



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La gestación subrogada: Análisis doctrinal, legal y jurisprudencial

Presentado por:

Ignacio Marcos Alonso

Tutelado por:

Félix Calvo Vidal

Valladolid, 26 de junio de 2025

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| ABREVIATURAS | 5 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 6 |
| 2. CONCEPTO DE LA GESTACIÓN | |
| SUBROGADA | 8 |
| 2.1 Terminología | 8 |
| 2.2 Definiciones..... | 10 |
| 2.3 Causas y Origen | 12 |
| 2.4 Partes | 14 |
| 2.5 Modalidades | 14 |
| 3. DESAFIOS QUE PLANTEA LA | |
| GESTACIÓN SUBROGADA..... | 17 |
| 3.1 El principio mater semper certa est. | 18 |
| 3.2 Derecho a la procreación frente a los | |
| límites de la dignidad humana. | 19 |
| 3.3 La posición jurídica del menor | 20 |
| 4. ANÁLISIS NORMATIVO | 23 |
| 4.1 El Informe Palacios de 1986 | 23 |
| 4.2 Leyes sobre Técnicas de Reproducción | |
| Humana Asistida en España. | 25 |
| 4.2.1 <i>Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas</i> | |
| <i>de Reproducción Asistida.</i> | 25 |
| 4.2.2 <i>Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de</i> | |
| <i>Reproducción Humana Asistida.....</i> | 27 |
| 4.3 Regulación en el Código Penal..... | 29 |

| | |
|--|-----------|
| 5. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL..... | 31 |
| 5.1 Resoluciones de la Dirección General de los registros y del Notariado | 31 |
| <i>5.1.1 Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009</i> | <i>32</i> |
| <i>5.1.2 Resolución de la DGRN de 5 de octubre de 2010.....</i> | <i>37</i> |
| <i>5.1.3 Resoluciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019.....</i> | <i>43</i> |
| <i>5.1.4 Resolución de la DGSJFP de 28 de abril de 2025.....</i> | <i>47</i> |
| 5.2 Jurisprudencia del Tribunal Supremo..... | 49 |
| <i>5.2.1 Sentencia de 6 de febrero de 2014.....</i> | <i>49</i> |
| <i>5.2.2 Sentencia de 31 de marzo de 2022.....</i> | <i>53</i> |
| <i>5.2.3 Sentencia de 17 de septiembre de 2024</i> | <i>56</i> |
| <i>5.2.4 Sentencia de 4 de diciembre de 2024.....</i> | <i>57</i> |
| 5.3 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos | 60 |
| <i>5.3.1 Caso Mennesson y Labassee contra Francia.</i> | <i>61</i> |
| <i>5.3.2 Caso Paradiso y Campanelli contra Italia.....</i> | <i>63</i> |
| <i>5.3.3 Dictamen de 10 de abril de 2019</i> | <i>64</i> |
| 6. CONCLUSIONES..... | 67 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y OTROS RECURSOS | 70 |

RESUMEN:

La gestación subrogada es uno de los asuntos más controvertidos en el panorama jurídico y social actual, suscitando intensos debates éticos, legales y doctrinales.

En este trabajo analizaremos en profundidad el concepto y las modalidades de esta práctica, su evolución histórica, así como las partes implicadas. A su vez, expondremos los principales desafíos que plantea a nivel ético y jurídico, y examinaremos la normativa española al respecto, con especial atención en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Por último, nos centraremos en las resoluciones más relevantes de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y realizaremos un repaso de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE:

Gestación subrogada, filiación, reproducción asistida, jurisprudencia española, derecho comparado, interés superior del menor, maternidad subrogada, derechos fundamentales.

ABSTRACT:

Surrogacy remains one of the most controversial issues in the current legal and social context, giving rise to intense ethical, legal, and doctrinal debates.

This dissertation offers a thorough analysis of the concept and various forms of this practice, its historical evolution, and the parties involved. It also addresses the main challenges it presents and examines the Spanish legal framework in this area, with particular emphasis on the Law on Assisted Human Reproduction Techniques. Finally, the study focuses on the most significant decisions issued by the Directorate-General for Legal Certainty and Public Faith, and provides a review of the relevant case law of both the Spanish Supreme Court and the European Court of Human Rights.

KEY WORDS:

Surrogacy, filiation, assisted reproduction, Spanish case law, comparative law, best interests of the child, surrogate motherhood, fundamental rights.

ABREVIATURAS

Art. (arts.) Artículo(s).

Cit. Citado.

CC Código Civil.

CE Constitución Española.

Ídem Misma obra y lugar.

Ibídem Misma obra.

p. Página.

pp. Páginas.

DGRN Dirección General de los Registros y del Notariado.

DGSJyFP Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

LTRHA Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

LRC Ley del Registro Civil.

RRC Reglamento del Registro Civil.

RC Registro Civil.

CP Código Penal.

TS Tribunal Supremo.

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CDFUE Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar en profundidad el fenómeno conocido como gestación subrogada desde una triple perspectiva: doctrinal, legal y jurisprudencial. Esta figura, también conocida como gestación por sustitución o maternidad subrogada, ha experimentado una notable expansión en las últimas décadas, generando un intenso debate en el ámbito jurídico, ético, social, biológico e incluso religioso.

La gestación subrogada es considerada como una forma de reproducción asistida en la que una mujer acuerda llevar a término un embarazo para otra persona o pareja, siendo este o estos los progenitores legales del niño. En el contexto jurídico actual, existen una pluralidad de enfoques y una ausencia de consenso en cuanto a su regulación lo que sitúa a la gestación subrogada en el centro de un conflicto normativo que enfrenta el deseo legítimo de muchas personas de ser padres, con la necesidad de garantizar la protección de los derechos fundamentales de todas las partes implicadas en este acuerdo, especialmente de las mujeres gestantes y de los menores nacidos mediante esta técnica.

La importancia del tema planteado radica especialmente en que, en España, esta figura se encuentra expresamente prohibida por el artículo 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que declara nulo de pleno derecho cualquier contrato por el que una mujer gestante renuncia a la filiación materna a favor de los padres de intención, exista o no contraprestación económica. Sin embargo, la realidad social y los avances científicos han dado lugar a situaciones complejas que plantean interrogantes jurídicos difíciles de resolver. Entre ellos, podemos destacar aquellos supuestos en los que se recurre a esta técnica en el extranjero -en lugares donde sí está permitida- con el propósito de inscribir la filiación en el Registro Civil español, lo que ha dado lugar a una evolución doctrinal y jurisprudencial que será objeto de análisis en este trabajo.

Asimismo, la gestación subrogada plantea importantes dilemas entre diversos principios jurídicos como la dignidad de la persona, la autonomía de la voluntad, el interés superior del menor, o el principio de derecho mater semper certa est. Estas disyuntivas lejos de ser meramente teóricas se concretan a su vez de forma práctica en conflictos reales que afectan a múltiples actores tales como los padres comitentes, la mujer gestante, o los menores nacidos a través de este método.

A lo largo de este trabajo de investigación jurídica se abordarán las distintas definiciones y modalidades de la gestación subrogada, así como su evolución histórica y sus

implicaciones éticas. Posteriormente, se analizará la normativa aplicable en España y en el derecho comparado, así como las resoluciones más relevantes dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado. También se examinará la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este análisis permitirá ofrecer una visión global y crítica de la situación jurídica actual, sin olvidar la parte humana y social del fenómeno.

En definitiva, podemos concluir que se trata de una institución jurídica controvertida que cuestiona los límites del derecho de familia tradicional, exigiendo una reflexión profunda y actualizada sobre los valores que deben regir nuestra convivencia, especialmente en lo que respecta a la protección de los más vulnerables. Por tanto, la finalidad de este trabajo es ofrecer una visión clara, estructurada y crítica sobre la gestación subrogada evaluando si el marco normativo actual en España responde adecuadamente a los desafíos que esta práctica plantea, lo que nos permitirá reflexionar sobre la necesidad de realizar o no una futura reforma legislativa que regule esta realidad de forma más precisa y garantista.

2. CONCEPTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

2.1 Terminología

El fenómeno conocido como gestación subrogada, considerado como supuesto especial de reproducción humana asistida, posee un amplio catálogo de denominaciones ofrecidas por diversos autores. Si bien es cierto que, pese a no haber uniformidad de criterio en la forma de referirse a esta figura, cada término responde a una razón en función del marco conceptual de cada autor y su postura sobre la gestación subrogada.

Algunos de los términos más conocidos son: “gestación subrogada, maternidad subrogada, gestación por sustitución, gestación por encargo, útero subrogado, alquiler de útero, cesión temporal del útero, vientres de alquiler, madre de alquiler, madre gestante, madres portadoras, o maternidad jurídica”¹.

Esta amplia terminología responde a una evolución en la forma de concebir la maternidad pasando de una perspectiva tradicional en la que madre era quien gestaba y aportaba el óvulo, a una postura de división entre las distintas funciones que engloban la maternidad.²

En primer lugar, teniendo en consideración la legislación española, tanto el informe Palacios de 1986 como la ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida utilizan el término “gestación por sustitución”, una expresión que coincide con la postura de autores como LAMM que considera que es el término que mejor se adapta a la realidad que comprende. Tras analizar la definición que contempla la Real Academia Española sobre la expresión subrogar “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, LAMM señala que se ajusta más a aquellos supuestos en los que la mujer gestante aporta tanto el proceso de gestación como el material genético, algo que no tiene lugar en muchos casos. Además, también ensalza el término “gestación” sobre el de “maternidad” puesto que la maternidad

¹ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E., *La gestación subrogada: una mirada multidisciplinar*. Madrid: Sepín, 2023, pp. 23-24.

² PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, p. 330.

engloba una realidad mucho más extensa, desde la fecundación del óvulo hasta mucho después del advenimiento del hijo.³

Otros autores como Vela Sánchez también comparten la utilización de este término basándose al igual que Lamm en la postura de SOUTO GALVÁN, quien destaca que “se trata de un término que se adecua en mayor grado a la realidad que comprende que cualquier otro de los términos a los que hemos hecho referencia. Sin embargo, podrían plantearse también algunas objeciones en el caso de que la mujer que va a llevar a cabo la gestación aporte su material genético, ya que en este supuesto la gestante asume también la maternidad biológica”.⁴

Algunas denominaciones mencionadas como “alquiler de útero” parecen completamente rechazadas por la doctrina. PÉREZ MONGE considera que esta “ha de ser criticada por su incorrección y falta de precisión, ya que la gestación es un concepto mucho más amplio, y supone la puesta a disposición de todo el ser de la gestante para atender su embarazo.”⁵

Por tanto, parece que la doctrina española encabezada por la comisión Palacios opta por la expresión “gestación por sustitución”, sin embargo, esta cuestión no es únicamente doctrinal si no también política y, por ello, debemos tener muy en cuenta los términos “gestación por subrogación” o “maternidad subrogada” recogidos en los textos legislativos de Michigan o Luisiana, así como “gestación subrogada” empleado por el partido político Ciudadanos en la proposición de ley 122/000117, reguladora del derecho a la gestación por subrogación.⁶

Este último término es el que voy a utilizar en el presente trabajo puesto que lo considero más acorde con la actualidad y como menciona LÁZARO GONZÁLEZ “la gestación es la clave en esta cuestión. No el vientre como continente, sino la potencialidad que tiene la mujer de gestar físicamente y llevar a término un embarazo. Este vocablo,

³ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 25-26.

⁴ SOUTO GALVÁN B. *Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho*. FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, num 1/2005, p. 277.

⁵ PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas..* op.cit., p. 331.

⁶ Proposición de Ley 122/000117 reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG, n.º 145-1, XII Legislatura, de 8 de septiembre de 2017).

distingue el proceso gestativo y la maternidad strictu sensu, entendida esta como el cuidado del ya nacido.”⁷. En conclusión, lo que no parece adecuado es el uso de la palabra “maternidad” para referirse a esta figura puesto que el ejercicio de la maternidad no es sustituible ni subrogable, va más allá de la acción de gestar en sí misma.

Por último, en el derecho comparado tampoco encontramos una uniformidad en la terminología ya que en Inglaterra se encuentra generalizado el término “surrogate mother”, en Francia el de “mère de substitution, mère porteuse, gestation-pour-autrui, mère de remplacement y prêt d’utérus” y en Italia “affitto di útero”.⁸

2.2 Definiciones

La definición de gestación subrogada, gestación por sustitución, o cualquier otra acepción mencionada anteriormente ha evolucionado a lo largo de la historia a medida que han avanzado las técnicas de reproducción humana asistida. Atendiendo a la doctrina, podemos encontrar múltiples conceptos de este fenómeno:

En primer lugar, una de las primeras propuestas de definición fue la formulada por COLEMAN quien únicamente contempla la gestación subrogada a través de la inseminación artificial mediante la aportación de los gametos por la madre gestante. Respecto a los padres comitentes, que son quienes realizan el encargo, Coleman expresa que deben ser una pareja heterosexual casada en la que la mujer es infértil y el hombre aporta material genético. La solución que plantea en cuanto a la filiación es la paternidad directa del hombre, sin embargo, para la mujer no gestante propone recurrir a la figura de la adopción, una solución que tiene lugar hoy en día como consecuencia de la falta de regulación en determinados países.

Por otro lado, enfoques más recientes no mencionan el método que produce el embarazo y se comienza a plantear que la gestante pueda aportar sus gametos o no. En esta línea tenemos definiciones como la de GÓMEZ SÁNCHEZ para quien la gestación subrogada es un acto reproductor cuyo resultado es el nacimiento de un niño como

⁷ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E., *La gestación subrogada: una mirada multidisciplinar*, op.cit., p. 27.

⁸ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución : ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op. cit., p. 25.

consecuencia de un pacto que obliga a la mujer gestante a ceder todos sus derechos sobre el recién nacido a favor de la madre comitente que figura como la verdadera madre.⁹

El problema de las definiciones mencionadas es que tal y como menciona Lamm, no contemplan situaciones tales como parejas formadas por dos hombres u otros casos como que los comitentes no sean dos sino uno solo, algo muy común hoy en día en el que existe una gran diversidad de estructuras familiares. Por ello, al igual que Souto Galván, ambos se decantan por la concepción descrita por PÉREZ MONGE que define la gestación subrogada como “aquel contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos”.¹⁰

Por su parte, VELA SÁNCHEZ define la gestación por sustitución como un supuesto especial de reproducción humana asistida” en el que una mujer se va a comprometer a gestar un bebe con la finalidad de que otras personas puedan ser padres. Vela Sánchez incluye en esta definición tanto aquellos casos en los que existe contraprestación como los que no, y pone de relieve que la concepción del niño se lleva a cabo mediante técnicas de reproducción humana asistida.¹¹

Centrándonos en la doctrina española, debemos precisar definiciones como la del Informe Palacios que describe la gestación subrogada como una “forma de maternidad biológica” mediante la cual una mujer acepta un acuerdo de gestación con una pareja heterosexual irreversiblemente estéril. Esta descripción parece muy anticuada, similar a las mencionadas anteriormente que no tenían en cuenta la diversidad presente en la actualidad. En cuanto a la jurisprudencia española, una de las primeras sentencias en la materia la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, delimitó el concepto del convenio de gestación subrogada: “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser

⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 136.

¹⁰ PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas..* op.cit., p. 329.

¹¹ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo.*, Granada: Comares, 2012, p. 13.

una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.¹²

Por último, destacaría dos definiciones que considero muy acertadas. Por un lado, LAMM distingue dos partes: la persona gestante y la pareja o persona comitente. La primera se compromete a gestar un embrión para que el nacido establezca vínculos de filiación con los comitentes.¹³ Y, por otro lado, LUCAS ESTEVE lo describe como una forma de reproducción humana en la que una mujer, con o sin mediar contraprestación, asume el compromiso de llevar a término un embarazo con la finalidad de entregar al nacido a otras personas, quienes pueden coincidir o no con los progenitores biológicos.¹⁴

2.3 Causas y Origen

El fenómeno de la gestación subrogada surge a consecuencia del progresivo aumento de la tasa de infertilidad en países desarrollados, así como a los importantes avances científicos desarrollados en el siglo XX. Estos avances derivaron en el surgimiento de las técnicas de reproducción humana asistida que harían posible la paliación de la esterilidad mediante métodos de inseminación artificial o fecundación in vitro. A esas razones se sumaron a lo largo del tiempo otras como el deseo de parejas homosexuales de ser padres, así como de hombres solteros, o de mujeres que rechazan atravesar el proceso de gestación. Ello fue posible gracias al CEDH (en sus artículos 8 y 14) y la CDFUE (en sus artículos 7, 9,20 y 21) que reconocían el derecho de parejas homosexuales a la paternidad o maternidad en virtud de si se trataba de dos hombres o de dos mujeres. A su vez, también se garantizaba el derecho de mujeres u hombres solteros en virtud del principio de no discriminación, de respeto de la vida familiar o del derecho de fundar una familia.¹⁵

¹² Ibídem, pp. 14-15.

