y LA DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD**

Como se puede observar en el artículo 10.1, expuesto *ut supra*, el legislador declara la nulidad de la gestación subrogada. Para ello, se basa en el aforismo latino y principio rector de nuestro Derecho de Familia *mater semper certa est*. Este principio señala que la madre siempre es cierta, y que la maternidad se determina en el momento mismo del parto. Ello impide la renuncia de la filiación materna de la gestante, por acuerdo entre las partes plasmado en el contrato de gestación subrogada.

Así, una interpretación objetiva, legalista y rigurosa, que siguiese el tenor literal de la ley impediría dar cabida a la gestación subrogada en España. Sin embargo, este negocio jurídico podría ser llevado a cabo en el extranjero, donde sí que es legal. En tales ordenamientos se apela a la posibilidad de suprimir en algunas ocasiones la aplicación de este principio. Así las cosas, en tales supuestos, el principio *mater semper certa est*

---

<sup>11</sup> Véase la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, publicada en el Boletín Oficial Del Estado Número 126, el 27 de mayo de 2006. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

quedará sustituido por *pater et mater incertos sunt*. Según este último principio, tanto el padre como la madre son inciertos, no pudiendo ser determinados en el momento del parto, o en base a la verdad biológica (*favor veritatis*).

Como se expondrá a continuación, también el principio *favor veritatis*, principio que apela directamente a la verdad biológica, podrá ser sustituido por *favor filiationis*<sup>12</sup>, que viene a regirse por la voluntad de las partes, en el momento de la inscripción registral de la filiación del nacido.

La aplicación del principio *mater sempre certa est*, suponía que la filiación materna se determinaba en el parto, como un hecho cierto, indubitado. No obstante, y a raíz de la admisión de la inscripción en el Registro Civil de las filiaciones fruto de la gestación subrogada, y de las nuevas técnicas de reproducción asistida, este principio se ha visto superado por el principio de *pater et mater incertos sunt*.

Se sustituye así tesis de que la filiación deba de coincidir con la verdad biológica (que es la que sostiene el principio del *favor veritatis*, por la determinación de la filiación en base a la inscripción en el Registro Civil (*favor filiationis*)<sup>13</sup>. Por ello, el principio *favor veritatis*, debe de ser adaptado o modificado, atendiendo a un principio de mayor importancia, que es el interés del menor, el cual está por encima de la verdad biológica.

## **2.2.LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LOS MENORES GESTADOS EN VIRTUD DE TALES CONTRATOS**

Pese a que el ordenamiento jurídico español proclama la nulidad de pleno derecho de la gestación por sustitución, este negocio jurídico podría llevarse a cabo por españoles en el extranjero, de forma legítima, bajo el paraguas de legislaciones que amparan en esta

---

<sup>12</sup> DURAN AYAGO, A. “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de la gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de la gestación por sustitución.” *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2012, tomo XII, pp 266 a 283.

<sup>13</sup> LAMM, E. (2013) *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (1ª edición, p.30). Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona.

práctica. Piénsese en Rusia, Estados Unidos, Ucrania, Grecia o Georgia. Si los comitentes, como españoles, efectúan esta práctica fuera del país y luego regresan a España, la legislación española, impediría reconocerlos como padres e inscribir la filiación del bebé en el Registro Civil como hijo de los mismos.

Sobre ello surgen posturas enfrentadas, entre las resoluciones administrativas y judiciales. Por una parte, se sitúan las Instrucciones de la DGRN<sup>14</sup>, y por otra, las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, o de Audiencias Provinciales<sup>15</sup>.

La DGRN, a lo largo de sus Instrucciones también muestra cierta evolución. Así, en la **Instrucción de 5 de octubre de 2010**, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>16</sup>. Se habilitaba a los comitentes para inscribir la filiación del nacido en el extranjero por estas técnicas, indicando una serie de pautas para llevar a cabo la inscripción en el Registro Civil español, del nacimiento de un bebé en el extranjero a través de la gestación por sustitución<sup>17</sup>.

Se incluía como requisito necesario una resolución judicial dictada por un órgano judicial competente en el extranjero, (donde hubiese nacido el bebé). En esta resolución judicial deberían incluirse los datos de las partes, señalándose expresamente que la inscripción obedece al interés superior del menor. Además, debería de indicarse que la gestante ha efectuado de forma voluntaria, consciente y libre su renuncia expresa a la filiación. De hecho, esta renuncia está amparada por la legislación española<sup>18</sup>. Esta resolución judicial, requeriría de Exequatur para su validez en España.

---

<sup>14</sup> MUÑOZ RODRIGO, G., “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10 bis, junio 2019, p. 724

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ GARRIDO, FERNÁNDEZ GARRIDO, M. “ Gestación Subrogada o vientres de alquiler”. *Mon jurídic: bulletí del Col·legi d’Advocats de Barcelona*, nº 306, 2016. pp 26-28. Disponible en: <http://www.icab.cat/files/242-496759-DOCUMENTO/306b.pdf>

<sup>16</sup> Véase la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicada en el boletín oficial del estado número 243, el 7 de octubre de 2010. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317)

<sup>17</sup> DIAZ FRAILE, J.M “ la gestación por sustitución ante el registro civil español. Evolución de la doctrina de la Dirección General De Registros y Notariado y de la jurisprudencia española y europea. *Revista de derecho civil* Vol. 6, Nº1 (enero marzo) 2019 pp 53 -131

<sup>18</sup> La admisibilidad de la renuncia a la filiación resulta de los artículos 44.4, 45.3, y 49.4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro civil. Publicada en el boletín oficial del estado número 175, el 22 de julio de 2011. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>

No obstante, figuraba una excepción para el Exequatur: si la resolución judicial en cuestión dimanaba de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que fuese similar o análogo a un procedimiento de jurisdicción voluntaria español. En tales casos sería posible reconocer la validez de dicha resolución judicial extranjera por el propio Encargado del Registro Civil en España, realizando un control formal, sin entrar en el fondo de la cuestión.

No obstante, y como se analizará posteriormente, la STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014, se pronunció en contra de esta posibilidad, por entenderla contraria al orden público de derecho internacional privado español, ya que con la inscripción solicitada se conculcarían las normas de filiación españolas y la LTRHA.

Tras ello, la DGRN se reiteraba en su postura, por lo que emitió un **Informe-Circular, de fecha 11 de julio de 2014**<sup>19</sup> que ratificaba la Instrucción de 5 de octubre de 2010 posicionándose en favor de la inscripción de la relación de filiación resultante de un contrato de gestación por sustitución, siempre que se cumpliesen los requisitos señalados.

*"En el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello." (Informe-Circular, DGRN, 2014)*

Para consolidar su tesis, la DGRN trae a colación en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, en la que se declara contrario a los derechos fundamentales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos la denegación de inscripción y de reconocimiento de la relación de filiación de los niños

---

<sup>19</sup>Véase Informe de 11 de julio de 2014 de la DGRN, Disponible en : [https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIj9tynt\\_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33\\_8\\_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8\\_IorZ7LMXpzv07H967-Dg4S-8zOumqJaf\\_WRxkS\\_bHH8X59dPq-mb61X-2X1WNvkVXGRtm9efPX\\_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA\\_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE](https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIj9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8_IorZ7LMXpzv07H967-Dg4S-8zOumqJaf_WRxkS_bHH8X59dPq-mb61X-2X1WNvkVXGRtm9efPX_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE)

nacidos por gestación subrogada<sup>20</sup>, ya que atentaría contra el interés superior del menor. De esta manera se puede contemplar como la DGRN tiende a flexibilizar los criterios para la inscripción de la filiación de los nacidos en el extranjero por estas técnicas.

