

FILIACIÓN DERIVADA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Legal parentage and surrogacy arrangements

M.ª CARMEN PLANA ARNALDOS

Universidad de Murcia

mcarmenp@um.es

Cómo citar/Citation

Plana Arnaldos, M.ª C. (2025).

Filiación derivada de la gestación por sustitución.

Derecho Privado y Constitución, 47, 63-99.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.47.02>

(Recepción: 7/7/2025; aceptación tras revisión: 30/9/25; publicación: 18/12/2025)

Resumen

La gestación por sustitución suscita un debate ético y jurídico que tiene que ver con los derechos fundamentales de las madres gestantes y los nacidos fruto de estos procedimientos. A pesar de la declaración de nulidad del contrato, los tribunales españoles han determinado la filiación de los menores nacidos en países en que está permitido este procedimiento con los padres de intención españoles, ya sea filiación biológica, ya sea por adopción, con base en el principio fundamental de interés superior del menor. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la reciente sentencia del Tribunal Constitucional han seguido la línea marcada por las instancias internacionales, en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La instrucción de la DGSJFP de 2025 ha modificado sustancialmente la situación.

Palabras clave

Gestación por sustitución; derechos fundamentales; filiación; orden público; interés superior del menor.

Abstract

Surrogacy raises ethical and legal debates concerning the fundamental rights of surrogate mothers and children born as a result of these procedures. Despite the declaration of nullity of the contract, Spanish courts have determined the filiation of children born in countries where this procedure is permitted with their Spanish intended parents, whether biological filiation or adoption, based on the fundamental principle of the best interests of the child. Both the case law of the Supreme Court and the recent ruling of the Constitutional Court have followed the line set by international bodies, in particular the European Court of Human Rights. The 2025 DGSJFP instruction has substantially changed the situation.

Keywords

Surrogacy arrangements; fundamental rights; legal parentage; public order; best interests of the child.

SUMARIO

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: 1. La gestación por sustitución, un debate abierto. 2. Situación legislativa en España. 3. El contrato de gestación subrogada. II. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN: 1. Doctrina del TEDH: 1.1. Determinación de la filiación cuando existe un vínculo biológico con el padre de intención. 1.2. Determinación de la filiación con la madre de intención. 1.3. Padres de intención sin relación biológica con el menor. 2. La doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado y Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública: relato de un desencuentro y panorama actual: 2.1. Las instrucciones de la DGRN de 2010 y 2019 y la doctrina del Tribunal Supremo. 2.2. La 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. III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 27 DE FEBRERO DE 2024: 1. Circunstancias del caso. 2. La doctrina de la sentencia y su coordinación con la del Tribunal Supremo y la legislación ordinaria.

BIBLIOGRAFÍA

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, UN DEBATE ABIERTO

Recientes decisiones legislativas y judiciales han traído de nuevo a la primera plana de la actualidad la denominada gestación por sustitución o gestación subrogada¹. De forma recurrente podemos encontrar casos que han suscitado interés mediático, ya sea por la identidad de los implicados, o por las características del supuesto (parejas del mismo sexo, madres de intención en solitario, u otras situaciones que se alejan de la «familia convencional»). En esta ocasión, la novedad que atrae la atención sobre esta realidad viene del campo jurídico. De un lado, el Tribunal Constitucional ha dictado la primera sentencia sobre gestación por sustitución, concediendo el amparo a una madre de intención a la que se le había denegado la adopción de un menor nacido mediante este procedimiento. En esencia, el alto tribunal,

¹ «Gestación por sustitución» es el término legal en España para este procedimiento, tal como recoge el art. 10 LTRHA. Esta denominación también la utilizan tanto la DGSJFP como el TC.

como también ha hecho el Tribunal Supremo, ha seguido la línea marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Junto con ello, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha dictado la Instrucción de 28 de abril de 2025 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, que supone una modificación sustancial de la situación existente hasta el momento.

La gestación subrogada plantea una situación compleja y paradójica en los Estados en los que no está permitida, como es el caso de España. El respeto al voto, entendido como principio de orden público interno, según considera la jurisprudencia², se ha de compaginar con la defensa de los derechos fundamentales del menor fruto de tal proceso; sin olvidar la posible vulneración de los derechos de las madres gestantes. El debate ético y social planteado trasciende fronteras y tiene reflejo tanto en las opciones legislativas como en las decisiones jurisprudenciales.