¹³ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución : ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op. cit., p. 24.

¹⁴ LUCAS ESTEVE, Adolfo. *La gestación por sustitución*. 1a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 28.

¹⁵ BARRANCO DOS SANTOS, M. 2024. *La Gestación subrogada desde una perspectiva jurídico-constitucional. Un análisis jurisprudencial de los bienes y derechos de valor constitucional afectados*. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época) 31 (dic. 2024), DOI: <https://doi.org/10.24310/rejie.31.2024.18969>, pp. 79–80.

En consonancia con lo anterior, algunos autores como VELA SÁNCHEZ señalan que el pacto que celebran los contratantes puede tener lugar debido a diversas razones como, por ejemplo, la incapacidad de gestar de la mujer (tanto sola como en pareja) ya sea por edad, genética o enfermedad. En muchas ocasiones, la mujer que decide no gestar al bebé lo hace con el propósito de no transmitir una enfermedad genética a su hijo, aunque también puede ser resultado de una falta de deseo de ser madre, así como por motivos laborales dado que muchas mujeres ven peligrar su futuro laboral una vez deciden ser madres. En cuanto a la figura del hombre, como he mencionado en el primer párrafo, también puede deberse al deseo de estos de ser padres, ya sea solos o en pareja.¹⁶ Aquí entraríamos a hablar de las parejas homosexuales que como bien sabemos, tienen derecho a la paternidad y al matrimonio en virtud de la ley 13/2005 que modificó el Código Civil. Una reforma que, pese a ser objeto de un recurso de constitucionalidad, hoy en día está definitivamente instaurada.¹⁷

En cuanto al origen, parte de la doctrina fija la procedencia de esta figura en el Antiguo Testamento cuando Sarah, esposa de Abraham, ante la imposibilidad de tener hijos, pidió a su marido que practicara relaciones sexuales con una mujer esclava con el fin de que esta última gestara al hijo del matrimonio. Sin embargo, los primeros acuerdos de gestación subrogada que fueron registrados se llevaron a cabo en 1976 y 1984. El primero de ellos se realizó bajo la forma *tradicional* en la que la mujer gestante aportaba sus gametos (bajo inseminación artificial) y el segundo bajo la conocida como modalidad *gestacional* en la que los óvulos de una mujer son transferidos al útero de la mujer gestante.

También debemos mencionar el conocido como caso “baby M” datado a mediados de los 80 que otorgó visibilidad a la gestación subrogada o gestación por sustitución.¹⁸

¹⁶ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. op. cit., p. 16.

¹⁷ HIDALGO GARCÍA, Santiago. *Transexualidad: sexo, género e identidad jurídica : LGTBIQ+ y la «Ley trans» de 2023*. 1^a ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2023, pp. 67-70.

¹⁸ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución : ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. op. cit. pp. 19-21.

2.4 Partes

Siguiendo el planteamiento de LUCAS ESTEVE, debemos distinguir las siguientes partes:

- a. La mujer gestante: Aquella persona de sexo femenino que es capaz de gestar un bebé a cambio de una contraprestación o no, ya que también puede darse el supuesto de que acepte el acuerdo de gestación subrogada sin recibir nada a cambio, por solidaridad u otras razones.
- b. Los comitentes: Son aquellos sujetos que acuerdan en un contrato con la mujer gestante figurar como padres jurídicos del niño. Por tanto, ambos se inscribirán en el Registro Civil como progenitores. Cabe además señalar que hay varias alternativas respecto al material genético aportado para la fecundación ya que pueden haberlo aportado los dos, solo uno de ellos, o ninguno.
- c. Los donantes de material genético: Personas ajenas a la gestante y a los comitentes en condiciones concretas como que estos últimos no puedan aportar material genético propio por problemas de fertilidad o por cuestiones personales. Estas personas pueden ser tanto hombres como mujeres que aportan sus óvulos o esperma con el fin de fecundar el embrión de la mujer gestante.
- d. Personas o entidades que actúan de nexo entre la gestante y los padres intencionales o comitentes a cambio de una retribución económica. Sus funciones son facilitar los trámites jurídicos, médicos o económicos, sin embargo, en muchas ocasiones son objeto de crítica por la sociedad puesto que son agencias que abusan de la mujer aprovechándose de la falta de regulación de esta figura. En mi opinión, actúan como intermediarios comercializando la maternidad y obteniendo un gran beneficio económico gracias a los porcentajes que establecen en los contratos con ambas partes.¹⁹

2.5 Modalidades

Por último, en este apartado me referiré a los tipos de gestación subrogada que existen dentro de la doctrina y que ya he mencionado anteriormente: la gestación subrogada *tradicional* y la gestación subrogada *gestacional*.

¹⁹ LUCAS ESTEVE, Adolfo. *La gestación por sustitución.*, op.cit., p. 29.

Referente a la primera modalidad (*la tradicional*), esta consiste en que la gestante aporta tanto la gestación en sí como sus gametos. En cuanto al semen, este puede ser proporcionado por el comitente o por un donante. En el primer caso, el hombre, soltero o formando parte de una pareja heterosexual u homosexual, aportaría material genético propio, por lo que se le consideraría padre biológico del niño fruto de esta técnica de reproducción. Sin embargo, en el segundo caso, los comitentes no tendrían ningún vínculo biológico con el bebé. En la mayoría de las situaciones se recurre a la inseminación artificial para conseguir el embarazo de la mujer gestante pese a que hay otro tipo de técnicas más informales.

La segunda modalidad de gestación subrogada es la *gestacional* que se distingue por la falta de aportación de óvulos por parte de la mujer gestante siendo aportados por la comitente o por una donante en caso de que la mujer comitente no quiera o no pueda hacerlo. En esta modalidad se pueden delimitar varias alternativas: a) que ambos comitentes aporten sus gametos b) que se recurra a un donante de semen, de óvulos, o de ambos. El primer supuesto se suele dar en parejas heterosexuales aportando ambos el material genético en el proceso de fecundación del embrión de la gestante, en cambio, el segundo supuesto suele tener más frecuencia en parejas homosexuales de hombres en las que uno de ellos aporta el semen y la mujer donante los óvulos que se implantan en la gestante. La técnica utilizada para esta modalidad es la fertilización *in vitro*.

La modalidad más empleada en el derecho comparado es la *gestacional* ya que suele ser menos problemática, aunque ello no quita que sea más costosa a nivel económico, físico y emocional. Pese a ello, el vínculo genético que se forma entre el nacido y la madre comitente es una de las razones que hacen que este tipo de gestación por sustitución sea la más común, así como el nulo vínculo genético con la madre gestante.

Una vez hemos señalado las dos principales modalidades, debemos establecer las posibles combinaciones que podrían darse diferenciando las siguientes:

- 1) Los comitentes proporcionan tanto el esperma como el óvulo mediante fecundación *in vitro*. La mujer gestante únicamente recibe el embrión ya fecundado en su útero no teniendo ningún vínculo con el fututo nacido.
- 2) Un solo comitente aportaría su material genético. Si es la mujer comitente la que lo aporta hablaríamos de la modalidad gestacional, siendo el esperma proporcionado por un donante. En cambio, si el material es aportado por el comitente, los óvulos podrán ser aportados por la gestante o por una donante.

- 3) Donación de óvulos y semen. En este supuesto ninguno de los comitentes aportaría nada y serían terceras personas las que donarían el material genético a través de la modalidad gestacional.
- 4) La mujer gestante aporta sus propios óvulos fecundados por el comitente (o uno de los comitentes si es una pareja de dos hombres) o por un donante.²⁰

Más allá de la tipología mencionada, la gestación subrogada se podría estructurar atendiendo a otros criterios delimitados por BELLVER CAPELLA. Algunos de ellos son la finalidad con la que actúa la gestante, las condiciones de entrega del niño, el origen de la dotación genética, la causa por la que se recurre a este fenómeno, etc.²¹ Por su parte, LÁZARO GONZÁLEZ propone tres grandes bloques: el sociológico, el médico-clínico, y el jurídico. El primer bloque abordaría la causa de la subrogación; el segundo, el tipo de técnica de reproducción humana asistida empleada, la procedencia del material genético o el tipo de parto; y el tercer bloque analizaría el tipo de contrato, su carácter, la intervención de las agencias mencionadas en el apartado 2.4, la determinación de la filiación, el elemento intencional, o la afección de los derechos fundamentales de la gestante.²²

²⁰ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución : ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. op. cit. pp. 27-30.

²¹ BELLVER CAPELLA, Vicente. *¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones: el caso de la maternidad subrogada internacional*, en Scio, N.º 11, 2015, p. 24-27.

²² LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E., *La gestación subrogada: una mirada multidisciplinar*, op.cit., pp. 38-42.

3. DESAFIOS QUE PLANTEA LA GESTACIÓN SUBROGADA

Una vez delimitado el concepto de la gestación subrogada, es importante advertir que no se trata de un mero convenio entre dos partes, sino que constituye una realidad compleja que se proyecta sobre un amplio abanico de cuestiones controvertidas. Estas interrogantes tienen lugar tanto en el ámbito jurídico como en el ético, el biológico, o el religioso²³, generando intensos debates doctrinales y legislativos a consecuencia de la falta de respuesta unívoca.

Desde el punto de vista ético, a través del análisis de numerosos trabajos, podemos extraer argumentos a favor y en contra de la gestación subrogada. Respecto a los argumentos en contra los más comunes están expuestos en una publicación de ROBERT GEORGE y JEAN BEHTKE ELSHTAIN²⁴ destacando el desequilibrio de poder entre los padres comitentes y la madre gestante, el desapego psicológico por parte de las madres gestacionales, la ruptura del vínculo creado entre el niño y la madre, la posible presión emocional a la que puede estar sometida la madre gestante (incluyendo incluso amenazas o promesas), y por último, la explotación de la mujer mediante el alquiler de su cuerpo.

Sin embargo, algunos autores defienden esta práctica apelando a la libertad reproductiva y a la autodeterminación personal. También argumentan que la decisión de las mujeres gestantes de ser madres sustitutas es un acto de libertad asumiendo ellas mismas la responsabilidad de sus actos. Asimismo, respecto al vínculo materno-filial, parte de la doctrina considera que esta situación es comparable a la adopción en la que una mujer gesta un hijo para entregarlo a otra familia.²⁵

²³ La Iglesia Católica se mostró contraria a la gestación por sustitución por medio de la “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad”. de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, de 22 de febrero de 1987.

²⁴ ROBERT P. GEORGE & JEAN BETHKE ELSHTAIN, *The meaning of marriage: family, state, market, & morals*. New York, 2006. pp, 102-113.

²⁵ NUÑEZ CALONGE, R. *Aspectos éticos de la gestación subrogada*. y LLEDÓ-YAGÜE. F (dir.), *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración*, 2019, pp. 5-7.

Por tanto, parece claro que en la doctrina existen posturas enfrentadas, lo que produce una ausencia de consenso que evidencia la necesidad de un debate ético y jurídico más profundo con el fin de abordar esta realidad. Es por ello que en este epígrafe me adentrare en algunas cuestiones que abarca el fenómeno de la gestación subrogada, refiriéndome en concreto al principio de derecho *mater semper certa est*, al conflicto entre dignidad y derecho a la procreación, y a la posición jurídica del menor.

3.1 El principio *mater semper certa est*.

El origen de esta figura se encuentra en el Derecho Romano, especialmente vinculada al jurista Paulo que trasladó dos reglas fundamentales en el ámbito de la filiación jurídica. La primera regla concernía a la madre, *quia semper certa est*, y la segunda al padre, *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*, representando la certeza e incerteza. Ambos postulados tuvieron una gran influencia en épocas posteriores, sin embargo, en la época actual debemos cuestionarnos hasta qué punto podemos seguir afirmando la frase que es materia de análisis.

Atendiendo a las fuentes jurídicas romanas, el término *mater* significa madre biológica, un aspecto fundamental para determinar el *status* jurídico del recién nacido, complementando el término con la formulación *ssempre certa est* (siempre cierta es, siempre es segura). No obstante, el término *pater* evidencia lo contrario, señalando que solo es cierto en el caso de que exista matrimonio.²⁶ Por tanto, en época romana, la filiación materna reviste una evidente y real certeza a diferencia del padre, que tiene una posición más frágil e incierta.²⁷

En la actualidad, se han abierto nuevas perspectivas respecto al concepto de maternidad debido a determinados avances como las técnicas de reproducción asistida, lo que supone nuevas maternidades posibles tales como la genética, la fisiológica, etc. Esto supone un gran cambio respecto a períodos anteriores, en los que la maternidad era considerada una realidad tangible e indiscutida considerando madre a la que gesta y pare al hijo.

²⁶ DUPLÁ MARÍN, M.T. *El principio *mater semper certa est* a debate?: la nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias*. Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo, 2021, pp. 290-291.

²⁷ Ibídem, p. 295.

En nuestro ordenamiento, maternidad equivale a parto según el artículo 10.2 LTRHA “sin excepciones ni distinciones” ignorando la influencia del factor genético en la relación madre-hijo, así como la dimensión semántica, cultural y social del concepto de madre como progenitora. RIVERO HERNÁNDEZ considera discutible la opción legal que eligió nuestro legislador considerándola excesivamente simplista en comparación con otros ordenamientos jurídicos que contienen soluciones más matizadas. La definición que incorpora el artículo 10.2 induce a reformular nuevos conceptos y terminologías que abarquen las nuevas realidades sociales, unas realidades que ya no se adecúan a los conceptos históricos de filiación, paternidad y maternidad.²⁸

3.2 Derecho a la procreación frente a los límites de la dignidad humana.

La doctrina se ha planteado si el derecho a la paternidad, como expresión del libre desarrollo de la personalidad, es un derecho fundamental, valorando a su vez si la realización de un convenio de gestación subrogada atenta contra la libertad de las personas, estando ambos derechos recogidos en el artículo 10.1 de nuestra Constitución.

La dignidad humana es considerada fundamento del orden político y de la paz social, siendo un principio superior e inviolable del ordenamiento jurídico. VELA SÁNCHEZ lo define como “lo que se debe a la persona por su calidad de tal y lo que es adecuado a la naturaleza misma del ser humano como ser personal”. Esto es respaldado asimismo por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.²⁹ En resumen, la dignidad humana constituye un valor intrínseco de la persona traduciéndose en el respeto a la condición de ser humano. Si aplicamos este derecho al ámbito de la gestación subrogada, se puede concluir que existe una contradicción principalmente por dos motivos: la mercantilización de la función reproductiva de la mujer, transformando su cuerpo en objeto de comercio, y la dificultad de valorar si el consentimiento de la mujer responde a su autonomía de la voluntad o una situación de necesidad.

²⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español*. Anuario de Derecho Civil, 1997, pp. 15-17.

²⁹ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, op. cit., pp. 22-26.

Respecto al primer motivo, la evolución del derecho ha entendido que los seres humanos no pueden ser objeto de comercio, por ello, el contrato de gestación subrogada no puede ser válido, puesto que convierte el cuerpo de la mujer en un objeto de una transacción comercial. En el segundo caso, la realidad es que no es sencillo asegurar que el consentimiento dado por la mujer refleje un ejercicio libre de su voluntad y no esté motivado por una situación de necesidad.

Muchas voces feministas se han posicionado en contra de la gestación subrogada argumentando que no solo transforma a la mujer en un objeto, sino que hace distinción entre mujeres, ricas y mujeres pobres, sacando provecho de las más necesitadas. Otros autores, siguiendo esta perspectiva feminista, consideran la gestación subrogada como una nueva forma de explotación de la mujer, ya que la decisión es más una necesidad adaptativa que una acción totalmente libre.³⁰

A pesar de lo mencionado, parte de la doctrina defiende la existencia del derecho a procrear, siendo una de sus manifestaciones la facultad de escoger la vía por medio de la cual puede o desea hacerlo. En base a la jurisprudencia norteamericana, algunos autores han respaldado este argumento, destacando la imposibilidad que tiene un Estado de prohibir a una pareja la decisión de dar a luz a un niño, incluyendo, por tanto, el contrato de gestación subrogada como una alternativa constitucionalmente protegida. No obstante, otra parte considera legítima la intervención de un Estado en la forma de concebir a un niño por parte de una mujer, estableciendo limitaciones fundamentadas en que no solo se trata de una relación personal, sino que intervienen terceros como las agencias intermediarias, lo que requiere un control.³¹

3.3 La posición jurídica del menor

En último término, cabe hacer mención del interés superior del menor, un concepto jurídico indeterminado que ha experimentado un gran desarrollo normativo en los últimos

³⁰ GODOY VÁZQUEZ, O. *La dignidad humana como límite a la gestación subrogada: proyección necesaria para proteger a la mujer en situación de vulnerabilidad*. 2023, pp. 222-225.