Más tarde, llegará la Instrucción de la **DGRN de 14 de febrero de 2019**<sup>21</sup>, sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, la cual se sitúa en la misma línea que la anterior, en favor, considerándose posturas laxas y favorables para la inscripción de los nacidos por tales métodos.

No obstante, esta Instrucción, enviada a los diversos Registros Consulares, no llegó a ser publicada en el BOE, aunque si su rectificación, como se analizará posteriormente.

La Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, se basaba en los siguientes puntos:

- La inscripción del nacimiento y de la filiación de un menor en el extranjero, nacido por gestación subrogada, se puede llevar a cabo en el Registro Consular mediante una resolución judicial del tribunal competente en dicho Estado.
- En caso de no disponer de una resolución judicial, se consigna una nueva vía<sup>22</sup>: es el Encargado de Registro Civil español podía inscribir el nacimiento del menor si se dispone de:
  - una certificación registral extranjera
  - de una certificación médica del nacimiento del niño donde consta la identidad de la madre gestante,
  - unida a la declaración de voluntad de los comitentes.

---

<sup>20</sup> MIRAULT MARTÍN, L. “ El dilema jurídico de la gestación subrogada”. *Estudios de Derecho Iberoamericano*. Vol. 1, 2019. Pp 75-93.

<sup>21</sup> Se adjunta a la presente la Instrucción de 14 de febrero de 2019 de la DGRN como ANEXO I.

<sup>22</sup> DIAZ FRAILE, J.M “ la gestación por sustitución ante el registro civil español. Evolución de la doctrina de la Dirección General De Registros y Notariado y de la jurisprudencia española y europea. *Revista de derecho civil* Vol. 6, Nº1 (enero marzo) 2019 pp 53 -131

Además debe de quedar acreditado la filiación del menor respecto a uno de los progenitores españoles. Esta prueba de filiación, se hace respecto del padre, mediante la prueba de ADN. El informe-circular incluía así una nueva vía, materializada en la prueba de ADN para acreditar la paternidad del progenitor español e inscribir su filiación. Ello era posible en virtud de la entonces vigente ley del Registro Civil de 1957 (art. 15) , o el en artículo 9 de la actual Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entró en vigor definitivamente el 30 de abril de 2021<sup>23</sup>.

- Constatada la filiación del padre mediante la prueba de ADN, se inscribiría el nacimiento del menor nacido en el extranjero, constando como padre el indicado, y como madre, la madre gestante (no la comitente, cuidado).

Por ello, el reconocimiento del otro comitente como progenitor (la madre contratante), se efectuaría a partir del correspondiente procedimiento de adopción, según lo establecido en el artículo 177 del Código Civil. Sería necesario también el asentimiento de la madre gestante. La renuncia a la filiación de la madre gestante, está amparada por el ordenamiento jurídico español<sup>24</sup>.

De forma muy llamativa, y apenas transcurridos cuatro días, se dejó sin efecto la analizada instrucción y los principios sobre los que se sustenta, mediante la **Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019**<sup>25</sup>. Ello suponía volver a las premisas asentadas en 2010, por lo que en adelante sólo será posible la inscripción de filiación de menores que hayan nacido en el extranjero a través de la gestación subrogada si existe una sentencia judicial del país correspondiente, y está dotada del pertinente exequatur o control incidental.

---

<sup>23</sup> Véase la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, publicada en el BOE número 175 el 22 de julio de 2011, Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>

<sup>24</sup> La admisibilidad de la renuncia a la filiación resulta de los artículos 44.4, 45.3, y 49.4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro civil. Publicada en el boletín oficial del estado número 175, el 22 de julio de 2011. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>

<sup>25</sup> Véase la Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN, disponible en : <https://boe.es/boe/dias/2019/02/21/pdfs/BOE-A-2019-2367.pdf#BOEn>

### **3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

A lo largo del presente epígrafe se efectuará un análisis sobre las resoluciones judiciales más representativas, en lo que a la gestación subrogada se refiere. Se estudiarán tanto las sentencias que han recogido la postura predominante de la jurisprudencia en cada momento como las que o efectuando una interpretación evolutiva de la legislación existente en la materia.

#### **3.1.SJPI N° 15 DE VALENCIA, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010**

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, dictada el 15 de septiembre de 2010, número de sentencia 193/2010, en el seno del procedimiento 188/2010<sup>26</sup>, surge tras una resolución de la DGRN que admitía la inscripción en el Registro Consular español de unos niños nacidos a través de la gestación por sustitución en EE.UU. Esta resolución del DGRN era fruto de un recurso contra la resolución del canciller Encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles, que había denegado la controvertida inscripción en base a la nulidad radical que afectaba al posible pero encubierto acto del que emanaba dicha solicitud, la gestación subrogada.

En cualquier caso, la DRGN estima el recurso de los comitentes, y se procede a efectuar la referida inscripción.

Ante dicha resolución, el Ministerio Fiscal interpone una demanda promoviendo la cancelación de tal asiento registral, dado que la gestación subrogada es nula de pleno derecho en el ordenamiento jurídico español (art. 10 LTRHA), y la inscripción de la filiación y nacimiento por tales métodos conculcaría el orden público, además de no superar el examen previo de legalidad que debe de efectuar el Encargado del Registro según la entonces vigente Ley del Registro Civil de 1957, art. 23.

---

<sup>26</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, dictada el 15 de septiembre de 2010, número de sentencia 193/2010, en el seno del procedimiento 188/2010. Disponible en : <https://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-primera-instancia-inscripción-maternidad-subrogada.pdf>

En suma, el fiscal planteaba la posibilidad de que concurriese una falsedad documental para encubrir la gestación subrogada, ya que no se hacía referencia a la misma en la solicitud de registro, sino que los padres que figuraban en la certificación eran dos hombres, componentes de un matrimonio homosexual<sup>27</sup>. No había referencia alguna a la madre gestante.

Por su parte, los comitentes y la DGRN, demandada en este supuesto, apelaban a que si bien la gestación por sustitución estaba expresamente prohibida por las leyes españolas, en este caso el Encargado del Registro no debía de entrar en el fondo y dirimir la legalidad del acto objeto de inscripción, sino que debía de precisar si una filiación ya determinada por la certificación registral estadounidense podía acceder al Registro Civil Español. Para ello, pudiere existir un obstáculo, que la DRGN salvaba en sus argumentos: el orden público. Si dicha certificación registral extranjera atentaba contra el orden público, su inscripción en el registro consular no sería posible.

Por ello, tanto los comitentes como la DGRN indicaban (los primeros en el recurso ante la misma, y la DGRN y en proceso que da lugar a la sentencia analizada), que la filiación de los menores determinada en virtud del contrato de gestación subrogada no atentaba contra el orden público, ya que no quebrantaba la estructura de la sociedad española, y que, si bien, se admitía la adopción en favor de parejas del mismo sexo, o la filiación en el caso de dos mujeres, no permitirlo en los supuestos en los que la pareja está formada por dos hombres sería discriminatorio.

Pero no era así, según la sentencia analizada<sup>28</sup>. La denegación de la inscripción no era discriminatoria por el hecho de ser hombres los comitentes, ya que dicha denegación no se basaba en el sexo de la pareja, sino en un acto que era contrario a la legalidad española.

El juzgador, en la Sentencia del JPI de Valencia de 15 de septiembre de 2010, indica que aparentemente la resolución judicial extranjera cumple formalmente con todos los

---

<sup>27</sup> RUBIO TORRANO, E. “Inscripción como hijo de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución”. *Aranzadi Civil*, 2011, núm. 9, págs. 11 a 14.

<sup>28</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”. *Diario La Ley*, 2010, núm. 7501, pp. 1- 7

requisitos para poder acceder al Registro Consular español, según el art. 81<sup>29</sup> del entonces vigente reglamento del registro civil<sup>30</sup>. Pero, falta uno de los requisitos necesarios en virtud del art. 23<sup>31</sup> de la propia Ley del Registro Civil de 1957, que entiende el órgano judicial que tiene un gran peso en el caso enjuiciado: su conformidad con la legalidad española. Además, el JPI no está de acuerdo con la extensión sobre el análisis de fondo que debe de efectuar el Encargado del Registro Civil, y sobre el alcance del art. 81 del Reglamento del registro Civil.

El juzgador indicaba que el art. 32 de la LRC eclipsaba al art. 81 del RRC, ya que el primero tenía un rango jerárquico superior, al tratarse de una norma con rango legal, frente a un precepto reglamentario. Así, la concordancia del acto objeto de inscripción con la legalidad española se erige como elemento fundamental para la resolución del caso enjuiciado.

Pero a mayor abundamiento el Juzgador entendía que el examen formal sobre la certificación registral tampoco se había superado. El encargado del Registro consular debía de comprobar la realidad del hecho que se solicitaba inscribir, esto es, la filiación del nacido. Y como indica la sentencia, es biológicamente imposible este hecho en el estado actual de la ciencia y la medicina, los nacidos ni pueden tener dos padres, sino una madre y un padre, ya que los hombres no pueden engendrar ni concebir.

Así se indica en el Fundamento de Derecho tercero:

---

<sup>29</sup> Art. 81 RRC:

*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>30</sup> Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Publicado en el BOE 296, el 11 de diciembre de 1958. Disponible en : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1958-18486>

<sup>31</sup> Art. 23 LRC 1957:

*Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. (...)*

“...ello implica no ya solo un control formal de la certificación, sino que por el encargado no se tenga duda de que lo establecido en la certificación es real, en este caso el encargado del registro debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores cuya inscripción se pretende, ello que al menos formalmente es cierto pues así consta en la certificación californiana, no lo es, ni puede serlo a efectos materiales pues biológicamente resulta imposible, surge con ello la existencia de la duda sobre la realidad del hecho inscrito (...)”

La segunda parte de este examen formal que debe de efectuar el Encargado del Registro consular es sobre la conformidad del acto inscrito con la ley española. Atendiendo al art. 10 de la LTRHA se puede declarar la nulidad de la gestación subrogada y al consecuente ilegalidad del acto. Las consecuencias serán, primero, la determinación de la filiación en por el parto, y la nulidad de la renuncia de la filiación materna por parte de la mujer gestante.

Así, en este caso se puede observar como el principio de la verdad biológica se impone, Véase el Fundamento de Derecho tercero *in fine*:

“En conclusión la legislación española prohíbe la gestación por sustitución y puesto que el encargado del registro civil consular debe conforme al artículo 23 de la LRC examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada”.

Por último, la sentencia se refiere a la necesidad de proteger el interés superior del menor. Los comitentes, y la DGRN que es la demandada en el proceso, indican que la denegación de la inscripción de la filiación o la eventual cancelación de dicho asiento, podrían perjudicar a los menores, aunque hayan nacido a través de la gestación subrogada y ésta conculque la legalidad española.

Los menores, si se les privase de la controvertida inscripción, nos serían legalmente hijos de los comitentes en España, sino en todo caso, de uno de ellos (previa prueba de paternidad) y de la gestante. Ello les perjudicaría seriamente, ya que tendrían identidades diferentes según el país en el que se encontrasen, cuando en realidad tiene derecho a una identidad única.

Sin embargo, sobre ello apunta el juzgador que el fin no justifica los medios. Que por el hecho de proteger el interés superior del menor no se puede obviar el mandato del legislador, y la nulidad radical que padece el acto del que emanan los hechos: la gestación subrogada. Véase el Fundamento jurídico cuarto:

“...el fin no justifica los medios, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de sus Luis y Fernando, pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece”.

Además, la sentencia señala que el marco legal español tiene instrumentos suficientes para declarar la filiación de los comitentes por vías legales, sin necesidad de conculcar el art. 10 de la LTRAH. Estas vías serían, primer el reconocimiento de la paternidad del padre biológico, para después iniciar un proceso de adopción del hijo del cónyuge, previsto en el CC<sup>32</sup>.

Finalmente, y por los argumentos expuestos, el Juzgador estimó las pretensiones del Ministerio Fiscal, y ordenó la cancelación de dicho asiento registral. No obstante, esta sentencia será recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, como se analizará a continuación.

### **3.2.SAP VALENCIA 23 DE NOVIEMBRE DE 2011**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011<sup>33</sup>, es el resultado de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia anteriormente analizada, del Juzgado de Primera Instancia de Valencia. Esta resolución ratificó la sentencia recurrida, por lo que se dejaba sin efecto la inscripción del nacimiento de los

---

<sup>32</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. . "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales". Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá), 2012, núm. 5, págs. 365 a 381,

<sup>33</sup> Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011. Disponible en : <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/edc03e532b970773/20111209>

bebés en virtud de la gestación subrogada en el Registro Civil, así como la filiación respecto a los comitentes.

Los argumentos en los que se basa esta resolución siguen la línea doctrinal previamente asentada por el Juzgado de Primera Instancia<sup>34</sup>. La Audiencia Provincial, en base al principio de jerarquía normativa, reitera la importancia del art. 23 de la Ley del Registro Civil, frente a lo dispuesto en los art. 81 y 83 del reglamento que desarrolla la misma, y sobre los cuales los apelantes fundamentan sus pretensiones.

Además, la Audiencia Provincial, admite que si bien a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN es posible la inscripción del nacimiento de un niño en el extranjero, a través de técnicas de gestación subrogada, el caso analizado no cumple con los requisitos indicados en la misma: el Registro no dispone de la resolución judicial extranjera donde figura la filiación, y tampoco consta la identidad de la madre gestante.