³¹ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada : estudio ante un reto normativo*, op. cit., p. 26.

tiempos siendo reconocido por normas como la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1959, o la Convención de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.³²

El interés superior del menor ha sido definido por algunos autores haciendo referencia a la consecución del bien superior del menor por encima de otros intereses en conflicto³³, sin embargo, la más relevante es la postura del Tribunal Supremo cuando en la sentencia de 6 de febrero de 2014 estableció que se trata de una “cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial”. Asimismo, el TS lo califica como un concepto esencialmente controvertido, puesto que no existe una unanimidad social respecto al criterio a seguir.³⁴

El fundamento de este concepto se basa en la especial vulnerabilidad de los menores fruto de su proceso de desarrollo que les impide ejercer una dirección plena y responsable sobre sus vidas. Esto hace que sean considerados como sujetos de derecho que requieren una especial protección.³⁵ Por el contrario, autores como LIEBEL señalan que considerarlos como seres de desarrollo, subestima sus intereses y su capacidad de acción, disminuyendo su peso en la sociedad.³⁶

En relación con la gestación subrogada, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de dos aspectos principalmente: La inscripción de los menores en el país del que proceden los padres intencionales y el derecho a las prestaciones de paternidad y maternidad. No obstante, este concepto plantea otras cuestiones como la unidad de la familia o el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, y es que la gestación subrogada contribuye a la ruptura de las relaciones entre madres e hijos, así como la extinción del vínculo entre los

³² GARIBO PEYRÓ, A-P. *El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada*. Cuadernos de bioética, 2017, vol. 28, no 2, p. 247.

³³ MARTÍN OSTOS, J., *En torno al interés superior del menor*, Anuario de justicia de menores, 12, 2012, p. 47.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), 835/2013 de 6 de febrero de 2014 (Roj: STS 247/2014), FJ 5 apartado 3.

³⁵ GARIBO PEYRÓ, A-P. *El interés superior del menor..* op. cit., p. 248.

³⁶ LIEBEL, M., *Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades*, Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, 49, 2015, p. 46.

padres comitentes, y la madre gestante, lo que imposibilita que el menor pueda llegar a descubrir quién es la mujer que lo gestó. Todo ello conduce a que exista una fuerte presión social para regular en España el contrato de gestación subrogada dando una solución a todas estas cuestiones.³⁷

³⁷ GARIBO PEYRÓ, A-P. “*El interés superior del menor...*” op. cit., pp. 256-257.

4. ANÁLISIS NORMATIVO

4.1 El Informe Palacios de 1986

En este apartado me detendré en el análisis de la legislación española en lo que concierne a la gestación subrogada. En primer lugar, debemos recalcar que esta la prohíbe puesto que así lo expresa el artículo 10 de la actual ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. No obstante, antes de adentrarnos en dicha ley, cabe señalar que el legislador español en vista de regular este campo necesitado de un marco legal a consecuencia de las nuevas técnicas de reproducción humana optó por la creación de una Comisión especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, llamada Comisión Palacios. Esta comisión se constituyó el 29 de mayo de 1985 tras ser aprobada por la mesa del congreso de los Diputados en noviembre del año anterior.

La Comisión Palacios estableció una serie de criterios en relación con la materia objeto de análisis a través de un informe aprobado en el año 1986. Estos criterios fueron claves en la regulación posterior contenida en la ley de 1988 que analizaremos en el apartado siguiente. La Comisión estuvo formada por un conjunto de expertos con amplios conocimientos en la materia, y para la elaboración del informe, la Comisión se basó en documentos como el Informe Warnock³⁸, redactado en 1984 en Reino Unido, que aconsejó calificar como ilegal todo contrato de gestación por sustitución y sancionar aquellos establecimientos que realicen estos acuerdos o que recluten a mujeres con este fin.

Centrándonos el Informe Palacios, la gestación subrogada fue objeto de diversas opiniones tanto a favor como en contra de esta práctica. Como argumentos a favor en este caso tendríamos el alivio de la carga de la esterilidad para casos de mujeres que padecen graves enfermedades o la defensa del libre albedrio en relación con el cuerpo de la mujer no siendo válido por tanto hablar de explotación si el acuerdo es voluntario. Por otro lado, otras voces defienden que la intromisión de un tercero (la mujer gestante) en el proceso de procreación supone un ataque contra los valores y fundamentos del matrimonio. Además, también se recurre al derecho a la dignidad humana (tal y como hemos destacado en el punto tercero del presente trabajo) para defender que una mujer no puede emplear su útero para fines lucrativos, especialmente porque el niño que está dispuesta a gestar no va a ser suyo, lo que también supone la deformación de la relación madre-hijo.

³⁸ Informe Warnock (1984) sobre fertilización humana y embriología.

Más allá, de las opiniones de expertos, el Informe contiene una serie de recomendaciones en base a ilegalizar la gestación subrogada (el contrato en sí), así como el castigo de los responsables que lo hacen posible. Siguiendo esta línea, rechaza la gestación subrogada en virtud de “razones éticas al considerarse que hay una unidad de valor en la maternidad que en ella no se respeta y que crea una distorsión deshumanizadora. También, porque puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo puede contribuir), inadmisible en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles, pero no por ello de larvada realización”.³⁹

Por último, los integrantes de la Comisión debatieron sobre los aspectos genéticos de la maternidad y la gestación concluyendo que tiene mayor importancia el componente de gestación que el genético por razón de que la gestante lleva en su vientre al bebé durante nueve meses protegiéndole fisiológicamente y psicológicamente. Por ende, recomiendan que la madre legal sea quien gesta al niño pese a que hubieran intervenido donantes, rechazando la maternidad subrogada y priorizando el componente biológico.

Con el fin de entender mejor el Informe, haré referencia a su apartado H donde expone algunas de sus recomendaciones:

1. “Deberá prohibirse la gestación por sustitución en cualquier circunstancia;
2. Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera. Las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que las realicen;
3. Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realicen las técnicas para la gestación de sustitución”.

Estas recomendaciones fueron asumidas por la Ley sobre Técnicas de Reproducción asistida declarando nulos los contratos de gestación subrogada y estableciendo que la madre legal es quien gesta al niño nacido.⁴⁰

³⁹ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro.

⁴⁰ SOUTO GALVÁN B. *Aproximación al estudio de la gestación de...*, op. cit., p. 278-282.

4.2 Leyes sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en España.

4.2.1 Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

La ley 35/1988 supuso la primera referencia legislativa en España sobre la materia pese a ser posteriormente derogada y sustituida por la ley del año 2006. Atendiendo a su exposición de motivos, la norma hace mención a dos previsibles aplicaciones de las técnicas de Reproducción Asistida que son “*la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas*”.⁴¹

La finalidad de esta regulación fue impedir que la gestación y la reproducción humanas pudieran ser objeto de mercantilización o instrumentalización jurídica previendo en su artículo 10 la prohibición general de la gestación subrogada (apartado primero) y fijando la regla *Mater semper certa est* en el segundo apartado, determinando la filiación por el parto. En el apartado tercero, contemplaba la interposición de una acción de reconocimiento de paternidad por parte del padre biológico, con arreglo al régimen jurídico.⁴²

Más adelante en el año 2003, la norma fue modificada por la Ley 45/2003 en sus artículos 4 y 11, pero manteniendo el mismo contenido en relación con la figura objeto de estudio. El criterio establecido en la ley de 1988 se trasladó a la ley de 2006 y aún perdura en la actualidad.⁴³

En cuanto a la nulidad de esta práctica, reflejada como he señalado en el artículo 10, RIVERO HERNÁNDEZ establece que “

⁴¹ Ley 35/1988, de 22 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial del Estado, núm. 282, de 24 de noviembre de 1988..

⁴² BARRANCO DOS SANTOS, M. 2024. *La Gestación subrogada desde una perspectiva jurídico-constitucional*. Op. cit., p. 83.

⁴³ BOE num. 280, de 22 de Noviembre de 2003.

en la doctrina española apenas se discute esa cuestión, por calificar con práctica unanimidad como nulos a estos contratos”.⁴⁴ Este mismo autor también subrayaba que la causa es ilícita y, por tanto, la consecuencia es “la irrepetibilidad de lo pagado y la inexigibilidad de lo prometido” no habiendo responsabilidad contractual. La ilicitud de la causa viene determinada por las normas civiles de nuestro derecho y siguiendo la línea argumental de autores como LEONSEGUI GUILLOT⁴⁵ o LLEDÓ YAGÜE⁴⁶ podemos delimitar lo siguiente:

- En primer lugar y en virtud del art. 1275 del código civil, por la ilicitud de la causa no siendo lícita cuando “se opone a las leyes o a la moral” .
- En segundo lugar, por razón del objeto, ya que la capacidad de gestar constituye una *res extra commercium* siendo indisponible, intransferible y personalísima, en virtud del artículo 1271 CC (“Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”). A su vez, el cuerpo humano en sí mismo también sería una *res extra commercium* por lo que nos podríamos remitir al artículo 1261.2 del código civil para subrayar que el contrato es nulo debido a la carencia de objeto.
- Por último, basándonos en el artículo 1255 del código civil, el convenio de gestación subrogada sería nulo por contradecir las buenas costumbres, la moral y el orden público.

Concluye VELA SÁNCHEZ, apoyándose en los argumentos mencionados, que el convenio es nulo en tanto que “hace objeto de comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico”. Respecto a la autonomía de la voluntad de las partes, esta queda excluida cuando se negocia sobre la utilización de útero ajeno puesto que atenta contra los principios de orden público, no siendo posible su cesión.

Asimismo, la sentencia de Valencia de 23 de noviembre de 2011 expuso alguno de los motivos que llevaron al legislador a prohibir el contrato de gestación por sustitución destacando la problemática en relación con principios como la imposibilidad de que la

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. 4, Derecho de Familia. 2. 3a ed. Barcelona: Bosch, 1989. P. 164.

⁴⁵ LEONSEGUI GUILLOT, R. A. *La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*, BFD, núm. 7, 1994, p. 334

⁴⁶ LLEDÓ YAGÜE, E.: *Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana*, La Ley, 1985, 2, p. 1015.

persona humana sea objeto de comercio, la cosificación del niño con fines transaccionales, o la dignidad de la persona. La sentencia cita algunos preceptos de la Constitución como el 10.1, el 15 (integridad moral) y el 39.2 (protección de los hijos y de las madres), así como algunas normas civiles mencionadas anteriormente. En conclusión, se inadmite que la filiación sea solo una “consecuencia última y periférica de dicho contrato”, estableciendo que configura la causa para los comitentes y constituye el objeto de la prestación de la madre gestante (artículo 1274 CC) lo que supone un elemento esencial del mismo.

VELA SÁNCHEZ también hace alusión al artículo tercero de la CDFUE en su apartado segundo para defender esta idea. En definitiva, un bebé fruto de un contrato de gestación subrogada no puede convertirse en un simple objeto contractual, ya que vulneraría el respeto a la dignidad humana contemplada en el artículo 10.1 de la Constitución española, ni tampoco el cuerpo humano de una mujer ser objeto de alquiler.

Para finalizar este apartado sobre la LTRHA, cabe mencionar que la nulidad de un contrato de este tipo tendría lugar debido a que intentaría modificar las normas referidas a la relación jurídica paterno-filial, del mismo modo que las que atribuyen la condición jurídica de progenitor e hijo. Esto es así, por efecto de la imperatividad de las normas reguladoras de la filiación y del Estado civil ya que son disposiciones de ius cogens y de orden público (por tanto, indisponibles, estando por encima de la voluntad de las partes).⁴⁷

4.2.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Centrándonos en el marco normativo actual contenido en la ley 14/2006, debemos recalcar que continúa la misma línea que la anterior ley, ya que considera nulo de pleno derecho el contrato por el que se conviene la gestación por parte de una mujer que renuncia a la filiación materna con el fin de entregar el niño al contratante a cambio de un precio o no. Tal y como he mencionado en el apartado anterior, se sigue el principio de derecho *mater semper certa est* que determina la filiación por el parto.

Para comenzar con el análisis normativo, comenzaré plasmando el artículo 10 de la LTRHA tal y como aparece en la norma:

⁴⁷ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, op. cit., pp. 40-44.

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”*⁴⁸

Este artículo ha mantenido su redacción originaria pese a las modificaciones que ha sufrido la LTRHA a partir de leyes como la 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y de Registro Civil, que redefinió una serie de artículos sin alterar el contenido del artículo 10.

Profundizando en el precepto, cabe destacar cuatro reglas básicas. La primera de ellas es la nulidad de pleno derecho del contrato como hemos mencionado anteriormente. La segunda consistiría en la falta de eficacia jurídica en caso de que la madre gestante renuncie a la determinación de su filiación materna, puesto que como señalaba Vela Sánchez, es una materia de ius cogen y por ello irrenunciable. Hay que hacer referencia al artículo 44.4 de la ley de registro civil de 2011 para defender que la madre puede renunciar a ejercer los derechos resultantes de la filiación, sin embargo, la filiación en sí misma es irrenunciable, así como los deberes que esta comporta. La tercera regla alude al apartado segundo del artículo 10 cuando desarrolla que “la filiación será determinada por el parto”, una regla que protege a la madre gestante atribuyéndole la filiación independientemente de que haya aportado su óvulo (madre genética), le haya sido implantado el de otra mujer, el comitente haya aportado material genético, o lo hubiera hecho un donante. Todas estas posibilidades deben respetar la regla mencionada. En último lugar, atendiendo al apartado tercero, el varón cuyo material genético ha sido aportado al proceso, tendría el derecho a reclamar que su paternidad sea una parte del contrato de gestación por sustitución.

Como conclusión, DÍAZ FRAILE no duda respecto a la filiación de los niños fruto de un convenio de gestación subrogada otorgándosela a la madre gestante, aunque haya renunciado a esta, no obstante, considera que existe un problema centrado en los supuestos internacionales con elementos transfronterizos ya que en estos casos aplican normas más permisivas que atribuyen la filiación a los comitentes del contrato lo que supone un desafío

⁴⁸ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial del Estado, núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

cuando los comitentes buscan el reconocimiento de la filiación mediante su inscripción en el Registro civil español. Esta situación la analizaré más adelante cuando hablaremos de la doctrina de la DGRN en este asunto.⁴⁹

Finalmente, en cuanto a la nulidad del contrato de gestación subrogada, pese a que la mayoría de la doctrina comparte la misma postura expuesta anteriormente ya desde la primera ley de reproducción humana asistida, autores como ATIENZA RODRIGUEZ manifiestan que el artículo 10.1 no prohíbe la realización de un contrato de maternidad subrogada, sino que únicamente declara que un contrato de tales características es nulo de pleno derecho. Esto es así debido a que este autor califica el precepto como una norma constitutiva, es decir, “que fija las condiciones que tienen que darse para que se produzca un determinado resultado normativo”, descartando que sea una norma regulativa que son aquellas que “prohíben, permiten o establecen como obligatorio un curso de acción”. Esta distinción ya la reflejaba Herbert Hart en su obra *El concepto de derecho*. Siguiendo esta línea, el autor entiende que el propósito del legislador no era prohibir la gestación subrogada basándose en dos motivos:

- el primero de ellos es que la conducta no aparece tipificada como prohibida en ninguna norma (ya sea la ley a la que estamos haciendo referencia o cualquier precepto del ordenamiento jurídico) ni existe sanción para aquella.
- El segundo motivo, hace referencia a la exposición de motivos que la ley hace en cuanto a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida que nos permite entender que la voluntad del legislador no era considerar la conducta como ilícita, y por tanto, prohibida.⁵⁰

4.3 Regulación en el Código Penal⁵¹

Para concluir este apartado, debemos hacer mención del Código Penal en su capítulo II del título XII que tipifica aquellos delitos contra las relaciones familiares. En concreto, la

⁴⁹ DIAZ FRAILE, J.M., *La Gestación por Sustitución ante el Registro Civil Español, Evolución de la Doctrina de la DGRN y de la Jurisprudencia Española y Europea*, Revista de Derecho Civil, vol.6, n.º 1, 2019, pp. 66-68.

⁵⁰ ATIENZA RODRIGUEZ, M., *Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos*, El Notario del siglo XXI, no 63, 2015.

⁵¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. La gestación subrogada como tal no forma parte de listado de delitos del código penal español, no obstante, el delito de suposición de parto del artículo 220 puede llegar a afectar a los comitentes, así como a la madre gestante. Este delito castigado en el apartado primero del artículo 220 CP consiste en que una mujer finge que ha dado a luz a un bebé con el fin de falsear la realidad presentando al hijo de otra mujer. A su vez, el apartado segundo sanciona “a quien ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación” refiriéndose a la gestante. Por último, también hay una referencia en el apartado quinto a los centros sanitarios en los que se produzca la sustitución de un niño por otro.⁵²

El artículo 221 es similar al anterior, contemplando el supuesto de que mediase compensación económica, estableciendo que los que entreguen a otra persona “un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación” serán castigados.