Por otra parte, en el fundamento jurídico tercero, se apela a que la resolución judicial extranjera no habría superado el examen formal, necesario para la inscripción en el Registro Civil. Ello es debido a diversos motivos, como la conculcación del orden público, la ilicitud de la causa del contrato de gestación subrogada, la vulneración de la dignidad de la persona, etc.:

“Los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona. principios reflejados, además de en el artículo 10-1 de la Constitución, en su artículo 15 , que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39-2 del la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil, el artículo 1.271 del Código Civil , que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita.”

---

<sup>34</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011". en *Diario La Ley*, número 7815, 9 de marzo del año 2012, p.8.

Finalmente, la SAP de 23 de noviembre de 2011, efectúa una importante reflexión a lo largo de su fundamento jurídico quinto, sobre el interés superior del menor, y si este basta para justificar la inscripción del nacimiento y filiación de los comitentes en el Registro Civil. Sobre ello, la Audiencia Provincial indica que la satisfacción en la protección del interés superior del menor no puede alcanzarse infringiendo la ley, cuando precisamente el marco normativo español dispone de las vías adecuadas para la inscripción de la filiación del menor y la protección del mismo.

“(…) la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (artículo 10 de la Ley 14/2.006 y artículos 175 y siguientes del Código Civil)”.

En definitiva, la Audiencia Provincial de Valencia indica que la prohibición de la gestación por subrogación obedece a la necesidad de impedir la mercantilización del cuerpo de la mujer y que la vida humana pueda constituir un objeto con el que comerciar.

### **3.3.STS 6 DE FEBRERO DE 2014**

Esta resolución es de suma importancia en el ámbito de la gestación subrogada en España, de hecho es la primera que emite el Tribunal Supremo en un caso de gestación subrogada con elementos internacionales. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo, nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014, nº de recurso 245/2012<sup>35</sup>. La misma se produce como consecuencia de un recurso de casación interpuesto contra la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 anteriormente estudiada.

Esta sentencia no sólo siguió una interpretación distinta a la estipulada por la Instrucción anteriormente examinada (a la que no estaba vinculado), sino que además esta sentencia daría lugar a un Informe-Circular de la DGRN posterior. En cualquier caso, el Tribunal nuevamente deniega la inscripción en el Registro Civil español, de la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada en EE.UU.

---

<sup>35</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014, nº de recurso 245/2012. Disponible en : <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bac2bad54153bf37/20140214>

La Sentencia de la Sala Primera, para justificar su denegación, centra la cuestión en si es posible el reconocimiento por el Registro Civil español de inscripciones de nacimiento extranjeras realizadas por organismos equivalentes al Registro Civil Español. Si hay garantías suficientes en esos registros, y si el interés superior del menor legitimaría, una inscripción que va contra el orden público, que busca un resultado prohibido por la ley, y que además el acto del que emana está afectado por nulidad según la ley<sup>36</sup>.

Por otra parte, el TS subrayaba que, para que el Encargado del Registro Civil pudiese inscribir una resolución extranjera, el artículo 23, de la Ley del Registro Civil se necesitaba que se cumpliese con dos requisitos que no resultan acreditados:

- no existiese duda alguna sobre la realidad del hecho objeto de inscripción
- y que este fuese legal de conformidad a la legislación española.

Frente a ello, los recurrentes abogaban por la protección del interés superior del menor. No obstante, el TS entiende que el interés superior del menor no puede avalar el quebrantamiento del orden público, ni de una ley. Tampoco concurre ningún tipo de discriminación por denegar la inscripción el Registro Español, tal y como alegan los recurrentes, por el mero hecho de que los solicitantes sean varones, (como se ha indicado anteriormente, era una pareja homosexual).

El TS indica que nuestro ordenamiento jurídico no resulta discriminatorio para las parejas del mismo sexo en este punto, ya que junto a la realidad biológica existen otras vías, establecidas a través de vínculos jurídicos, sobre las que basar la inscripción de la relación de filiación, piénsese en la adopción. Por ello, los recurrentes podrían acudir a estas vías.

“Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento

---

<sup>36</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Jurisprudencia española y europea de Derecho Internacional Privado”. En *Revista Española de Derecho Internacional* Sección JURISPRUDENCIA DIPr Vol. 67/1, enero-junio 2015, Madrid, pp. 231-288 . Disponible en : <http://www.revista-redi.es/es/articulos/jurisprudencia-espanola-y-comunitaria-de-derecho-internacional-privado-10/>

jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo”.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala primera de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 entiende que la inscripción de la relación de filiación derivada de contrato de gestación por sustitución, atentaría contra el orden público. Estos tipos de contratos, según el TS suponen la conculcación de ciertos Derechos Fundamentales, los cuales, junto con la dignidad de la persona son uno de los fundamentos de la paz social y del orden político, como es, reflejado así en el artículo 10 de la Carta Magna.

La dignidad de la mujer y del bebé gestado mediante medios, según el TS podrían ser vulnerados, ya que el contrato empleado implica la negociación con ciertos bienes jurídicos inalienables e indisponibles, lo que a su vez podría dar lugar a explotar un estado de necesidad y de vulnerabilidad de mujeres en situación de pobreza<sup>37</sup>. Así se plasma en el fundamento jurídico tercero, punto sexto:

“Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico (...), no se acepta que (...) los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”.

En virtud de lo expuesto, el TS se deniega la inscripción, e insta al Ministerio Público a que inicie las actuaciones pertinentes para la correcta determinación de la filiación de los menores, así como a adoptar las medidas necesarias para su protección.

Antes de concluir, es necesario traer a colación el voto particular que se adjunta a la analizada sentencia. Es redactado por el Magistrado Seijas Quintana, y el que se adhieren

---

<sup>37</sup> Véase el punto sexto del fundamento jurídico tercero, STS 247/2014.

otros integrantes del tribunal, Magistrados como Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas o Sastre Papiol.

El voto particular en cuestión, trata sobre que la obligación del Juzgador, a saber la resolución de un conflicto jurídico en concreto, que es el reconocimiento de la resolución estadounidense, por la que se declara la filiación de los nacidos en favor de los comitentes. No era necesario abordar la legalidad de la resolución extranjera. En consecuencia, era preciso dirimir si España debía de reconocer o no esta resolución, como una decisión extranjera válida y conforme a la normativa estadounidense, sin necesidad entonces de determinar si ésta conculcaba lo recogido en el art.10 LTRHA.

“(…)lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, **sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa.** La denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraria el orden publico entendido desde el interés superior del menor”.

Además, este voto particular se posiciona como favorable a abrir la inscripción en estos casos. Ya que de lo contrario se estaría atentando igualmente contra el interés del menor:

“El interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles “

De esta manera, el Magistrado aboga por seguir la tendencia actual en todo el globo, flexibilizando los requisitos y la interpretación de la ley en este tipo de supuestos. Además, el voto particular entra en el estudio sobre los requisitos que se exigen por parte de la DGRN (que también habían sido modificados y flexibilizados, siguiendo su tesis) o por el Tribunal de Justicia de la UE, el cual había avalado y reconocido los efectos jurídicos que dimana de estos contratos, en la misma línea de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, sobre la regularización internacional de la gestación por sustitución.