A su vez, también castiga con la misma pena a la persona que lo reciba y al intermediario, aunque la entrega del menor se hubiera efectuado en el extranjero. LÁZARO GONZÁLEZ menciona que este último precepto solamente se aplica en el caso de que la gestación por cuenta de otros se formalizara en España poniendo como ejemplo un supuesto que concluyó con la detención de tres personas en noviembre de 2016 por la venta de un bebé a cambio de diez mil euros.⁵³

⁵² PARDO MIRANDA, M. *La adopción Ilegal Y La gestación Subrogada Como Finalidades Del Delito De Trata De Seres Humanos. Anales De Derecho*, vol. 40, febrero de 2023, p. 73.

⁵³ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E., *La gestación subrogada: una mirada multidisciplinar*. Op.cit. p. 73

5. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

5.1 Resoluciones de la Dirección General de los registros y del Notariado

En esta sección, expondré las diferentes resoluciones de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en materia de gestación subrogada. Tal y como he explicado en el punto anterior, en España esta práctica está prohibida en virtud del artículo 10 de la LTRHA, lo que supone que muchas personas recurran a otros países en los que sí está permitida la gestación subrogada. Como consecuencia, tenemos el deber de dar una respuesta a aquellos casos de niños nacidos por gestación subrogada en estos otros países.

El primer caso que surgió en este ámbito del derecho fue el de una pareja homosexual española que contrajo matrimonio en 2005 y que decidió hacer uso de la maternidad subrogada en el estado de California, siendo fruto de ello el nacimiento de dos niños gemelos. Previo al nacimiento de estos, las autoridades judiciales californianas declararon la consideración de ambos menores como hijos por naturaleza de los dos varones, reflejándolo en el Registro Civil Californiano. El problema vino cuando el canciller encargado del Registro Civil consular les denegó la inscripción del nacimiento de los menores fundamentándolo en la nulidad de pleno derecho del contrato y en el principio de que la maternidad se determina por el parto, por lo que la madre legal sería la gestante. También cabe mencionar que el hecho de que se tratara de dos hombres hizo más notoria la imposibilidad de que ambos fueran los padres de los niños, puesto que es necesaria la figura de la mujer en el acto de procreación. LAMM se centra en el art. 23 de la antigua ley del registro civil de 8 de junio de 1957 que establecía⁵⁴: “*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...*” para argumentar su decisión

⁵⁴ Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957, BOE núm. 151, de 10/06/1957 (actualmente derogada pero vigente en el momento en el que se denegó la inscripción)

en el incumplimiento de dos de los requisitos que aparecen en este artículo que son el de conformidad con la ley española y el de la realidad del hecho inscrito.⁵⁵

Una vez denegado lo solicitado por los interesados, estos interpusieron un recurso ante la DGRN, en la que se solicitaba la inscripción de los menores en el Registro Civil Español.

5.1.1 Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009⁵⁶

Una vez expuestos los antecedentes del caso, abordaré el contenido de esta primera resolución de gran importancia en España en el ámbito de la gestación subrogada.

Antes de entrar en la fundamentación jurídica, la decisión de la DGRN fue estimar el recurso, revocando el auto apelado y, por tanto, ordenar la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores con idéntica filiación a la que constaba en los Registros Civiles de California.

En primer lugar, la DGRN diferenció dos tipos de inscripciones en el Registro Civil Español en relación con el nacimiento de un sujeto español acaecido en el extranjero: A través de declaración del sujeto (art. 168 del Reglamento del Registro Civil), o mediante la presentación de una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación del nacido. Este segundo tipo corresponde al caso ante el que nos encontramos, señalando que el acceso de estas certificaciones registrales extranjeras en el registro no debe valorarse por la vía del derecho sustantivo ni de las normas de conflicto españolas, sino por medio de normas específicas, recogidas en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Por tanto, la DGRN señaló que el acceso de una decisión extranjera al registro no es una cuestión de derecho aplicable, subrayando que es una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, excluyendo la aplicación de normas españolas, de conflicto de leyes, en concreto, el art. 9.4 del Código Civil.⁵⁷

⁵⁵ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución : ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. op. cit. pp. 78-79

⁵⁶ Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución RJ 2009/1735 de 18 de febrero de 2009 (disponible en

⁵⁷ Ibídem, FJ. 2

Una vez determinada la aplicación del art. 81 RRC, cabe mencionar la no exigencia de que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. Ello se basa en diversos principios como el de exclusividad del derecho internacional privado o en el de seguridad jurídica. Además, supondría un elevado coste para los particulares debido a la necesidad de volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas.

Atendiendo a lo dispuesto en el 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*”, con el propósito de acceder al Registro Civil, el documento extranjero debe superar el control de legalidad requerido a las certificaciones registrales extranjeras. Ese control de legalidad se integra por tres requisitos:

- i) Exigencia de que la certificación sea un documento público.
- ii) Necesidad de que la certificación haya sido elaborada por una Autoridad Extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las de autoridades registrales españolas.
- iii) Control de legalidad del contenido de la certificación.

En cuanto al primer requisito, este se considera acatado puesto que la presentación de la certificación se realizó con las exigencias formales exigidas por la legislación española, concretamente en la LEC en su artículo 323.2º. En segundo lugar, se debe cumplir el requisito de la elaboración y adopción de la certificación por una autoridad registral extranjera con funciones equivalentes a las de autoridades españolas, una exigencia que se entiende satisfecha a causa de la intervención de la autoridad registral californiana en “la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la ley aplicable”. Por último, la certificación extranjera debe cumplir unos requisitos imperativos con el objetivo de que tenga fuerza en España y acceder al Registro Civil. Asimismo, no puede producir efectos contrarios al orden público internacional español, es decir, principios jurídicos básicos del derecho español que aseguran tanto la cohesión moral como jurídica de la sociedad española.⁵⁸

⁵⁸ Ibídem, FJ. 4.

La resolución de la DGRN considera que el caso concreto se ajusta al orden internacional español en virtud de motivos como la aceptación en el derecho español de la filiación en favor de dos varones en caso de adopción, sin distinción entre hijos adoptados e hijos naturales (art 14 CE); el reconocimiento en el derecho español de la filiación a favor de dos mujeres recogido en el art. 7.3 de la LTRHA; el interés superior del menor plasmado en el art 3 de la Convención sobre los derechos del niño de Nueva York de 1989; el derecho del menor a una identidad única; la no necesaria vinculación de la filiación natural a la genética en el derecho español; o la desestimación de una posible aplicación del art. 12.4 del CC y del 6.4 CC (fraude de ley).

Un último motivo que lleva a entender a la DGRN que no ha habido vulneración de orden público internacional español es que en este caso no son aplicables los art. 10.1 y 10.2 de la LTRHA de 2006 que prohíben la gestación por sustitución, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil en España.⁵⁹

El último fundamento que utiliza la resolución para ordenar la inscripción de los menores es que ambos sustentan la nacionalidad española, con arreglo al art. 17.1a) del CC. Esto es así debido a la regla que señala que son españoles de origen los nacidos de español o española. La RDGRN hace hincapié en la expresión “nacidos” que emplea el artículo dado que permite que, aunque no haya quedado determinada legalmente la filiación, basten “indicios racionales de su generación física por progenitor español” para acreditar que es hijo de progenitor español.⁶⁰ Con ello se evita el denominado *circulus inextricabilis*, o problema del doble espejo o circular.

En conclusión, la DGRN entiende que los preceptos registrales exigen un control de legalidad que debe acreditar el encargado del registro, sin abarcar el examen de si la solución jurídica es idéntica a la que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas españolas. Por ello, el único problema que se debe afrontar para inscribir una certificación registral extranjera es que no produzca efectos contrarios al orden público internacional español, algo que no sucede en este caso, puesto que como he mencionado, en los casos de adopción está admitida la filiación a favor de dos varones, así como la filiación a favor de dos mujeres, por lo que en caso de no permitirlo a favor de dos

⁵⁹ Ibídem, FJ 5.

⁶⁰ Ibídem, FJ 6.

hombres sería discriminatorio. A su vez, el interés del menor juega un papel importante con el objetivo de que los menores no se queden sin filiación inscrita.⁶¹

Autores como CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ calificaron esta resolución de la DGRN como una decisión pionera en la gestación subrogada, destacando la utilización con maestría de las mejores técnicas del derecho internacional privado, considerándola, por tanto, vanguardista y audaz en la solución del caso⁶². Sin embargo, esta no es la postura de la mayoría de la doctrina. Para LASARTE ÁLVAREZ, es “sumamente criticable y criticada por casi todos los especialistas en la materia” en tanto que niega al encargado del registro competente la comprobación de los hechos y actos jurídicos de conformidad con la ley española.⁶³ Por su parte, QUIÑONES ESCÁMEZ apunta que una vez la filiación ha accedido al Registro, esta puede ser anulada judicialmente en virtud de la legislación sustantiva española (art. 10 LTHA) lo que generaría una inestabilidad incompatible con el interés superior del menor ya que los tribunales españoles se podrían pronunciar sobre la filiación provocando la nulidad de la transcripción.⁶⁴ Respecto al control de legalidad, DIAZ FRAILE sugiere que la DGRN ha omitido el art. 23 de la LRC

al igual que señalaba LAMM, tal y como he mencionado anteriormente, lo que obligaría a la aplicación de las normas de conflicto españolas o de las normas sustantivas en materia de filiación (dependiendo de lo que se considere por “ley española”, si la totalidad del ordenamiento o solo a las leyes materiales). Según este autor, esto “distorsionaría en gran parte el planteamiento jurídico basilar de la resolución” consistente en la confrontación de la tutela del reconocimiento frente a la tutela de declaración, un planteamiento más propio de aquellos casos en los que el título extranjero es una resolución judicial.⁶⁵

⁶¹ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo.*, op. cit, p. 50.

⁶² CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009*. Cuadernos de derecho transnacional 1.2 (2009), p. 295.

⁶³ LASARTE ÁLVAREZ, C. *La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria*, La Ley, núm. 7777, 17 de enero de 2012, p. 16-17.

⁶⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RGRN DE 18 de febrero de 2009*, InDret, julio de 2009, pp. 21-22

⁶⁵ DIAZ FRAILE, J.M., *La Gestación por Sustitución ante el Registro Civil Español...*, op. cit. pp. 85-86.

Una vez expuesto el análisis jurídico de la RDGRN de 2009 y antes de adentrarnos en la instrucción de 5 de octubre de 2010, es importante hacer referencia a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº.15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (núm. 193/2010).

Esta tuvo lugar como consecuencia de la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución desglosada anteriormente que supuso la anulación de la inscripción de nacimiento de los menores realizada en el Registro consular de Los Ángeles por aplicación de la normativa española que prohíbe la gestación por sustitución, dado que el Registro Civil Consular debe examinar la legalidad del certificado expedido en registro extranjero de acuerdo con la ley española de forma anticipada a su inscripción en el Registro Civil español.⁶⁶

Así lo expresó el juez en virtud del artículo 23 de la LRC, estableciendo que “la inscripción exige que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española y, que es en ese contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español, donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la ley 14/2006”, sin que exista duda de que esta ley es una ley española por lo que el encargado del registro está obligado por ese artículo 23 a examinar si la certificación extranjera vulnera el contenido de esa ley y, por ello, para resolver esa cuestión debe examinarse si existe o no vulneración de la misma.

Del mismo modo, la sentencia recalca que el motivo de la no inscripción no guarda relación con que los solicitantes sean varones, sino en el contrato de gestación por sustitución que suscriben ambos con la finalidad de gestar a los menores. En conclusión, el hecho determinante es la forma del alumbramiento descartando una posible discriminación.

No obstante, la sentencia abre la posibilidad de que conforme al apartado tercero del artículo 10 de la LTRHA, el varón que fuera padre biológico pudiera ejercitar la acción de reclamación de la paternidad, previa renuncia de la madre gestante, previendo en el caso del otro varón la posibilidad de adopción. VELA SÁNCHEZ define esta práctica como una “artimaña legalmente factible”, un fraude de ley que incluso la doctrina más contraria a la gestación subrogada se ve obligada a admitir. No debemos olvidar que esta acción requiere

⁶⁶ Sentencia núm. 193/2010, Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

que la mujer gestante deseé dar en adopción al hijo ya que en caso contrario no se laaría imponer la entrega de este.⁶⁷

5.1.2 Resolución de la DGRN de 5 de octubre de 2010⁶⁸

Tras la resolución de 2009 y su posterior anulación por el juzgado de Primera Instancia de Valencia, la DGRN dictó una nueva instrucción el 5 de octubre de 2010 en la cual se admitía la posibilidad de inscribir la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada con fundamento en el interés superior del menor.

En esta nueva instrucción se parte de una “clasiación esencial de los supuestos de hecho” ateniendo al país de origen en el que se ha llevado a cabo la gestación por sustitución, destacando la exigencia de que haya intervenido una autoridad judicial con el fin de homologar el contrato y determinar legalmente la filiación de los hijos a favor de los padres comitentes a través de una resolución judicial. Esta resolución es un requisito previo para la inscripción y debe ser dictada por un tribunal extranjero competente con el propósito de controlar tres cuestiones:

- i) La concurrencia de los elementos esenciales para la perfección y contenido del contrato en relación con el sistema jurídico aplicable en el país donde se celebró.
- ii) La verificación de la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, así como la eficacia legal de su consentimiento
- iii) La garantía del interés superior del menor ya sea permitiendo la continuidad de una relación de filiación declarada en el extranjero y reconocida en España, o comprobando que no haya simulación en el convenio de gestación subrogada.

En definitiva, esta instrucción corrige la anterior en lo relativo a la validez de la certificación registral extranjera como título suficiente para la inscripción del nacimiento,

⁶⁷ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, op. cit., pp. 51-53.

⁶⁸ 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. BOE, núm. 243, de 7 de octubre 2010.

fundamentando la necesidad de aportar la resolución judicial extranjera en el apartado tercero del artículo 10 de la LTRHA de 2006, que impone el ejercicio de acciones procesales, además de la resolución judicial, para determinar la filiación paterna de aquellos nacidos por gestación subrogada.

Sin embargo, no es suficiente para la inscripción la presentación de la resolución judicial extranjera, ya que también es preciso el reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico de esta, siguiendo la línea del Tribunal Supremo incorporada en esta instrucción. La doctrina del TS consagra la aplicación de los artículos 954 y siguientes de la LEC de 1881 que prevén instar el exequáтур de la decisión ante los juzgados de primera instancia, tal y como señala el artículo 955⁶⁹. A pesar de ello, si la resolución deriva de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el TS establece que no procede el exequáтур, siendo suficiente el reconocimiento incidental.⁷⁰

En conclusión, se distingue entre si el procedimiento es contencioso o es similar a uno propio de la jurisdicción voluntaria en España, siendo el encargado del Registro Civil quien debe calificar el tipo de procedimiento. En el caso de que se trate de uno contencioso, el encargado debe denegar la inscripción hasta que se obtenga el exequáтур (sin perjuicio de convenio internacional), y si se trata de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado debe controlar incidentalmente el posible reconocimiento de la resolución en España.

DIAZ FRAILE⁷¹ asemeja esta solución con los criterios que el artículo 96.2 de la nueva ley del Registro Civil de 2011 dispone para la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras:

*“La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar: 1.º Previa superación del trámite del exequatur contemplado en la LEC de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley. 2.º Ante el Encargado del Registro Civil”.*⁷²

⁶⁹ Estos preceptos mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 200.

⁷⁰ DIAZ FRAILE, J.M., *La Gestación por Sustitución ante el Registro Civil Español...*, op. cit. pp. 90-92.

⁷¹ Ibídem, p. 93.

⁷² Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 175, de 22/07/2011.

Una vez expuesto el razonamiento que emplea la instrucción, en aquellos casos en los que el encargado determine la existencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, el control incidental debe consistir en verificar:

- a) “La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”.⁷³

Por último, en la directriz segunda de la instrucción se vuelve a disponer que “En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”, evidenciando una vez más la necesidad de aportar una resolución judicial extranjera.⁷⁴

Al igual que la anterior resolución de la DGRN, parte de la doctrina se ha mostrado crítica, pudiendo distinguir cuatro observaciones:⁷⁵

- La primera sería la consideración de la respuesta que propone la instrucción como una solución puntual en perjuicio de la seguridad jurídica. LASARTE ÁLVAREZ señala que “la instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando”, ya que se pretende admitir por vía reglamentaria lo que la ley excluye, resolviendo de

⁷³ Instrucción de 5 de octubre de 2010 (DGRN), Directriz Primera Apartado Tercero.

⁷⁴ Ibídem, Directriz segunda.