Por otra parte, es preciso ahondar en el derecho a la reproducción. Éste se erige como un derecho especialmente relevante para aquellas parejas incapacitadas para tener un hijo

propio, genéticamente hablando. Este matiz es recogido en el voto particular de la propia STS de 6 de febrero de 2014.

El derecho a procrear,<sup>38</sup> es un derecho que se encuentra integrado en otros derechos, como es el derecho a la libertad del art. 17 CE, o en un principio rector de la política social y económica como es el recogido en el art. 39 de la Constitución, donde se consagra el derecho a fundar una familia<sup>39</sup>. Aunque también podría estar relacionado con la dignidad de la persona, necesaria para para libre desarrollo de su personalidad. Esto es, el derecho a la reproducción es un derecho intrínseco al ser humano, unido a la propia persona y que debe ser garantizado: no es una concesión del ordenamiento jurídico o de la sociedad política sino que “*es inherente a la persona por ser persona*”<sup>40</sup>.

Retomando la resolución estudiada, es precisamente en el caso de las parejas del mismo sexo, en el que la gestación subrogada constituye la única posibilidad de tener descendencia biológica propia. Por ello, parte de la doctrina, como refleja el voto particular, entiende que la gestación por sustitución debería de ser una vía legítima y disponible en aquellos casos en los que al menos uno de los comitentes aporte material reproductor<sup>41</sup>.

De lo contrario, podría producirse la discriminación a la que apelan los recurrentes: en caso de denegar la gestación por sustitución para estas parejas del mismo sexo que no pueden reproducirse, (caso de asimetría reproductiva), se estaría creando una discriminación, pero indirecta. La asimetría reproductiva tiene lugar cuando la única

---

<sup>38</sup> PRESNO LINERA, M.A, JIMÉNEZ BLANCO, P: “Libertad, igualdad ¿maternidad?. La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia”, *Revista española de Derecho Europeo*, número 51, edición junio-septiembre de 2014. p. 43.

<sup>39</sup> MARRADES PUIG, A.I. “La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española” *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*. Vol. 65, N°1, 2017. pp. 219-241.

<sup>40</sup> LAMM, E. (2013) *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (1ª edición, p.66). Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona.

<sup>41</sup> DE TORRES PEREA, J.M. “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *en Diario La Ley* número 8281, 28 de marzo del año 2014, , P. 1255.

opción para crear descendencia es la gestación subrogada, y sin embargo está prohibida en el ordenamiento jurídico al cual se encuentran sujetos los comitentes<sup>42</sup>.

### **3.4.SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 26 DE JUNIO DE 2014, CASOS MENNESSON Y LABASSEE.**

Los casos que a continuación se estudian, son fruto de una controversia que gira en torno a la gestación subrogada. Se trata de dos matrimonios de nacionalidad francesa (Mennesson y Labassee) que, incapacitados para procrear, acuden al sistema de gestación por sustitución en California, donde nacen sus hijos. El Tribunal Supremo de California dicta una resolución en la que reconoce y declara la paternidad de los comitentes, y con la misma los matrimonios acuden al consulado francés donde les es denegada la inscripción, por tratarse de una gestación por sustitución<sup>43</sup>.

La vía judicial en Francia tampoco les es favorable. Sin embargo, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>44</sup> (en adelante TEDH), de 26 de junio de 2014<sup>45</sup> declararon contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos aquellas resoluciones que se negasen a inscribir y reconocer la filiación de los comitentes respecto a aquellos niños nacidos a través de la gestación subrogada<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> OLAYA GODOY, M. “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE, TS”. *Anuario de la facultad de derecho. Universidad de Extremadura* N°34 , 2018 pp.112.

<sup>43</sup> GARCÍA SAN JOSÉ, D., “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, pp. 103-130.

<sup>44</sup> En realidad, el TEDH dictó dos sentencias el 26 de junio de 2014, para resolver por un lado el asunto Mennesson y por otro el caso Labassee. Sin embargo, y dada la identidad de razón que guardan ambos supuestos, se analizará el caso Mennesson, representante de ambos.

<sup>45</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014. Disponible en : [https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-145179\\*##%7B%22itemid%22:%5B%22001-145179\\*%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-145179*##%7B%22itemid%22:%5B%22001-145179*%22%5D%7D)

<sup>46</sup> Véase Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en : [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf)

El TEDH, en la resolución de los asuntos 65192/11 y 65491/11, casos *Menesson y Labassee*, respectivamente, efectuó una interpretación teleológica de CEDH, declarando que si no se reconociese esta filiación se estaría violando el art. 8 del referido texto legal. De hecho, la negativa de las autoridades francesas ante la solicitud de la inscripción, se considera una injerencia en la vida privada de los comitentes y de los niños gestados a través de estas técnicas. Se estará conculcando el principio del interés superior del menor.

Asimismo, el TEDH apela al derecho a la identidad del menor. El matrimonio *Menesson* ha actuado como padres de los menores desde su nacimiento. Se han integrado plenamente en dicha familia. Por ello, el derecho a la identidad forma parte integral del concepto de vida privada que late en el art 8 del CEDH, existiendo una relación directa entre la vida privada de los bebés nacidos a través de la gestación subrogada y la determinación jurídica de la filiación de los mismos<sup>47</sup>.

La denegación de la inscripción impide atribuir la filiación del menor en favor de los padres comitentes, lo que da lugar a una terrible situación de incertidumbre jurídica que atenta no sólo contra el derecho a la identidad del menor, sino puede suponer otras consecuencias (piénsese en la atribución de la nacionalidad de los padres comitentes al menor recién nacido, si este ha sido concebido en el extranjero). En suma, la falta de reconocimiento por parte de un Estado del vínculo de filiación referido, puede destruir la vida familiar del menor.

### **3.5.LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 16 DE JULIO DE 2020**

---

<sup>47</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11” *Diario La Ley*, Nº 8363, Sección Tribuna, 28 de Julio de 2014, Año XXXV, 7 de Julio de 2014, ISBN-ISSN: 2341-0566. Disponible en : [https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt\\_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33\\_8\\_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8\\_IorZ7L0nb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9\\_F-fXTavrmepV\\_dp6VTf4LF1nb5vVnz58\\_yxb6x--VX3\\_26vQnz16\\_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE](https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8_IorZ7L0nb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE)

La Sentencia del TEDH de 16 de julio de 2020, asunto D. c. Francia, demanda 1128/18<sup>48</sup>, nuevamente dirime un caso relacionado con la gestación subrogada<sup>49</sup>. En su resolución, el Alto Tribunal indica que en virtud del CEDH los niños nacidos a través del sistema de gestación subrogada en el extranjero tienen derecho a ser inscritos como hijos de sus padres.

Así, cada uno de los Estados parte del meritado convenio decidirán si inscriben a estos niños como hijos naturales de los comitentes o como hijos adoptivos, pero en cualquier caso deberán inscribirse en un término razonable, sin dilaciones indebidas, y sin que conste el origen de la filiación, esto es, la condición de hijo por gestación subrogada.

La resolución se basa en el artículo 8 del CEDH, y en el derecho que el menor tiene a la privacidad. En consecuencia, ciertas circunstancias como el origen de su filiación, la concepción o el hecho de que los comitentes hayan optado por la gestación subrogada, forman parte de la vida privada del menor. Así se prohíbe que los distintos países reflejen en sendos registros civiles tales circunstancias.

Sin embargo, en el caso enjuiciado, el Tribunal entiende que la negativa por parte de las autoridades francesas de inscribir en el registro la filiación y el nacimiento de la menor, no conculca el artículo 8 del convenio ni el artículo 14, que versa sobre la interdicción de la discriminación. El problema surge cuando nace en Ucrania una niña a través del sistema de gestación por sustitución, siendo los comitentes un matrimonio francés que trata de inscribir a la niña como su hija en la embajada de Francia en Kiev.

Desde la embajada, se deniega la inscripción, dado que a raíz de la STEDH de los estudiados casos de Labassee y Menesson, desde el Registro Civil francés se había dado orden de suspender toda inscripción de niño nacido a través del sistema gestación

---

<sup>48</sup> Sentencia del TEDH de 16 de julio de 2020. Asunto D. contra Francia. Demanda 1128/18. Disponible en:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%7B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D%7D>

<sup>49</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa”. *Revista de Derecho Civil*, Vol 8, Nº 2, abril-junio, 2021. Pp. 193-219. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/663/536>

subrogada. En consecuencia, los comitentes interpusieron una demanda solicitando una orden para que el certificado de nacimiento fuese inscrito en el registro francés, demanda que no prosperó respecto a la madre, pero si se puede inscribir la filiación del padre en atención al interés superior de la menor.

La posibilidad de escribir la filiación del padre atendía a que según el registro era *“la única relación conocida legalmente establecida en el país de nacimiento”* y que por lo tanto se correspondía con la realidad jurídica. Así, la filiación de la madre, de la comitente, tan solo podría ser reconocido a través de la adopción.

Tras ello, los comitentes interpusieron una demanda ante el TEDH, apelando a la vulneración del artículo 8 CEDH donde se consagra el derecho a la vida privada de la menor, y la conculcación del artículo 14 donde se estipula la previsión de la discriminación por razón de nacimiento.

Por su parte, el Tribunal Europeo Derechos Humanos estipula en su resolución que, tal y como se ha pronunciado en resoluciones anteriores, la existencia de un vínculo genético entre el bebé nacido a través de la gestación subrogada y cualesquiera de los comitentes, no significa que el derecho del niño a que se respete su vida privada según el artículo ocho del convenio suponga o esté subordinado a que la relación jurídica con la madre no gestante deba figurar de forma específica mediante la inscripción de los datos del certificado de nacimiento extranjero.

En consecuencia, la denegación de la solicitud de inscripción de los datos del certificado de nacimiento ucraniano no es una injerencia del derecho del menor a que se respete su vida privada. La relación jurídica entre el bebé y la madre no gestante puede establecerse por otras vías, como la adopción. Así, la injerencia del Estado francés al impedir la inscripción en el registro no se considera desproporcionada, ya que se puede inscribir la filiación respecto de la madre no gestante por otras vías.

Respecto a la supuesta o posible vulneración del artículo 14 del convenio, donde se prohíbe cualquier tipo de discriminación, el Tribunal también desestima las alegaciones de los recurrentes en este punto. En la sentencia se indica que no ha existido discriminación sufrida por parte de la niña en respeto de su vida privada y familiar, ya

que la diferencia de trato que Francia otorga a los bebés franceses nacidos en el extranjero a través de las técnicas de gestación por sustitución y a los demás bebés franceses nacidos fuera de Francia, no radica en el hecho de que los primeros no puedan alcanzar el reconocimiento en Francia de una relación jurídica materno filial. Sí que pueden, de hecho.

La controversia se centra más bien en que en los primeros no pueden acceder en ciertos momentos (iniciales) a la inscripción en el registro civil de los datos completos de su partida de nacimiento, sino que tienen que recurrir a la adopción para que se establezca legalmente esa relación materno filial.

En definitiva, la diferencia de trato de situaciones distintas obedece a una causa justificada, objetiva y razonable. No hay discriminación ninguna.

#### **4. LA CONTROVERSIA ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA DIGNIDAD DE LA MUJER**

El interés superior del menor es un principio rector en la legislación y por lo tanto es un elemento que debe de ser objeto de protección en las diversas resoluciones judiciales que se han analizado.

Así, es importante destacar que el interés superior del menor se erige como un concepto jurídico indeterminado, que figura en ciertos textos y Tratados Internacionales como en la Convención de los derechos del Niño de Naciones Unidas<sup>50</sup>. En esta última se entiende que el interés superior del menor debe de primar en cualquier tipo de medida o resolución de que sea adoptada por los órganos administrativos, legislativos o judiciales de los Estados firmantes de la Convención, como es el caso del España.

---

<sup>50</sup> Véase Convención de los Derechos del Niño, recogida en la resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en : <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

En la recientemente analizada STS de 6 de febrero de 2014, el TS entiende que el interés superior del menor debe de definirse atendiendo a los valores imperantes en la sociedad y a los principios que articulan el marco jurídico español, no pudiendo en ningún caso contravenir lo dispuesto en la ley. En su virtud, para acotar este concepto, no se podrá conculcar ninguna norma del ordenamiento jurídico. Esta última idea es realmente importante, especialmente cuando se apela al interés superior del menor y a su protección para inscribir en el Registro. Civil español una relación de filiación que vulneraría una norma como es el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo.

Sobre ello trata la STS de 17 de febrero de 2015,<sup>51</sup> recurso 2923/2013. En este supuesto, el Alto Tribunal efectúa lo que denominará como “interpretación correctora de la ley” en aras de proteger en interés superior del menor. Así, el TS entiende que la solución para tal caso, (una gestación subrogada y un intento de inscripción en el Registro que había sido denegado), no podía ser la simple interpretación literal y objetiva de la ley, ya que estaba envuelto el interés superior del menor.

Así las cosas, el TS mediante la referida interpretación correctora de la norma, y siempre en atención al interés superior del menor, avala la inscripción. La interpretación efectuada consiste en no llevar a cabo una interpretación al pie de la letra de la ley, sino modificar ciertos extremos teniendo en cuenta la realidad y la necesaria protección del menor. Para fortalecer sus argumentos, el TS se refiere a jurisprudencia anterior, que consagra este planteamiento<sup>52</sup> y que también ha llevado a cabo una interpretación no literal de la ley para salvaguardar el interés del menor.

No obstante, en los supuestos en los que la filiación procede de un contrato de gestación por sustitución, también entra en juego otro valor y principio rector del ordenamiento jurídico, como es la dignidad de la persona, en este caso la dignidad de la mujer y madre gestante. Así, jurisprudencia y doctrina han apuntado en reiteradas ocasiones a la imposibilidad de constituir del contrato de la gestación por sustitución por la ilicitud del

---

<sup>51</sup>Véase La Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala Primera de lo Civil, sentencia 76/2015, de 17 de febrero de 2015. Número de recurso 2923/2013. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/560896654>

<sup>52</sup> Las resoluciones judiciales que indica la Sentencia 76/2000 15 de febrero de 2015 sobre la interpretación correctora de la norma en favor del interés superior del menor, son SS 29 de marzo de 2011 ; 1 de abril de 2011 ; 10 de octubre de 2011 ; 5 de noviembre de 2012.

objeto, dado que atentaría contra el orden público por conculcar la dignidad de la mujer y sus derechos fundamentales.