⁷⁵ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución : ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 89-93.

forma aparente problemas que no deben ser objeto de ocurrencias ministeriales de urgencia.⁷⁶ Por su parte, VELA SÁNCHEZ defiende su nulidad dado que “infringe flagrantemente el principio de jerarquía normativa del ordenamiento jurídico español, en cuanto que el Ministerio de Justicia, a través de la DGRN, ha optado erróneamente por considerar que las normas reglamentarias pueden emplearse, arbitrariamente contra el derecho vigente, vulnerando gravemente el sistema de fuentes constitucionalmente establecido y garantizado”⁷⁷ Por último, PÉREZ MONGE considera que quien debe limitar la práctica es el legislador para evitar la discordancia entre la dicción legal y la realidad.⁷⁸

- La segunda observación se fundamenta en la inconstitucionalidad de la instrucción, basado en el principio de igualdad del artículo 14.
- En tercer lugar, algunas críticas se basan en que se promueve el turismo reproductivo provocando el desplazamiento de parejas españolas hacia países en los que la maternidad subrogada está permitida, puesto que la instrucción ha activado un mecanismo irregular que permite abordar conductas no admitidas en el ordenamiento jurídico español. Así lo disponen autores como FARNÓS AMORÓS.⁷⁹
- Por último, haremos mención a CALVO CARAVACA y CARRRASCOSA GONZÁLEZ que sostienen la introducción, a través de esta instrucción, de nuevas exigencias contrarias a la ley. Algunos aspectos con los que discrepaban fueron la aplicación del artículo 10 de la ley 14/2006 a la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución ya declarada por autoridades públicas extranjeras, en la medida en que consideraban que la cuestión no trataba de establecer la filiación del nacido, sino de decidir si una filiación ya establecida puede ser introducida en el orden jurídico español. Ambos autores califican este supuesto como una “tutela por reconocimiento” que se da en aquellos casos en los que se ha

⁷⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. *La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad...*, op. cit., p. 12.

⁷⁷ 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, núm. 7815, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2012, año XXXIII, p. 1.

⁷⁸ PÉREZ MONGE, M. *Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad*. Revista de Derecho Privado, vol. 94, 2010, pp. 59 y 64.

⁷⁹ FARNÓS AMORÓS, E. *Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos*. Revista de Derecho de Familia, núm. 49, mayo de 2011, p. 176

acudido a autoridades públicas extranjeras y estas han declarado mediante una decisión cuál es la filiación del nacido tras una gestación por sustitución. Por ello, en este tipo de casos no debemos aplicar la ley de TRHA ni su artículo 10 dado que la ley sustantiva española solo es de aplicación en determinadas situaciones vinculadas con España, por ejemplo, que el hijo ostente la nacionalidad española.

Calvo Caravaca y Carrascosa González también se opusieron a la exigencia de la DGRN de presentar una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos por gestación subrogada para lograr la inscripción en España, ya que consideran como título válido (basándose en los artículos 81 y 85 del RRC)⁸⁰ la presentación de un acta registral extranjera. A su vez, valoran esta exigencia como una cuestión cuyo fin es eximir de responsabilidades legales a los encargados del registro e incluso puede resultar discriminatoria por razón de filiación, ya que se les hace de peor condición jurídica a los menores nacidos por gestación subrogada.

También defienden estos autores la judicialización del proceso, ya que la necesidad de presentar una resolución judicial extranjera obliga a los padres comitentes a acudir a un tribunal extranjero, pese a no ser imprescindible para nada, puesto que no existe ningún litigio ni tampoco se requiere pronunciamiento judicial para acreditar la filiación.

Por último, critican la omisión del “orden público internacional” como motivo de rechazo del reconocimiento incidental en España de la resolución extranjera de filiación, puesto que la DGRN establece los extremos que el encargado de registro civil debe controlar cuando se le presenta una resolución dictada a través de un proceso de jurisdicción voluntaria o similar y, entre ellos, no se ha incluido el orden público

⁸⁰ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, de 11/12/1958.

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”.

Art. 85 RRC: “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente”.

internacional lo que podría generar situaciones absurdas que vulneren este concepto jurídico indeterminado.

Para concluir, es importante señalar que CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ defienden que “los nacidos en el extranjero en virtud de técnicas de gestación por sustitución son españoles si concurren indicios racionales de su generación física por progenitor español, sin necesidad de ninguna sentencia judicial que así lo establezca” todo ello basado en el artículo 17.1 del código civil en el que se plasma el criterio de la atribución de la nacionalidad española mediante *ius sanguinis*, es decir, que son españoles los nacidos de padre o madre españoles, descartando el término “hijo” que exigiría la determinación legal de la filiación.⁸¹

Una vez comentada la IDGRN de 2010, retomaré lo expuesto anteriormente respecto a la sentencia del Juzgado de Primera instancia de Valencia que fue apelada ante la Audiencia Provincial. La AP resolvió mediante la SAP de Valencia 826/2011 de 23 de noviembre de 2011 confirmando la doctrina que no permite la inscripción como hijos de un español a los nacidos a través de un convenio de gestación por sustitución por aplicación del artículo 10 LTRHA. Lo expuesto en la instrucción de octubre de 2010 no es la aplicación en este caso, ya que solo cambiaría a través de una regulación de la gestación subrogada en España.⁸²

La AP fundamentó su decisión en algunos argumentos como que “existen importantes obstáculos a la inscripción en Registro Civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir, como preconiza este método, que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos los artículos 954-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y el artículo 23 de la ley de Adopción Internacional y 34-1 del reglamento

⁸¹ CALVO CARAVACA, A.L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Notas críticas En Torno a La Instrucción De La Dirección General De Los Registros Y Del Notariado De 5 octubre 2010 Sobre régimen Registral De La filiación De Los Nacidos Mediante gestación Por sustitución.* Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 3, n.º 1, 1, pp. 250-258.

⁸² VELA SÁNCHEZ, A. J. *De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución...*, op. cit, p. 1.

44/2001”⁸³. Por otro lado, contempla la posibilidad de considerar el artículo 10 de la LTRHA como una norma de Policía⁸⁴, y en lo que se refiere al interés del menor, expresó que “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”.⁸⁵

5.1.3 Resoluciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019⁸⁶

Durante nueve años, la instrucción de 5 de octubre de 2010 permaneció inalterada, pese al proceso judicial que se desarrolló entre 2010 y 2014. Sin embargo, para amoldar el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante convenios de gestación subrogada a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la DGRN dictó la instrucción de 14 de febrero de 2019, que fue derogada posteriormente por la del 18 de febrero. Lo cierto es que, en la práctica, en los registros civiles consulares se venía inscribiendo la filiación paterna a través de la acreditación de la paternidad por medio de una prueba de ADN, y por ello, la necesidad de regular esta práctica motivó la resolución del 14 de febrero de 2019.

Tal y como he mencionado, esta última resolución tan solo estuvo vigente durante cuatro días y ni siquiera se llegó a publicar en el BOE, lo que refleja la diversidad de posturas en esta materia.

Comenzando por la instrucción de 14 de febrero, en los antecedentes se recuerdan algunos aspectos como la resolución de 5 de octubre de 2010 que exigía resolución judicial dictada por el tribunal competente y protegía tanto el interés del menor como de la madre gestante. También se recuerda la conservación de la validez de la instrucción de 2010 con la resolución dictada el 11 de julio de 2014. No obstante, en los antecedentes X a XVI es donde

⁸³ Sentencia N° 826/2011, Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10, de 23 de noviembre de 2011, FJ 2.

⁸⁴ Ibidem, FJ 2.

⁸⁵ Ibídem, FJ 5.

⁸⁶ Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

se reflejan las novedades que luego vendrán establecidas en sus directrices y que tienen su origen en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el caso Paradiso y Campanelli de 24 de enero de 2017 que analizaremos posteriormente. Algunas de estas novedades son la introducción de un criterio fundamental, como es el contar con el consentimiento libre y post-natal de la madre gestante, así como el reconocimiento del derecho que tiene el menor a conocer sus orígenes biológicos (en virtud del artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, el artículo 12 de la ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional y de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999).

Ahora bien, para ANDREU MARTÍNEZ el elemento más novedoso es el que incluye la DGRN en su antecedente XVI en relación con el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación con el propósito de determinar la filiación materna a favor de la mujer comitente en aquellos casos en los que esta presenta vínculo genético con el menor mediante la aportación de su óvulo. Esto se fundamentaría en la aplicación por analogía del apartado tercero del artículo 10 de la ley 14/2006.⁸⁷

La instrucción de 14 de febrero de 2019 introdujo unas nuevas directrices con el fin de actualizar la IDGRN de 5 de octubre de 2010. Una de ellas tuvo como objetivo admitir mecanismos extrajudiciales para fijar la filiación (como el reconocimiento junto a una prueba ADN de paternidad), una práctica que se venía realizando cuando no se disponía de resolución judicial extranjera que determinara esta. En relación con ello, la directriz tercera exige el consentimiento de la madre o del representante legal, así como el cumplimiento de los requisitos de validez o eficacia de la legislación civil. Respecto a la prueba de ADN, este requisito se interpuso con la intención de garantizar el derecho del nacido al conocimiento de sus orígenes, identidad biológica y de prevenir el tráfico internacional de menores.

Esto supuso una nueva vía más allá de la acción de reclamación de la filiación contenida en el apartado tercero del artículo 10 de la LTRHA que únicamente establecía la vía judicial para determinar la filiación paterna. Con ello sería posible la inscripción directa sin necesidad

⁸⁷ ANDREU MARTÍNEZ, B. *Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019*. Actualidad jurídica iberoamericana, 2019, vol. 10, pp. 68-74.

de una previa sentencia. En cuanto a la justificación de este supuesto, la DGRN se basó en la doctrina del TEDH.

La instrucción también aludió a la determinación de la filiación a favor del cónyuge o pareja del padre biológico una vez fijada la de este mediante gestación subrogada por los mecanismos anteriormente mencionados. Aquí la DGRN propone el procedimiento de adopción, no sin antes haberse otorgado el consentimiento por la madre gestante “libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias de forma clara y suficiente para que el mismo pueda considerarse un asentimiento válido, y una vez hayan transcurrido seis semanas desde el parto”⁸⁸. Aun así, cuando la ley extranjera aplicable determine la maternidad exclusivamente a favor de una persona distinta de la mujer gestante, la DGRN considera que no es aplicable la anterior solución, proponiendo la aplicación analógica del artículo 10.3 LTRHA. Por tanto, esta tendría derecho a ejercitar la acción de reclamación de la filiación en razón de “la necesidad de protección del menor, ante una eventual situación de abandono e institucionalización en alguna entidad de protección del país donde ha nacido, y siempre que se acredite la negativa de la madre a hacerse cargo del menor y la inscripción de la filiación en el registro del país de que se trate respecto de la madre comitente”⁸⁹. A fin de cuentas, el objetivo de la instrucción era otorgar relevancia a la maternidad genética, algo inédito hasta ahora puesto que la regla establecida era la de maternidad por gestación.

Pese a ello, en la práctica, una vez ejercita la acción de reclamación de la filiación, los tribunales pueden obviarla por lo que es difícil que tengan recorrido.

La resolución expuesta anteriormente fue derogada a todos los efectos cuatro días más tarde por la instrucción de 18 de febrero de 2019, siendo esta última de aplicación a partir del 21 de febrero, que es cuando tiene lugar su publicación. Esta comienza diciendo que “la gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes”, y continúa señalando la exigencia de su protección por los poderes públicos. Asimismo, condena la actividad de las agencias mediadoras que se dedican a esta materia, considerándola una actividad no ajustada al

⁸⁸ Ibídem, p. 74

⁸⁹ Ibídem, p. 76

derecho, y aboga por una actuación internacional coordinada para hacer frente a este problema⁹⁰.

En términos generales, la DGRN optó con esta instrucción por asumir una postura más contundente con el fin de atajar esta práctica en España. Para ello, en su apartado segundo, introdujo nuevos criterios distinguiendo principalmente dos situaciones: Por un lado, tenemos aquellos casos en los que la filiación se ha establecido mediante sentencia dictada por las autoridades judiciales del país en el que se ha llevado a cabo la gestación subrogada, y por otro, tenemos el caso contrario en el que no se presenta resolución judicial extranjera.

En el primer caso, se defiende que el Registro Civil consular puede llegar a estimar la solicitud de inscripción si la sentencia firme está dotada de exequáтур (o de control incidental) lo que supone volver a los criterios establecidos en la instrucción de 5 de octubre de 2010, y rechazar los mecanismos extrajudiciales contemplados en la anterior resolución de 14 de febrero. En cuanto al segundo supuesto, la IDGRN de 18 de febrero establece la suspensión de la inscripción “con base en la ausencia de prueba susceptible de apreciación dentro del procedimiento consular”⁹¹ y se centra especialmente en analizar caso por caso, valorando las circunstancias y pruebas concurrentes. Además, la DGRN pretende suprimir la práctica de la inscripción de la paternidad en los Registros Civiles Consulares llevada a cabo mediante prueba de ADN, por tanto, si la filiación no queda establecida mediante sentencia judicial no podrá estimarse la solicitud de inscripción en el Registro Civil consular español.

En último lugar, la instrucción no hace mención del reconocimiento como vía para inscribir la filiación paterna no matrimonial, como tampoco lo hace para referirse a otras posibles vías mencionadas por el Supremo para proteger el interés superior del menor y la vida familiar entre los comitentes y el nacido a través de gestación subrogada. Sin embargo, la instrucción destaca dos mecanismos para determinar la filiación no matrimonial que son: La resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil (con la intervención del Ministerio Fiscal) y sentencia firme. La intervención del Ministerio Fiscal podría entenderse destinada su vez a lo dicho anteriormente respecto de la protección del interés del menor y vida familiar.

⁹⁰ Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, op. cit.

⁹¹ Ibídem, Apartado 2

De todos modos, una vez determinada la paternidad por cualquier método, se podría acudir a la adopción para el caso del cónyuge o pareja del progenitor, siguiendo la opinión consultiva del TEDH.⁹²

5.1.4 Resolución de la DGSJFP de 28 de abril de 2025

Como bien sabemos, la materia que está siendo objeto de análisis en este trabajo es un asunto polémico incluso en la actualidad. Por ello, durante la elaboración del mismo debemos atender a los posibles cambios que puedan surgir en nuestra doctrina o normativa. Así pues, el 1 de mayo de 2025 se publicó en el BOE una nueva instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública (antigua DGRN) en torno al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, un asunto que como bien hemos comprobado, ha sido objeto de numerosas instrucciones anteriormente.

No debemos olvidar que la DGSJyFP no deja de ser un órgano perteneciente al Ministerio de Presidencia y Justicia, lo que supone que el enfoque ideológico del gobierno de turno en esta materia juega un papel importante en las distintas instrucciones redactadas en los últimos tiempos.

Tal y como informa el Gobierno en su nota de prensa, el Registro Civil dejará de inscribir de forma directa a aquellos menores nacidos a través de gestación subrogada pese a contar con una resolución administrativa o judicial extranjera que valide este contrato, pudiendo solamente formalizarse la inscripción por medio de los cauces habituales, es decir, por vínculo biológico o por adopción. La finalidad de esta directriz es evitar que se eluda la prohibición de esta práctica en nuestro país por parte de algunos ciudadanos españoles que recurren a otros países para llevarla a cabo. Todo ello se centra en “una reclamación histórica del movimiento feminista y de los colectivos que defienden la protección de los menores por suponer una mercantilización del cuerpo de la mujer y de sus hijos”, con lo cual, el objetivo es proteger el interés superior del menor y evitar su mercantilización.

Asimismo, se indica que esta nueva instrucción busca adecuarse a la sentencia del Tribunal Supremo de diciembre de 2024 que negó el exequáтур a una resolución judicial norteamericana, y se alinea con la doctrina del TEDH en cuanto a la adopción de medidas

⁹² ANDREU MARTÍNEZ, B. *Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada...*, op. cit., pp. 79-82.

en busca de dificultar la gestación por sustitución, prohibida en nuestro ordenamiento interno.⁹³

En cuanto a su contenido, la Dirección General acordó cuatro directrices:

- i) La derogación de las instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019.
- ii) La inadmisión como título apto de una certificación registral extranjera o una simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, así como una sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente.
- iii) La tercera directriz supone no practicar las solicitudes pendientes de inscripción a fecha de publicación en el BOE.
- iv) En último término, se expresa la posibilidad de que los solicitantes obtengan los permisos necesarios para que el menor viaje a España, y una vez allí, determinar la filiación a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español que son la filiación biológica o la filiación adoptiva (una vez probada la existencia de núcleo familiar con suficientes garantías).⁹⁴

En los antecedentes de la instrucción, se destaca la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada y la regla que determina la filiación a través del parto prevista en el artículo 10 de la LTRHA. También se realiza un breve resumen de las instrucciones de 5 de octubre de 2010, y de 18 de febrero de 2019 justificando el cambio en esta nueva instrucción en la sentencia del TS de diciembre de 2024, como he mencionado anteriormente. Por último, señala que la protección que ha de otorgarse tiene que partir de las previsiones de las leyes y convenios aplicables, así como de la jurisprudencia que interpreta y aplica estos, teniendo en cuenta su situación actual. Además, reitera la idea establecida en la directriz cuarta, señalando que es la solución que mejor satisface el interés superior del menor ya que

⁹³ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia-justicia-relaciones-cortes/Paginas/2025/300425-instruccion-vientres-de-alquiler.aspx>
(Consulta 10/5/2025)

⁹⁴ Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución. BOE, núm. 105, de 1 de mayo de 2025, p. 3.

“salvaguarda los derechos fundamentales que se resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial”.⁹⁵

5.2 Jurisprudencia del Tribunal Supremo

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la gestación subrogada desde 2014 hasta la reciente sentencias de 2024 ha mantenido una posición firme, declarando nulos los contratos de gestación por sustitución. No obstante, se ha ido perfilando una respuesta jurídica que, aunque no legitima estos contratos, busca proteger el interés superior del menor a través de mecanismos como la adopción

5.2.1 *Sentencia de 6 de febrero de 2014*⁹⁶

Retomando lo expuesto en el anterior apartado respecto a las resoluciones más relevantes de la DGRN, la primera a la que hice mención fue la de 18 de febrero de 2009. Hay que recordar que esta instrucción permitió la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de dos menores que nacieron fruto de un contrato de gestación por sustitución en el Estado de California (Estados Unidos) a favor de sus padres comitentes, que eran un matrimonio homosexual con residencia en Valencia.

Esta sentencia de 6 de febrero de 2014 tuvo lugar como resultado del proceso judicial que se venía desarrollando desde 2010, una vez resolvió el juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia y la Audiencia Provincial, instando la anulación de la resolución de la DGRN puesto que infringía el art. 10 de la ley 14/2006 y, por tanto, el orden público internacional español. Manteniendo este criterio, el Tribunal Supremo confirmó la anulación de la resolución 18 de febrero de 2009 en una sentencia discutida con un voto particular firmado por cuatro miembros.

⁹⁵ Ibídem, pp. 1-2

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), 835/2013 de 6 de febrero de 2014 (Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247).

La argumentación del Supremo se basa especialmente en tres aspectos: a) la vulneración del orden público internacional español, b) la no existencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual, c) el interés superior del menor:⁹⁷

a) Vulneración del orden público internacional español

Antes de analizar los diversos argumentos que emplea el TS, cabe mencionar que el objeto de esta sentencia recae en si procede o no el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores que se llevó a cabo por las autoridades de California a favor de los recurrentes⁹⁸. En cuanto a la técnica jurídica aplicada, el Supremo califica el supuesto como una cuestión de reconocimiento, descartando que se trate de un conflicto de leyes puesto que ya existe una decisión de autoridad.⁹⁹

Centrándonos en el orden público internacional español, debemos mencionar que la pluralidad de ordenamientos jurídicos y la libre circulación de las personas han generado la posibilidad de elegir entre diversas respuestas jurídicas por parte de ciudadanos y empresas. No obstante, el límite a esta elección es el respeto al orden público, que definido por el TS consiste en “el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos, ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”.¹⁰⁰ Por tanto, el orden público lo componen todos los derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el título I de la Constitución, lo cuál es el caso del respeto a la dignidad del artículo 10.1 CE o el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

Respecto a la fuente de filiación, el tribunal entiende que no todo criterio distinto al biológico vulnera el orden público, pero destaca que, en nuestro ordenamiento jurídico, así como en el de la mayoría de los países, no se acepta la vulneración de la dignidad de la mujer gestante y del niño, puesto que se entiende que la gestación subrogada contribuye a cosificar a ambos, mercantilizando la gestación.

⁹⁷ DURÁN AYAGO, A. "Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014): Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España." (2014), pp. 277-279.

⁹⁸ Sentencia TS 835/2013..., op. cit. FJ 3 apartado 1

⁹⁹ Ibídem, FJ 3 apartado 2

¹⁰⁰ Ibídem, FJ 3 apartado 4

Asimismo, señala que el artículo 10 de la LTRHA se entiende integrado en el orden público internacional español y que la vinculación de los padres comitentes con España es intensa, ya que eran nacionales y residentes, desplazándose a California con el único objetivo de acordar la gestación por sustitución. Todo ello supone que la vinculación con el Estado extranjero (en el que se reconocerá filiación) es artificial, calificándolo como fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que lo declara radicalmente nulo.

En conclusión, la filiación es consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución, y a su vez, es frontalmente contraria a la prevista en el artículo 10 LTRHA, por lo que es incompatible con el orden público. Por tanto, el resultado pasa por impedir el reconocimiento de la decisión registral extranjera en cuanto a la filiación.

b) Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual

En cuanto a este aspecto, los recurrentes sostuvieron que denegar la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los menores nacidos en California a favor de dos hombres constituye una discriminación, puesto que sí se permite inscribir la filiación a favor de dos mujeres cuando una de ellas ha recurrido a técnicas de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge. Sin embargo, el Supremo señala que la desigualdad sustancial entre supuestos de hecho excluye la existencia de un trato discriminatorio, puesto que la consecuencia legal es distinta. Asimismo, subraya que la causa de la denegación deriva del contrato de gestación por sustitución sin importar que ambos sean varones, remitiéndose a la argumentación de la sentencia recurrida. Por tanto, la solución no va a depender nunca de si se trata de un matrimonio heterosexual, homosexual, pareja de hecho, o cualquier otro supuesto, sino que se basa en si la filiación trae causa de una gestación subrogada.¹⁰¹

c) Interés superior del menor

Por último, los recurrentes invocaron el interés superior del menor para defender la confirmación de la resolución de la DGRN puesto que consideran que la única forma de satisfacer este es reconociendo la filiación. El TS califica el interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado, es decir, “una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la

¹⁰¹ Ibídem, FJ 4.

ponderación judicial”¹⁰², y por ello, considera que la invocación indiscriminada de este concepto serviría para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tenidos en cuenta en el ordenamiento jurídico¹⁰³. Al fin, y al cabo, el principio del interés superior del menor debe aplicarse con la finalidad de interpretar y aplicar la ley, así como para colmar sus lagunas, pero no para vulnerarla.¹⁰⁴

En esta misma línea, si concurre este concepto indeterminado con otros bienes jurídicos (la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, la explotación del estado de necesidad en el que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o la mercantilización de la gestación y de la filiación) se debe realizar una ponderación.

El TS señala que no debemos olvidar que, pese a que no reconocer la inscripción puede suponer un perjuicio para los menores, contravenir los criterios previstos en la ley para la determinación de la filiación también conlleva un perjuicio,¹⁰⁵ y es que la protección de los menores no puede alcanzarse a través de la aceptación de las consecuencias de un contrato de gestación por sustitución pese a ser legal en el país en el que se llevó a cabo.

En último lugar, el Tribunal Supremo defiende tomar como punto de partida el núcleo familiar (en el caso de que exista actualmente) con el objetivo de buscar una solución y permitir el desarrollo y la protección los vínculos familiares entre los padres comitentes y los menores. Para ello, se proponen algunas figuras como el acogimiento familiar o la adopción, así como el mecanismo recogido en el párrafo tercero del art. 10 LTRHA del que ya hemos hablado en otras ocasiones.¹⁰⁶

En último lugar, como he señalado previamente, cuatro magistrados suscribieron un voto particular en el que podemos destacar mayoritariamente dos cuestiones. En primer lugar, en relación con el orden público internacional, consideran que el documento que se pretende inscribir en el Registro Civil no tiene este caso que someterse al control de legalidad conforme a la ley española puesto que ya es válido con arreglo a la ley californiana. Por tanto, los magistrados entienden que el artículo 10 LTRHA no sería aplicable trasladándose la cuestión a si la decisión es contraria al orden público internacional, concluyendo que lo que

¹⁰² Ibídem, FJ 5 apartado 3

¹⁰³ Ibídem, FJ 5 apartado 5

¹⁰⁴ Ibídem, FJ 5 apartado 6

¹⁰⁵ Ibídem, FJ 5 apartado 8

¹⁰⁶ Ibídem, FJ 5 apartado 11

se somete a la autoridad española es el “reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa” y no la legalidad del contrato.¹⁰⁷

La segunda cuestión que destacaría de este voto particular es la valoración que realizan estos cuatro magistrados respecto al interés de los menores, señalando que este queda afectado gravemente. La fundamentación que emplean se basa en el perjuicio que supone para los niños la aplicación de la normativa interna como cuestión de orden público, ya que derivaría en situaciones de desamparo para ellos, privándoles de su núcleo familiar y de su identidad. A su vez, establecen que el interés del menor se debe proteger tanto antes como después de la gestación y aquí se ha negado la protección una vez han nacido, no priorizando sus intereses y no adoptando las medidas más convenientes para estos.¹⁰⁸

5.2.2 *Sentencia de 31 de marzo de 2022*¹⁰⁹

Otra resolución que estimo relevante en materia de gestación por sustitución, al igual que la de 2014, es la sentencia del Supremo 277/2022 que concluyó que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales. Esta sentencia tuvo una gran cobertura mediática y ha sido elogiada por quienes se oponen a la gestación subrogada.¹¹⁰

El supuesto de hecho tiene como precedente el nacimiento mediante gestación por sustitución de un menor en el año 2015. Este contrato tuvo lugar en Tabasco (Méjico) entre dos partes, la madre de intención de nacionalidad española y residente en España, y la mujer gestante de nacionalidad mexicana. Es importante mencionar que ninguna de las dos aportó material genético, puesto que se implantaron los gametos procedentes de donantes

¹⁰⁷ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. “*Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución*”. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736). *Revista boliviana de Derecho*, 2014, nº 18, pp. 414-415.

¹⁰⁸ Ibídem, p. 418.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), 277/2022 de 31 de marzo de 2022 (Roj: STS 1153/2022 - - ECLI:ES:TS:2022:1153).

¹¹⁰ FARNÓS AMORÓS, Esther. “*La gestación por sustitución de nacido ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.º (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual*”. Anuario de Derecho Civil (Tomo LXXV, fascículo III, julio-septiembre 2022), 2022, p. 1284.

anónimos. Una vez dio a luz la mujer gestante, el niño se trasladó a España junto con la mujer comitente, siendo esta última y su progenitor quienes se hicieron cargo del cuidado del menor.¹¹¹

El asunto tuvo un largo recorrido judicial que desembocó en un recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El recurso tuvo como motivación la infracción del artículo 131 CC in fine en relación con el art. 10 de LTRHA, al tener en cuenta que “el demandante carecía de legitimación para interponer la acción de filiación, puesto que la filiación materna reclamada contradecía otra legalmente determinada”¹¹². Cabe mencionar que la Audiencia Provincial en segunda instancia estimó el recurso en base a la posesión de estado, declarando la filiación materna del menor a favor de la comitente. El TS basó su fundamentación jurídica principalmente en dos cuestiones: a) el atentado que supone la gestación por sustitución comercial contra los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, reconocidos en la Constitución y los convenios internacionales, y b) la protección del interés superior del menor.

Respecto a la primera cuestión y siguiendo la línea de la sentencia de 6 de febrero de 2014, el Supremo se reafirmó en que la pretensión de reconocer la filiación mediante un acuerdo de gestación subrogada comercial es manifiestamente contraria al orden público español fundamentándolo en el muchas veces mencionado artículo 10 LTRHA¹¹³. Asimismo, se subraya la cosificación tanto de la madre gestante como del niño lo que supone una vulneración de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de las personas.¹¹⁴

Por otro lado, en cuanto al interés superior del menor, el TS señaló que a diferencia de la sentencia de 2014 que pretendía el reconocimiento de un acto de autoridad extranjera, en este caso se da otro punto de vista, ya que lo que se pretende es la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española¹¹⁵ (art. 113 CC¹¹⁶). Centrándonos en la filiación del menor, el tribunal concluye que la solución que se debe buscar es aquella que tenga en cuenta el núcleo familiar existente y las relaciones de facto entre el menor y la persona que

¹¹¹ STS 277/2022, op. cit., FJ 1

¹¹² FARNÓS AMORÓS, Esther. *La gestación por sustitución..* op. cit., p.1284

¹¹³ STS 277/2022, op. cit., FJ 3 apartado 1.

¹¹⁴ Ibídem, FJ 3 apartado 7.

¹¹⁵ Ibídem, FJ 4 apartado 2.

¹¹⁶ Art. 113 CC: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”.

pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial, debiendo permitir la protección de estos vínculos de acuerdo para la jurisprudencia del TS y del TEDH¹¹⁷. En nuestro ordenamiento, para reconocer esa relación, debemos diferenciar varios supuestos:

- Desde el punto de vista del padre biológico, el reconocimiento puede realizarse mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad del apartado tercero de la LTRHA.
- En cambio, desde el punto de vista de la madre comitente, la vía para obtener la determinación de la filiación es la adopción, un mecanismo aceptado por el dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019.¹¹⁸

Finalmente, se determinó que las pruebas aportadas y valoradas en el procedimiento contribuyen a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de la idoneidad, junto con la aplicación de la previsión contenida en el artículo 176.2.3º del CC¹¹⁹. Por tanto, el interés superior del menor valorado *in concreto* (tal y como exige el dictamen del TEDH) queda satisfecho con esta solución. Asimismo, se satisfacen los derechos fundamentales dignos de protección tanto de la madre gestante como el niño.¹²⁰

Para concluir, algunos autores consideran que el Tribunal Supremo se mantuvo firme en la consideración de este acto como una flagrante vulneración de la dignidad de la mujer (de la mujer gestante) y sus derechos inviolables.¹²¹ Otros destacaron como positivo el rechazo de la acción judicial en relación con la posesión de estado como medio para determinar la filiación materna, y subrayaron algunas contradicciones de la sentencia como la interpretación de la legislación que regula la adopción ya que el TS consideró un obstáculo salvable la diferencia máxima de edad para adoptar. Esto para autores como FARNÓS AMORÓS supone llevar al extremo la interpretación de un precepto¹²² que no está pensado para este tipo de casos¹²³

¹¹⁷ STS 277/2022, op. cit., FJ 4 apartado 8.

¹¹⁸ Ibídem, FJ 4 apartado 10.

¹¹⁹ Ibídem, FJ 4 apartado 12.

¹²⁰ Ibídem, FJ 4 apartado 14.

¹²¹ MARÍN-CASTÁN, María Luisa. *La dignidad de la mujer como argumento jurídico relevante en la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022, de 31 de marzo de 2022, sobre filiación en la gestación subrogada*. Revista de Bioética y Derecho, 2023, nº 57, p. 310.

¹²² El supremo invocó el artículo 237 CC y el artículo 176.2.3º referidos a la guarda de hecho y a la guarda con fines de adopción.

¹²³ FARNÓS AMORÓS, Esther. *La gestación por sustitución..* op. cit., p.1284

5.2.3 *Sentencia de 17 de septiembre de 2024*¹²⁴

En el pasado año, el Tribunal Supremo dictó dos resoluciones interesantes en el ámbito de la gestación por sustitución. La primera que procederé a analizar es la sentencia 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024, que autorizó a los padres de un menor nacido por gestación subrogada a modificar en el Registro Civil su lugar de nacimiento por el del domicilio familiar.

En este caso, el menor del que se autorizó esta modificación en el RC nació en un país extranjero mediante un contrato de gestación subrogada y su filiación se determinó de forma biológica a favor del padre, siendo la madre de intención la que recurrió a la adopción. Con anterioridad al pronunciamiento del Supremo, tanto el Registro Civil como posteriormente la DGSJyFP a través de una resolución, rechazaron la solicitud de modificación del lugar de nacimiento, por lo que los padres acudieron a la jurisdicción ordinaria, sin embargo, la petición fue desestimada tanto en primera instancia, como en apelación.¹²⁵

A consecuencia de ello, los padres formularon recurso de casación ante el TS, que resolvió aplicando por analogía la ley del Registro civil en lo relativo a la adopción internacional, ya que permite la modificación del lugar de nacimiento por el lugar de domicilio de los padres con el objetivo de evitar la publicidad del carácter adoptivo de la filiación y de los datos relativos al origen del menor, protegiendo así su intimidad.¹²⁶

El Supremo para llegar a esta solución argumentó que el hecho de que el nacimiento del menor se produjera mediante gestación subrogada no tiene tanta trascendencia puesto

- ¹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), 1141/2024 de 17 de septiembre de 2024 (Roj: STS 4370/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4370).

¹²⁵ <https://www.poderjudicial.es/cgj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-autoriza-a-los-padres-de-un-nino-nacido-por-gestacion-subrogada-modificar-en-el-Registro-Civil-el-lugar-de-nacimiento-por-el-del-domicilio-familiar> (Consulta 2/6/2025).