Así se expone en la ya referida STS de 6 de febrero de 2014<sup>53</sup>, donde el TS entiende que la inscripción de la relación de filiación que deriva de contrato de gestación por sustitución, atentaría contra el orden público, ya que llevaría consigo la vulneración de los Derechos Fundamentales (ubicados en el Capítulo segundo, Sección 1ª, Título I de la Constitución), y de uno de los fundamentos de la paz social y del orden político, como es la dignidad de la persona, reflejado así o en el artículo 10 CE<sup>54</sup>.

Al hilo de lo expuesto, entiende conculcada la dignidad de la mujer con estos contratos, porque permiten la negociación sobre ciertos bienes jurídicos inalienables e indisponibles, abriendo la posibilidad de mercantilizar el cuerpo de las mujeres, llegando a explotar y a beneficiarse de un estado de necesidad y de vulnerabilidad de aquellas que estén situación de pobreza, principalmente en países subdesarrollados o en vías de desarrollo<sup>55</sup>.

Así, la jurisprudencia como se pone de manifiesto en la STS 247/2014, entiende que mediante estos tipos de reproducción asistida se crearía lo que denomina como una “ciudadanía censitaria”, ya que *“solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”* (STS 247/2014).

Así, el orden público y la dignidad de la mujer como elemento integrante del mismo, se ha empleado como límite a la hora de reconocer las resoluciones extranjeras relativas a este tipo de contratos y de relaciones de filiación. Sobre ello ya se ha hablado en el

---

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera de lo Civil, de 2 de febrero de 2014, número 835/2013, número de recurso 245/2012. (STS 247/2014). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6958977&links=California&optimize=20140214&publicinterface=true>

<sup>54</sup> Artículo 10 de la Constitución: *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social*

<sup>55</sup> Véase el punto sexto del fundamento jurídico tercero, STS 247/2014.

epígrafe destinado a analizar la Sentencia 826/2011, de la audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, recurso número 949/2011 de 23 de noviembre de 2011<sup>56</sup>.

La sentencia apelaba al necesario cumplimiento del al art. 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que había declarado la nulidad de este tipo de contratos, y la determinación de las relaciones de filiación en base a la realidad biológica. En consecuencia, la certificación registral extranjera no habría superado el control de legalidad del Registro Civil español, con lo que no podría acceder a este último.

## 5. CONCLUSIONES

Tras el estudio de diversas resoluciones judiciales sobre la gestación subrogada, a continuación, se exponen una serie de conclusiones motivadas, que ahondarán en la problemática tratada, y que aportarán una visión subjetiva y personal sobre el conflicto.

### I

La libertad para que los particulares contraten, se encuentra regulada en el artículo 1255 del CC, donde se ha consagrado el principio de la autonomía de la voluntad. Este principio supone que los contratantes, son libres de celebrar los contratos que tengan por conveniente, pero cuidado, con ciertos límites como el orden público. El orden público es un concepto jurídico indeterminado, íntimamente vinculado a la dignidad humana, a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. La jurisprudencia ha interpretado y aplicado el concepto de orden público según la realidad social imperante.

Así, algo que podría conculcar el referido orden público hace años, hoy en día no atenta contra los valores de la sociedad. Hoy en día, la jurisprudencia estima contrario al orden público el contrato de gestación subrogada, ya que se entiende, atenta contra la dignidad de la mujer. En suma, la jurisprudencia a lo largo de las sentencias estudiadas proclama

---

<sup>56</sup> Sentencia número 826/2011, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, recurso número 949/2011 de 23 de noviembre de 2011, Disponible en : <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-826-2011-ap-valencia-sec-10-rec-949-2011-23-11-2011-3398281>

la nulidad del contrato de gestación subrogada por vulnerar un precepto imperativo, como es el art. 10 de la LTRHA.

## II

La nulidad del contrato de gestación subrogada ocasiona una controversia jurídica, más aún, cuando los comitentes españoles lo celebran en el extranjero (donde es legal), y regresan a España con el bebé nacido a través de dichos métodos. En muchos consulados y embajadas de España (o de otros países en los que se prohíbe la gestación subrogada) se ha impedido la inscripción del nacimiento y de la filiación del recién nacido, en favor de los comitentes. Ello sitúa al bebé en un limbo legal, y a los comitentes en una encrucijada jurídica.

Por una parte, el niño, será nacido por estos métodos es hijo legítimo de los comitentes en los países en los que se avale la gestación subrogada, no reconociendo a la madre gestante ningún derecho u obligación, ya que ha renunciado de manera válida, libre y consciente a ellos, en el contrato de gestación por sustitución.

Pero, por otra parte, y de acuerdo al marco normativo español, el Encargado del Registro y el juzgador entenderán que la madre es la gestante, porque la maternidad se determina en el momento del parto. En función de los datos que consten en la partida de nacimiento se podrá inscribir o no al menor respecto al padre, pero si se omiten los datos en relación a la madre se podrá sospechar del empleo de la gestación por sustitución, y el Encargado podrá negarse a inscribir la misma.

Se ha estudiado como registradores franceses negaban la inscripción en sus embajadas, de niños nacidos a través de estos métodos suspendían la inscripción, obligando a los comitentes a someterse largos y costosos procesos judiciales.

## III

Así, la postura sobre la inscripción o no del nacimiento y de la filiación de los bebés gestados a través de estas vías, no es pacífica. Existen ciertas contradicciones a ya que el Registro indica ciertas pautas de actuación en sus Instrucciones, e incluso estas varían, y

la jurisprudencia otras, donde pondera los intereses en juego y llena el concepto de orden público de significado atendiendo a las especiales circunstancias del caso.

Entre los intereses que se valoran, destacan dos: por un lado, la dignidad de la persona, como elemento vertebrador de nuestro ordenamiento jurídico, y por otro lado, el interés superior del menor, como interés necesitado de protección. Así, la situación de alegación en la que se encuentra el menor gestado por estas vías en el extranjero, cuyos padres tornan a España, podría ocasionar el perjuicio del interés del menor, que podría caer en una situación de desamparo. Se atentaría contra su derecho a la privacidad familiar, su derecho a la identidad. Derechos consagrados no sólo en leyes nacionales, sino en textos internacionales como el CEDH.

#### IV

Como se ha referido anteriormente, otro de los elementos en juego es la dignidad humana. La dignidad de la persona es uno de los elementos necesarios para el desarrollo de la misma. Ésta podría verse conculcada por los contratos de gestación subrogada, dado que como indican algunas sentencias supondría dar cabida a la mercantilización del cuerpo de la mujer gestante. Pero el juzgador, va más allá en muchos casos. El TEDH apunta a una posible explotación de mujeres con menos recursos, o incluso al desarrollo masivo de estas prácticas en países menos desarrollados, donde proliferarían este tipo de negocios por la necesidad económica de sus habitantes.