¹²⁶https://diariolaleylaleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAA_AAAAAEAA3IMQqAMAxF0Nt0jkIFh0zVxVndY_ORQmkhVvH4-saXVHnZiDryvh8Hcg_sSrXwnk6UBpflQA5VseJt_B8sxdmsmosZYpM0BMkoKsar3fgAKrI7N1IAAA=WKE - divCommentsDocument (Consulta 2/6/2025)

que la filiación del menor no fue determinada en relación con el contrato de gestación por sustitución, sino que se basa en el vínculo biológico del padre y adoptivo de la madre.¹²⁷

Por tanto, el asunto se resolvió estableciendo que la razón jurídica para no hacer público que el nacimiento del menor se produjo en un país extranjero es la misma que en la adopción internacional, y por ello, se dan los requisitos del artículo 4.1 del CC para aplicar de forma analógica la previsión contenida en los artículos 16.2 y 20.1 de la LRC de 1957¹²⁸. A su vez, la aplicación analógica es congruente con el artículo 18.1 CE respecto a la intimidad personal y familiar del menor, el 14 CE, en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento, y al 39.2 CE relativo a la protección por los poderes públicos de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación. En conclusión, el TS señala que “la publicidad registral de un lugar de nacimiento, como el de este caso, vulneraría el derecho a la intimidad del menor, al ser revelador de la existencia de la adopción y de las circunstancias relativas a su origen especialmente sensibles y supondría una discriminación respecto de otras filiaciones que no se encuentra justificada”.¹²⁹

El Tribunal Supremo hace referencia a la gestación subrogada al referirse a “circunstancias relativas a su origen especialmente sensibles” justificando así su fallo en el que estima el recurso de casación a favor de los padres del menor.

5.2.4 *Sentencia de 4 de diciembre de 2024*¹³⁰

En último lugar, en diciembre de 2024 se dictó una nueva sentencia que no supuso un gran cambio en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el campo de la gestación subrogada, pero introdujo algunos matices como la interpretación del interés del menor dentro del marco del orden público español lo que contradice la jurisprudencia del TEDH.

¹²⁷ STS 1141/2024, op. cit, FJ 2 apartado 3.

¹²⁸ Ibídem, FJ 2 apartado 7

¹²⁹ Ibídem, FJ 2 apartado 8

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), 1626/2024 de 4 de diciembre de 2024 (Roj: STS 5879/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5879).

En primer lugar, en cuanto al supuesto de hecho, podemos diferenciar dos partes intervinientes en el contrato. Por un lado, tenemos a una pareja de dos varones españoles, y por otro, tenemos a la mujer gestante residente en Texas (Estados Unidos). De este contrato de gestación subrogada nacieron dos niños de los que posteriormente se determinó su filiación a favor de los padres de intención por un tribunal del Estado de Texas. Este mismo tribunal también determinó la validez del contrato.

En el año 2021, los dos varones regresaron a España y pretendieron el reconocimiento de las sentencias dictadas por el juzgado de Texas a través del procedimiento de Exequátur, sin embargo, tanto en primera instancia como en apelación, se desestimó su solicitud, alegando que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en España, y que el interés del menor no puede servir como excusa para no respetar el orden público.

A consecuencia de ello, los varones presentaron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, siendo este desestimado en virtud de varios aspectos¹³¹:

- i) La denegación del reconocimiento de los efectos de la sentencia extranjera por ser contraria al orden público: En este caso, se confirma la solución de la sentencia recurrida en la que aplicaba la ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil para denegar el reconocimiento de la sentencia del tribunal de Texas.
- ii) La incompatibilidad del contrato de gestación subrogada con los derechos fundamentales y principios constitucionales que forman el orden público español: el Supremo, en este caso, hace referencia a algunos derechos que integran el orden público como la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor o el respeto a su dignidad. Además, destaca otros como el conocimiento del origen biológico por parte del menor recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Todo ello supone un límite al reconocimiento de sentencias extranjeras cuyo objeto entraña para el TS “una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor”.¹³²

¹³¹ CARRILLO LERMA, C. *Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la STS de España núm. 1626/2024, de 4 de diciembre*. Revista Boliviana de Derecho, 2025, nº 39, pp. 721-724.

¹³² STS 1626/2024 op. cit., FJ 3.

- iii) La protección del interés del menor en el marco del ordenamiento jurídico y del orden público: De acuerdo con la jurisprudencia del Supremo y del TEDH, la solución que debe buscarse pasa por permitir el desarrollo y la protección de los vínculos familiares en los que los menores se hallen integrados. Para ello, se propone determinar la filiación paterna de forma biológica (si fuera el caso), y acudir a la adopción cuando haya convivencia en un núcleo familiar, respetando así la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor. Cabe destacar que todo ello es posible siempre que haya una ruptura del vínculo entre los menores y la mujer gestante.¹³³

En conclusión, el Tribunal Supremo estableció que, para proteger adecuadamente a los menores, hay que basarse en las leyes y tratados vigentes en España, así como en la jurisprudencia, y, por tanto, prevé como mecanismos para determinar la filiación, la acción de filiación biológica paterna, la adopción, y el acogimiento familiar, siendo esta solución adecuada para garantizar el interés superior del menor y proteger sus derechos fundamentales, tal y como exige el TEDH.¹³⁴

Esta resolución ha sido objeto de crítica por algunos autores como CARRILLO LERMA¹³⁵ que siguiendo la línea de los argumentos que esgrimieron ÁLVAREZ GONZÁLEZ¹³⁶ y FARNÓS AMORÓS¹³⁷ respecto a la sentencia de 31 de marzo de 2022, considera incoherente la postura del tribunal ya que pese a condenar la práctica de la gestación subrogada, permite que su finalidad se lleve a cabo por otras vías obviando que quienes la han llevado a cabo han actuado en fraude de ley.

¹³³ Ibídem, FJ 5.

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ CARRILLO LERMA, C. *Filiación de los menores nacidos..* op.cit., p. 736.

¹³⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español: Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022*, Diario la Ley, núm. 10069, 2022, FJ 3.

¹³⁷ FARNÓS AMORÓS, Esther. *La gestación por sustitución..* op. cit., pp.1283-1284, 1293, 1296 y 1306.

5.3 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el ámbito europeo, los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 tienen libertad para regular como consideren conveniente la filiación de los nacidos a través de gestación subrogada en sus legislaciones internas. Esto es apoyado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que se basa para sustentar esta afirmación en las diferentes posiciones que tienen los Estados europeos respecto a esta polémica cuestión que suscita delicadas cuestiones éticas. Es por esta razón que los Estados disponen de un amplio margen de discrecionalidad legislativa, lo que permite libertad de regulación, así como libertad para desincentivar el recurso a esta práctica.

Pese a lo ya mencionado, negar el reconocimiento de la filiación de menores nacidos a través de un contrato de gestación subrogada puede enfrentarse a varias cuestiones como el derecho a la vida privada y a la identidad de los menores, así como al derecho a la vida familiar de estos y de los padres comitentes, aspectos que pueden modular la vulneración del orden público como argumento para negar el reconocimiento.¹³⁸

Así pues, el TEDH ha asumido un papel clave en la interpretación y protección de los derechos mencionados que se derivan especialmente del CEDH, perfilando los límites del margen de apreciación nacional en esta materia, y señalando las exigencias mínimas que se deben tener en cuenta para respetar el interés superior del menor.

Por tanto, este apartado se centrará en el estudio de los pronunciamientos más relevantes del TEDH sobre gestación subrogada, valorando los criterios aplicados por el tribunal y su impacto en los ordenamientos jurídicos nacionales, haciendo a su vez una breve mención al dictamen consultivo de 10 de abril de 2019 que reviste una especial importancia al centrarse en la relación entre el menor nacido mediante gestación subrogada y la madre comitente.

¹³⁸ CALVO CARAVACA, A.L., *Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos*. Cuadernos de Derecho Transnacional, 2015, pp. 96-101.

5.3.1 Caso *Mennesson y Labassee contra Francia*.¹³⁹

En el año 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó dos sentencias similares en las que condenó a Francia por la negativa a inscribir la filiación de menores nacidos en Estados Unidos mediante gestación subrogada en el Registro Civil Francés. El argumento que sostenían las autoridades francesas era la vulneración del orden público, sin embargo, esto colisiona con lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar.¹⁴⁰ Con el fin de justificar dicha injerencia en la vida privada y familiar de los recurrentes, el TEDH aplicó en ambos casos un test que consiste en valorar una serie de requisitos, comenzando con que la injerencia esté prevista en la ley, continuando con la persecución de un fin legítimo del apartado segundo del artículo 8, y finalizando con que la injerencia resulte necesaria en una sociedad democrática.¹⁴¹

A modo de contextualizar ambos supuestos, estos consisten en matrimonios homosexuales que acuden a Estados Unidos con el objetivo de llevar a cabo un contrato de gestación subrogada. Asimismo, tanto en el caso Mennesson como Labassee los padres suministraron su material genético, mientras que el óvulo procedía de un donante, lo que supone que, tal y como reconoce el TEDH, en los dos casos los menores eran hijos biológicos de los padres.

¹³⁹ Caso *Labassée contra Francia*, Sentencia de 26 de junio de 2014, (nº. 65941/2011 TEDH 2014) y Caso *Mennesson contra Francia*, Sentencia de 26 de junio de 2014 (nº. 65192/2011 TEDH 2014).

¹⁴⁰ Art. 8 CEDH, Derecho al respeto a la vida privada y familiar:

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

¹⁴¹ HEREDIA CERVANTES, I. *La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdi ciados*. Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 2015, pp. 375-376.

Entrando en el análisis que realiza el Tribunal, este apuntó respecto al interés superior del menor que se trata de “un concepto que debe plasmarse de forma indubitable en el establecimiento de la filiación” posibilitando la acreditación de la filiación del niño desde el nacimiento y rechazando un trato normativo distinto en función de la regulación jurídica de la gestación por sustitución existente en el país de residencia de los padres intencionales y del menor. Siguiendo esta línea, para el TEDH, denegar la inscripción en el Registro vulnera el artículo 8 ya mencionado, lo que supone que el menor se encuentre en una situación de indeterminación respecto a su identidad filial, sumado a la privación de la nacionalidad francesa, así como de los derechos derivados de ella.¹⁴²

En conclusión, el nacido a través de un contrato de gestación subrogada, queda en una situación de incertidumbre jurídica producida por la contradicción, entre lo señalado por las autoridades extranjeras, que reconocen como padres a los recurrentes, y la negación por las autoridades nacionales, en este caso francesas, de esta consideración en su ordenamiento jurídico, atentando por ello contra el reconocimiento de la identidad del menor.¹⁴³

El alto Tribunal entendió que un país como Francia está plenamente legitimado para pretender disuadir el recurso, por parte de sus ciudadanos, a técnicas de gestación por sustitución en el extranjero, sin embargo, se deben valorar las consecuencias de la actuación de las autoridades francesas puesto que no solo repercuten en los padres sino también en los menores¹⁴⁴.

Es importante señalar que las sentencias del TEDH tienen efecto interpretativo derivado del artículo 10.2 CE incluso cuando España no es demandada, no obstante, siguen existiendo dudas respecto a la compatibilidad entre la jurisprudencia del Supremo y la del Alto Tribunal debido a las diferentes legislaciones de los Estados miembros. Asimismo, estas resoluciones influyeron en la postura de la DGRN que mantuvo su doctrina previa a la sentencia del Tribunal Supremo de 2014.¹⁴⁵

¹⁴² DURÁN AYAGO, A., *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución*. 2014, pp. 280-281.

¹⁴³ DIAZ FRAILE, J.M., *La Gestación por Sustitución ante el Registro Civil Español...*, op. cit. pp. 119-120.

¹⁴⁴ Caso Mennesson párrafo 99 y Caso Labassee, párrafo 79.

¹⁴⁵ DIAZ FRAILE, J.M., *La Gestación por Sustitución ante el Registro Civil Español...*, op. cit. pp. 85-86.

5.3.2 Caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*¹⁴⁶

Antes de abordar el fondo del asunto, conviene señalar que el caso Paradiso y Campanelli fue inicialmente resuelto mediante sentencia de la sección segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2015, y tras un recurso ante la Gran Sala de dicho tribunal, se dictó nuevamente sentencia en 2017.

El caso comenzó un recurso interpuesto por un matrimonio italiano que consideró que las medidas de las autoridades italianas vulneraban su derecho a la vida privada y familiar recogida en el artículo 8 del CEDH al que hemos hecho referencia. Este matrimonio llevó a cabo un convenio de gestación por sustitución en Rusia teniendo como resultado el nacimiento de un menor que fue trasladado posteriormente a Italia, no obstante, el problema vino cuando las autoridades italianas tuvieron conocimiento de la falsedad del certificado de nacimiento expedido en Rusia¹⁴⁷, lo que provocó el inicio de un procedimiento penal contra el matrimonio por varios motivos, así como de los trámites de adopción del menor por otra familia.¹⁴⁸

El TEDH resolvió a favor de los recurrentes calificando la actuación de las autoridades italianas como desproporcionada y consideró que el Estado tenía la obligación de velar por el interés superior del menor independientemente del vínculo parental, genético o de otro tipo.¹⁴⁹ El gobierno italiano recurrió esta decisión ante la Gran Sala, que, a diferencia de la sección segunda, acogió las pretensiones de Italia al acordar que las autoridades italianas no habían violado el artículo 8 de la CEDH. El argumento clave se encuentra en el párrafo 215 de dicha resolución en la que el TEDH señala que permitir que el menor se quedará con los recurrentes, con la perspectiva de que terminarán siendo sus padres adoptivos, habría

¹⁴⁶ Caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*, Sentencias de 27 de enero de 2015 y 24 de enero de 2017 (nº. 25358/2012 TEDH 2015 y 2017).

¹⁴⁷ Cabe señalar que los padres comitentes declararon que el Sr. Campanelli aportó su material genético, por lo que en principio sería padre biológico del menor. Sin embargo, las pruebas de ADN a las que se sometió en virtud de una orden del juzgado determinaron lo contrario, no existiendo por tanto vínculo genético alguno.

¹⁴⁸ FARNÓS-AMORÓS, E. *Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho* (I). Revista de Bioética y Derecho, 2017, nº 40, p. 233.

¹⁴⁹ Caso *Paradiso y Campanelli contra Italia* 2015, párrafo 80.

supuesto convalidar una situación generada por ellos mismos en contra de normas fundamentales del derecho italiano.¹⁵⁰

Esta decisión se centra especialmente en el análisis de dos cuestiones:

- i) La existencia de vida familiar “de facto” entre el menor y los padres comitentes.
- ii) La concurrencia de una injerencia justificada en la vida privada de los comitentes.¹⁵¹

Respecto a la primera cuestión, la Gran Sala consideró que tanto la breve duración de la convivencia con el menor como la ausencia de vínculo genético con este conduce a optar en este caso por la no existencia de vida familiar de facto. En esta decisión también influyó la inseguridad jurídica creada por los recurrentes, ya que llevaron a cabo conductas que vulneraban la legislación italiana.¹⁵²

En cuanto al segundo aspecto, se estimó justificada la injerencia en la vida privada de los padres de intención, considerando correcta la actuación de las autoridades italianas. La situación de abandono en la que se encontraba el menor obliga a la adopción de medidas urgentes, entre ellas su separación de los comitentes, teniendo en cuenta además la ausencia de vínculo genético y la transgresión de las leyes sobre adopción y reproducción asistida de Italia.¹⁵³ La Gran Sala entendió que el perjuicio al menor no es irreparable, teniendo en cuenta la corta duración de su estancia con los comitentes y su temprana edad.¹⁵⁴

5.3.3 *Dictamen de 10 de abril de 2019*¹⁵⁵

Por último, es oportuno hacer una breve mención al dictamen emitido por el TEDH en respuesta a una petición de la corte de Casación francesa respecto al procedimiento iniciado

¹⁵⁰ Caso Paradiso y Campanelli contra Italia 2017, párrafo 215.

¹⁵¹ FARNÓS-AMORÓS, E. “*Paradiso y Campanelli c. Italia (II)...*”, op. cit., pp. 235-238.

¹⁵² Caso Paradiso y Campanelli contra Italia 2017, op. cit., párrafo 157.

¹⁵³ Ibídem, párrafo 189.

¹⁵⁴ Ibídem, párrafos 209-211.

¹⁵⁵ Dictamen en relación con el reconocimiento en el derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente de 10 de abril de 2019.

por los demandantes del caso Mennesson, y es que tras las sentencias de 2015, la justicia francesa modificó su jurisprudencia permitiendo inscribir en el Registro Civil datos del certificado de nacimiento de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero, cuando el padre comitente fuera también padre biológico. En el caso de la madre comitente, si no hubiera aportado material genético, la única vía para establecer un vínculo jurídico con el menor es la adopción. Este es el mecanismo que introdujo el legislador francés para parejas casadas.