Además, la mercantilización de las técnicas de reproducción asistida, podrían hacer que solo una parte de la población, económicamente desahogada, pudiese acceder a ellas, convirtiendo la procreación en un tipo de privilegio. Es lo que el Tribunal Supremo denomina como *ciudadanía censitaria* en la STS 247/2014.

#### V

Por último, cabe destacar la aplicación del principio del interés superior del menor por parte de la jurisprudencia con el fin de efectuar una interpretación correctora de la norma. A lo largo del estudio realizado, en las sentencias en el ámbito de la gestación subrogada,

se ha podido constatar que en algunas ocasiones el TS aplicando el principio del interés superior del menor ha procedido a una aplicación correctora de la norma.

Es decir, ha evitado llevar a cabo la aplicación literal, una interpretación legalista que seguiría la letra de la ley, y se ha decantado por realizar una aplicación correctora, ajustándose al supuesto de hecho y premiando ese interés del menor antes que la aplicación recta de la ley. Así, y en la aplicación de este principio podría entenderse la inscripción de la filiación de un menor que ha sido concebido por estas técnicas en un país extranjero que llega a España.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Jurisprudencia española y europea de Derecho Internacional Privado”. En *Revista Española de Derecho Internacional* Sección JURISPRUDENCIA DIPr Vol. 67/1, enero-junio 2015, Madrid, pp. 231-288 . Disponible en : <http://www.revista-redi.es/es/articulos/jurisprudencia-espanola-y-comunitaria-de-derecho-internacional-privado-10/>

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa”. Publicado en *Revista de Derecho Civil*, Vol 8, Nº 2, abril-junio, 2021. Pp. 193-219. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/663/536>

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. “La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil Español” *Lefebvre, El Derecho.com* . Publicado el 11 de junio de 2020. Disponible en : <https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol> (consultado el 15 de julio de 2020)

DE TORRES PEREA, J.M. “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, en *Diario La Ley* número 8281, 28 de marzo del año 2014, , P. 1255.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”. *Diario La Ley*, 2010, núm. 7501, pp. 1- 7

DIAZ FRAILE, J.M “ la gestación por sustitución ante el registro civil español. Evolución de la doctrina de la Dirección General De Registros y Notariado y de la jurisprudencia española y europea. *Revista de derecho civil* Vol. 6, Nº1 (enero marzo) 2019 pp 53 -131

DURAN AYAGO, A. “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de la gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de la gestación por sustitución.” *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2012, tomo XII, pp 266 a 283.

FERNÁNDEZ GARRIDO, FERNÁNDEZ GARRIDO, M. “ Gestación Subrogada o vientres de alquiler”. *Mon juridic: bulletí del Col·legi d'Advocats de Barcelona*, nº 306, 2016. pp 26-28. Disponible en: <http://www.icab.cat/files/242-496759-DOCUMENTO/306b.pdf>

FLORES RODRÍGUEZ, J., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11” *Diario La Ley*, Nº 8363, Sección Tribuna, 28 de Julio de 2014, Año XXXV, 7 de Julio de 2014, ISBN-ISSN: 2341-0566. Disponible en : [https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJI9tynt\\_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33\\_8\\_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8\\_IorZ7LOnb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9\\_F-fXTavrmepV\\_dp6VTf4LF1nb5vVnz58\\_yxb6x--VX3\\_26vQnz16\\_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE](https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJI9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LOnb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE)

GARCÍA SAN JOSÉ, D., “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en

el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, pp. 103-130.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. . "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales". *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2012, núm. 5, págs. 365 a 381

LAMM, E. (2013) *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. (1ª edición, p. 30.) Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona.

MARRADES PUIG, A.I. “ La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española” *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*. Vol. 65, Nº1, 2017. pp. 219-241.

MIRAULT MARTÍN, L. “ El dilema jurídico de la gestación subrogada”. *Estudios de Derecho Iberoamericano*. Vol. 1, 2019. Pp 75-93.

MUÑOZ RODRIGO, G., “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10 bis, junio 2019, p. 724

OLAYA GODOY, M. “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE, TS” *Anuario de la facultad de derecho. Universidad de Extremadura* Nº34 , 2018. pp 111-131.

PRESNO LINERA, M.A, JIMÉNEZ BLANCO, P: “Libertad, igualdad ¿maternidad?. La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia”, *Revista española de Derecho Europeo*, número 51, edición junio-septiembre de 2014. p. 43.

RUBIO TORRANO, E. “Inscripción como hijo de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución”. *Aranzadi Civil*, 2011, núm. 9, págs. 11 a 14.

VELA SÁNCHEZ, A.J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011". *Diario La Ley*, nº 7815, 9 marzo del año 2012, p.8.

## Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014. Disponible en : [https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-145179\\*#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145179\\*%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-145179*#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145179*%22%5D%7D)
- Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala Primera de lo Civil, sentencia 76/2015, de 17 de febrero de 2015. Número de recurso 2923/2013. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/560896654> (consultado el 20 de julio de 2020).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, dictada el 15 de septiembre de 2010, número de sentencia 193/2010, en el seno del procedimiento 188/2010. Disponible en : <https://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-primera-instancia-inscripción-maternidad-subrogada.pdf>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011. Disponible en : <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/edc03e532b970773/2011209>
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014, nº de recurso 245/2012. Disponible en : <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bac2bad54153bf37/20140214>

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014. Disponible en : [https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179\\*#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145179\\*%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179*#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145179*%22%5D%7D)
- Sentencia del TEDH de 16 de julio de 2020. Asunto D. contra Francia. Demanda 1128/18. Disponible en : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>
- Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala Primera de lo Civil, sentencia 76/2015, de 17 de febrero de 2015. Número de recurso 2923/2013. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/560896654>
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera de lo Civil, de 2 de febrero de 2014, número 835/2013, número de recurso 245/2012. (STS 247/2014). Disponible en : <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6958977&links=California&optimize=20140214&publicinterface=true>

### **Legislación y otros documentos legales o de naturaleza administrativa**

- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Publicado en el BOE 296, el 11 de diciembre de 1958. Disponible en : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1958-18486>
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Publicado en La Gaceta de Madrid, numero 206, el día 25 de julio de 1889. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Asistida, publicada en el Boletín Oficial del Estado, (en lo sucesivo BOE), número 126, el 27 de mayo de 2006. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, 22 de julio de 2011, núm. 175, Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2015, núm. 158, Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391)
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Boletín Oficial del Estado, 7 de octubre de 2010, núm. 243, disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317)
- Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN, disponible en : <https://boe.es/boe/dias/2019/02/21/pdfs/BOE-A-2019-2367.pdf#BOEn>
- Informe de 11 de julio de 2014 de la DGRN, Disponible en : [https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt\\_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33\\_8\\_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8\\_IorZ7LMXpzv07H967-Dg4S-8zOumqJaf\\_WRxkS\\_bHH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRtm9efPX\\_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA\\_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE](https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LMXpzv07H967-Dg4S-8zOumqJaf_WRxkS_bHH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRtm9efPX_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE)
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en : [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf)

- Convención de los Derechos del Niño, recogida en la resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en : <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

## **ANEXOS**

- Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019