Pese a ello, los Señores Mennesson acudieron a los tribunales internos ya que su pretensión era el reconocimiento de la filiación mediante certificado de nacimiento en el extranjero no solo a favor del padre de intención sino también de la madre comitente.¹⁵⁶

El protocolo nº 16 CEDH introdujo la posibilidad de solicitar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la emisión de opiniones consultivas sobre cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de derechos y libertades contenidas en el Convenio.¹⁵⁷ Es por ello, que la Corte de Casación formuló dos cuestiones:

1. *¿Exige el respeto al artículo 8 del CEDH que el ordenamiento jurídico interno contemple la posibilidad de reconocer la relación entre un menor nacido en el extranjero, mediante gestación subrogada y la madre comitente, incluso en aquellos supuestos en los que no exista vínculo genético, pero si con el padre intencional?*
2. *¿Debe materializarse ese reconocimiento necesariamente mediante la transcripción del certificado de nacimiento extranjero en el Registro Civil nacional o puede considerarse válidas otras vías jurídicas, como la adopción, para garantizar el respeto de los derechos establecidos en el artículo 8?*¹⁵⁸

El tribunal se pronunció respecto al primer asunto señalando que la legislación nacional sí debe prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica paterno-filial con la madre comitente designada en el certificado de nacimiento como madre legítima, con el fin de adecuarse al respeto a la vida privada. Esto es así, debido a la reducción del margen de

¹⁵⁶ HERNÁNDEZ LLINÁS, L. *Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas*. Revista de derecho político, 2020, no 107, p. 189.

¹⁵⁷ 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/A new ECHR judgement on surrogacy and the French case law*. Revista de Derecho Civil, 2021, vol. 8, no 2, p. 107.

¹⁵⁸ Ibídem, p. 110.

discrecionalidad de los Estados en esta materia puesto que intervienen aspectos esenciales de la vida privada del menor, como el entorno en el que viven y se desarrollan, no olvidando, asimismo, a las personas responsables de satisfacer sus necesidades y su bienestar.¹⁵⁹

La segunda cuestión fue resuelta por el tribunal estableciendo que la relación paterno-filial entre el menor y la madre comitente debe reconocerse como máximo cuando se haya convertido (según una evaluación de las autoridades nacionales) en una realidad práctica, en función de las circunstancias del caso. Además, permite otros mecanismos para reconocer esa relación como por ejemplo la adopción, y es que lo esencial para el TEDH es la existencia de un mecanismo eficaz que pueda reconocer la relación entre el niño y la madre comitente lo antes posible, cuando se haya convertido en una realidad práctica.

En conclusión, el dictamen en su párrafo 55 destaca la aceptación de otras opciones distintas al registro, como consecuencia del margen de decisión que tienen los Estados. Es importante mencionar que esto es posible únicamente si la legislación nacional prevé un procedimiento que permita su aplicación de forma rápida y eficaz, respetando el interés superior del menor.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Dictamen de 10 de Abril de 2019, op. cit., párrafos 45-46

¹⁶⁰ Ibídem, párrafos 52-55.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA. La gestación subrogada, también denominada gestación por sustitución o maternidad subrogada, constituye un supuesto especial dentro del ámbito de la reproducción humana asistida, mediante el cual una mujer asume el compromiso de gestar y dar a luz a un hijo con la finalidad de entregarlo, tras el nacimiento, a una persona o pareja que serán los padres comitentes. Esta práctica encuentra su origen inmediato en los avances científicos desarrollados a lo largo del siglo XX que permitieron el desarrollo de técnicas de reproducción asistida dirigidas a paliar el aumento de casos de infertilidad en países desarrollados. Asimismo, su posterior expansión se ha visto favorecida por la demanda de nuevos modelos familiares, especialmente por parte de parejas homosexuales y personas solteras, que han impulsado un desplazamiento desde esquemas tradicionales hacia configuraciones familiares más diversas e inclusivas.

SEGUNDA. Su desarrollo ha generado una amplia controversia que trasciende lo estrictamente jurídico, afectando también a las esferas ética, biológica, social y religiosa. Entre las cuestiones más debatidas se encuentran el respeto a la dignidad de la mujer gestante, la protección del interés superior del menor, o el principio de derecho *mater semper certa est*, que desde el derecho Romano vincula la maternidad con el parto.

La existencia de posturas doctrinales marcadamente opuestas pone de manifiesto la necesidad articular un debate que permita analizar con profundidad las implicaciones que esta práctica conlleva cuestionándonos si el derecho a la paternidad está por encima de los derechos fundamentales de las personas.

TERCERA. En el ordenamiento jurídico español, la única referencia legislativa respecto a la gestación subrogada se encuentra en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. El origen de esta surge en la Comisión Palacios en la que se elaboró un informe que recogió una serie de recomendaciones asumidas por la primera ley de Técnicas de Reproducción Asistida del año 88.

En referencia a la actual ley, el artículo 10 establece cuatro principios fundamentales destacando la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, con independencia de que exista o no contraprestación económica; la imposibilidad de renuncia a la filiación materna por tratarse de una materia de *ius cogens*; la determinación de la

filiación materna conforme al criterio del parto; y la posibilidad de que el varón cuyo material genético ha sido utilizado pueda reclamar la paternidad biológica.

Si bien existe un consenso mayoritario en la doctrina sobre la nulidad de este tipo de contratos, algunos autores han matizado que dicha nulidad no equivale a una prohibición expresa de su realización, defendiendo que el artículo 10.1 constituye una norma constitutiva y no prohibitiva, al no ir acompañada de una sanción directa.

CUARTA. En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado diversas controversias relacionadas con la gestación por sustitución, entre ellas los conocidos casos Mennesson y Labassee c. Francia o Paradiso y Campanelli c. Italia. En dichas resoluciones, el TEDH ha afirmado que el interés superior del menor debe prevalecer incluso frente a las legislaciones nacionales más restrictivas, al entender que la negativa a la inscripción de la filiación puede vulnerar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que protege el derecho a la vida privada y familiar. Aunque el razonamiento jurídico ha sido similar, el tribunal ha resuelto de forma distinta en función de las particularidades de cada caso. Asimismo, el dictamen emitido en 2019 por el TEDH ha contribuido a esclarecer la posición jurídica de la madre comitente, reconociendo que, en determinadas circunstancias, el derecho al reconocimiento del vínculo filial puede ser compatible con el respeto al orden público de los Estados miembros.

QUINTA. En el contexto nacional, el Tribunal Supremo ha mantenido de forma constante la nulidad de los contratos de gestación subrogada al considerar que vulneran el orden público español, entendido como un conjunto de principios fundamentales entre los que se incluye la dignidad de la mujer gestante, así como su integridad física y moral. Sin embargo, el Supremo también ha reconocido la necesidad de preservar el interés superior del menor, como principio rector del Derecho de familia, lo que ha justificado la propuesta de soluciones jurídicas que permitan consolidar los vínculos familiares a través de la acción de reclamación de la filiación biológica del apartado tercero del artículo 10 LTRHA o la adopción.

En el plano registral, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha adoptado una interpretación más restrictiva tras la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, rechazando como título válido para la inscripción registral certificaciones extranjeras, simples declaraciones o incluso sentencias firmes de autoridades judiciales extranjeras, lo que supone un cambio respecto a las anteriores resoluciones de 2010 y 2019

ya analizadas. Por tanto, se admite como único medio para formalizar la inscripción, los cauces habituales previstos en el ordenamiento español que son la acreditación del vínculo biológico o la adopción. A pesar de esta evolución restrictiva, esta revela, en mi opinión, la influencia política que recae sobre este órgano, dada su dependencia del Ministerio de Justicia. Es por ello por lo que a la hora de valorar el alcance de sus resoluciones -carentes de fuerza normativa-, debemos tener en cuenta que esta materia está profundamente politizada siendo objeto de cambio en función del gobierno vigente.

SEXTA. En último lugar, analizando el contexto actual caracterizado por el incremento de ciudadanos españoles que recurren a la gestación subrogada en el extranjero, se pone de manifiesto la necesidad urgente de abrir un debate legislativo serio, riguroso y desideologizado. La realidad social ha superado ampliamente el marco jurídico vigente, y la ausencia de una regulación clara genera inseguridad jurídica, desigualdad en el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos mediante esta técnica y disparidad de trato entre familias en función del lugar de nacimiento o del procedimiento utilizado en la procreación. Por ello, considero necesaria una regulación que se decante bien por aceptar la gestación subrogada, sin mercantilizar la maternidad ni vulnerar la dignidad de la mujer, permitiendo el acceso a este fenómeno de forma altruista y bajo estrictas condiciones jurídicas, médicas y éticas, o bien seguir manteniendo su prohibición previendo diversas soluciones como la adopción tal y como establece la jurisprudencia analizada. Al fin y al cabo, un modelo normativo razonable podría inspirarse en legislaciones comparadas que permiten la gestación subrogada no lucrativa, garantizando el consentimiento libre e informado de la mujer gestante, la supervisión judicial del proceso y, en todo caso, la protección del interés superior del menor.

En definitiva, se trata de alcanzar un equilibrio entre la autonomía reproductiva y la salvaguarda de los derechos fundamentales de todas las personas implicadas, lo cual supone un desafío complejo, pero de respuesta ineludible por parte del legislador.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y OTROS RECURSOS

LIBROS Y REVISTAS

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español: Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022*, Diario la Ley, núm. 10069, 2022.
- 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/A new ECHR judgement on surrogacy and the French case law*. Revista de Derecho Civil, 2021, vol. 8, nº 2, p. 107.
- ANDREU MARTÍNEZ, B. *Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019*. Actualidad jurídica iberoamericana, 2019, vol. 10.
- ATIENZA RODRIGUEZ, M., *Gestación por sustitución y prejuicios ideológico*, El Notario del siglo XXI, nº 63, 2015.
- BARRANCO DOS SANTOS, M. 2024. *La Gestación subrogada desde una perspectiva jurídico-constitucional. Un análisis jurisprudencial de los bienes y derechos de valor constitucional afectados* Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época) 31 (dic. 2024), DOI: <https://doi.org/10.24310/rejie.31.2024.18969>.
- BELLVER CAPELLA, Vicente. *¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones: el caso de la maternidad subrogada internacional*, en Scio, N.º 11, 2015, p. 24-27.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de*

los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. Cuadernos de derecho transnacional 1.2, 2009, p. 295.

- CALVO CARAVACA, A.L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Notas críticas En Torno a La Instrucción De La Dirección General De Los Registros Y Del Notariado De 5 octubre 2010 Sobre régimen Registral De La filiación De Los Nacidos Mediante gestación Por sustitución.* Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 3, n.º 1, 1, pp. 250-258.
- CALVO CARAVACA, A.L., *Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos.* Cuadernos de Derecho Transnacional, 2015, pp. 96-101.
- CARRILLO LERMA, C. *Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la STS de España núm. 1626/2024, de 4 de diciembre.* Revista Boliviana de Derecho, 2025, n° 39, pp. 721-724.
- DIAZ FRAILE, J.M., *La Gestación por Sustitución ante el Registro Civil Español, Evolución de la Doctrina de la DGRN y de la Jurisprudencia Española y Europea,* Revista de Derecho Civil, vol.6, n.º 1, 2019.
- DUPLÁ MARÍN, M.T. *El principio mater semper certa est; a debate?: la nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias.* Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo, 2021, pp. 290-291.
- DURÁN AYAGO, A. *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014): Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España.*, 2014, pp. 277-279.
- DURÁN AYAGO, A., *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución.* 2014, pp. 280-281.

- FARNÓS AMORÓS, E. *Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos*. Revista de Derecho de Familia, núm. 49, mayo de 2011, p. 176
- FARNÓS AMORÓS, Esther. *La gestación por sustitución de nexo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual*. Anuario de Derecho Civil (Tomo LXXV, fascículo III, julio-septiembre 2022), 2022.
- FARNÓS-AMORÓS, E. *Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho (I)*. Revista de Bioética y Derecho, 2017, nº 40..
- GARIBO PEYRÓ, A-P. *El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada*. Cuadernos de bioética, 2017, vol. 28, nº 2, p. 247.
- GODOY VÁZQUEZ, O. *La dignidad humana como límite a la gestación subrogada: proyección necesaria para proteger a la mujer en situación de vulnerabilidad*. 2023, pp. 222-225.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 136.
- GONZÁLEZ, Isabel E., *La gestación subrogada: una mirada multidisciplinar*. Madrid: Sepín, 2023.
- HEREDIA CERVANTES, I. *La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados*. Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 2015, pp. 375-376.

- HERNÁNDEZ LLINÁS, L. *Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas*. Revista de derecho político, 2020, no 107, p. 189.

- HIDALGO GARCÍA, Santiago. *Transexualidad: sexo, género e identidad jurídica: LGTBIQ+ y la «Ley trans» de 2023*. 1^a ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2023, pp. 67-70.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. *Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución*. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736). *Revista boliviana de Derecho*, 2014, n° 18, pp. 414-415.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. 4, Derecho de Familia. 2. 3a ed. Barcelona: Bosch, 1989. p. 164.

- LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución : ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.

- LASARTE ÁLVAREZ, C. *La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria*, La Ley, núm. 7777, 17 de enero de 2012.

- LEONSEGUI GUILLOT, R. A. *La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*, BFD, núm. 7, 1994, p. 334.

- LIEBEL, M., *Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades*, Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, 49, 2015, p. 46.

- LLEDÓ YAGÜE, E.: *Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana*, La Ley, 1985, 2, p. 1015.

- LUCAS ESTEVE, Adolfo. *La gestación por sustitución*. 1a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MARÍN-CASTÁN, María Luisa. *La dignidad de la mujer como argumento jurídico relevante en la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022, de 31 de marzo de 2022, sobre filiación en la gestación subrogada*. Revista de Bioética y Derecho, 2023, nº 57, p. 310.
- MARTÍN OSTOS, J., *En torno al interés superior del menor*, Anuario de justicia de menores, 12, 2012, p. 47.
- NUÑEZ CALONGE, R. *Aspectos éticos de la gestación subrogada*. y LLEDÓ-YAGÜE. F (dir.), *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración*, 2019, pp. 5-7.
- PARDO MIRANDA, M. *La adopción Ilegal Y La gestación Subrogada Como Finalidades Del Delito De Trata De Seres Humanos*. *Anales De Derecho*, vol. 40, febrero de 2023, p. 73.
- PÉREZ MONGE, M. *Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad*. Revista de Derecho Privado, vol. 94, 2010, pp. 59 y 64.
- PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RGRN DE 18 de febrero de 2009*. InDret, julio de 2009, pp. 21-22.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. *¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español*. Anuario de Derecho Civil, 1997, pp. 15-17.

- ROBERT P. GEORGE & JEAN BETHKE ELSHTAIN, *The meaning of marriage: family, state, market, & morals*. New York, 2006. pp, 102-113.
- SOUTO GALVÁN B. *Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho*. FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, num 1/2005.
- 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, núm. 7815, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2012, año XXXIII, p. 1.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo.*, Granada: Comares, 2012.

SENTENCIAS

- Sentencia núm. 193/2010, Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.
- Sentencia N° 826/2011, Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10, de 23 de Noviembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), 835/2013 de 6 de febrero de 2014 (Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247).
- Caso Labassée contra Francia, Sentencia de 26 de junio de 2014, (nº. 65941/2011 Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014).

- Caso Mennesson contra Francia, Sentencia de 26 de junio de 2014 (nº. 65192/2011) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014).
- Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, Sentencia de 27 de enero de 2015 (nº. 25358/2012 Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2015).
- Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, Sentencia de 24 de enero de 2017 (nº. 25358/2012 Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2017).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), 277/2022 de 31 de marzo de 2022 (Roj: STS 1153/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1153).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), 1141/2024 de 17 de septiembre de 2024 (Roj: STS 4370/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4370).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), 1626/2024 de 4 de diciembre de 2024 (Roj: STS 5879/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5879).

LEGISLACIÓN

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial del Estado, núm. 126, de 27 de mayo de 2006.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 175, de 22/07/2011.
- Ley 35/1988, de 22 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial del Estado, núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

- Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957, BOE núm. 151, de 10/06/1957 (actualmente derogada pero vigente en el momento en el que se denegó la inscripción).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Proposición de Ley 122/000117 reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG, n.º 145-1, XII Legislatura, de 8 de septiembre de 2017).
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, de 11/12/1958.

RESOLUCIONES DE LA DGRN

- Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución RJ 2009/1735 de 18 de febrero de 2009 (disponible en <https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009-2009-04-08/> -).
- 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. BOE, núm. 243, de 7 de octubre 2010.

- Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2019.
- Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución. BOE, núm. 105, de 1 de mayo de 2025.

OTRAS FUENTES DOCUMENTALES

- Dictamen en relación con el reconocimiento en el derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente de 10 de abril de 2019.
- Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro.
- Informe Warnock (1984) sobre fertilización humana y embriología.
- https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAA3IMQqAMAwF0Nt0jkIFh0zVxVndY_ORQmkhVvH4-saXVHnZiDryvh8Hcg_sSrXwnk6UBpflQA5VseJt_B8sxdmsmosZYpM0BMkoKsar3fgAKrI7N1IAAAA=WKE - divCommentsDocument (Consulta 2/6/2025)
- <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia-justicia-relaciones-cortes/Paginas/2025/300425-instruccion-vientres-de-alquiler.aspx> (Consulta 10/5/2025)

- <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-autoriza-a-los-padres-de-un-nino-nacido-por-gestacion-subrogada-modificar-en-el-Registro-Civil-el-lugar-de-nacimiento-por-el-del-domicilio-familiar> (Consulta 2/6/2025).