La comprensión de los problemas que se plantean no puede obviar que los contratos de maternidad subrogada presentan un elemento transfronterizo³. La nulidad de estos convenios en numerosos ordenamientos jurídicos no ha impedido que ciudadanos de estos países acudan a esta práctica a través de agencias intermediarias. Estos ciudadanos de países en los que no es legal viajan a otros Estados con legislaciones permisivas para contratar la gestación por sustitución y volver a su país de origen con un menor, en relación con el cual figuran como padres conforme a la legislación del país de nacimiento. Normalmente, los padres de intención regresan a su país con el menor, con una certificación oficial registral o una sentencia del país de nacimiento, en la que consta que el menor, nacido por gestación subrogada, es «hijo» de las personas que contrataron la gestación, y no de la madre que da a luz.

Son precisamente estos supuestos de determinación de la filiación de menores nacidos por gestación subrogada en países en los que está permitido, con respecto a padres de intención españoles, los que se han planteado ante los tribunales de nuestro país. Ante la realidad ineludible de la existencia de un menor cuyo interés superior se ha de proteger, la cuestión de la determinación de la filiación se convierte en lo esencial; con todo, ello no puede hacer que perdamos de vista otros intereses y derechos en juego que también se han de proteger.

² Por todas, SSTS (Pleno) de 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833), de 31 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1190) y de 4 de diciembre de 2024 (JUR 2024/451378).

³ El derecho internacional privado ha fijado su atención en el problema y, fruto de ello, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya ha venido estudiando desde 2011 las cuestiones de derecho internacional privado relativas a la filiación legal de los niños en los contratos internacionales de gestación por sustitución. Véase: <https://is.gd/wlxF2r>.

2. SITUACIÓN LEGISLATIVA EN ESPAÑA

Nuestro ordenamiento jurídico no ampara la gestación por sustitución. El art. 10 de la LO 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé la nulidad de pleno derecho del 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 tercero⁴. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (art. 10.2); quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (art. 10.3). En consecuencia, un contrato de gestación por sustitución celebrado en España sería nulo y se determinaría la filiación materna por el parto, y, en su caso, la filiación paterna biológica.

En coherencia con este régimen, la Ley 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2020, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, incluye la gestación por sustitución entre las formas de violencia contra las mujeres. En el preámbulo de esta norma se declara el «compromiso de respuesta frente a vulneraciones graves de los derechos reproductivos que constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres, como la gestación por subrogación». En el capítulo III (formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva), el art. 32 reitera la nulidad del contrato y establece que «se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas». Por ello, conforme al art. 33: «En

⁴ Doctrina y jurisprudencia ofrecen diversas definiciones. Así, para Lamm (2013: 24) es una «forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente». La SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (AC\2011\1561) entiende que «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 una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos». Aunque podemos buscar ciertos antecedentes históricos (*vid.* Lamm, 2013: 19) y también la referencia en el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A/HRC/37/60) (2018: 6, 16), disponible en: <https://is.gd/UWm1B6.>, la configuración y el auge actual de esta práctica están ligados al desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida.

coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al artículo 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese».

Complementando la norma anterior, la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre) considera ilícita la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución (art. 3.a, párrafo tercero, incluido por la disposición final 1.1 de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero), y el art. 6.2 atribuye legitimación en el ejercicio de las acciones contra la publicidad que promueva las prácticas comerciales de gestación por sustitución a entidades y organizaciones de defensa de la mujer y al Ministerio Fiscal.

En suma, se hace una llamada a las Administraciones públicas para divulgar la ilegalidad de la gestación por sustitución, y se prohíbe la publicidad de las agencias de mediación que ofertan esta práctica y actúan como mediadores; todo ello con base en la consideración de que constituye una manifestación de violencia contra las mujeres, atenta contra su dignidad, y vulnera los derechos y valores reconocidos en la Constitución⁵.

Estas normas ponen el foco en las agencias de intermediación, cuya función básica es poner en contacto a los padres de intención con la gestante. La intervención de estas agencias es esencial para el desarrollo de lo que se ha convertido en un gran negocio, en el que los grandes beneficiados son precisamente estos intermediarios.

Las cifras sobre el inmenso negocio que se ha creado en torno a la gestación subrogada son difíciles de obtener, pero nos puede dar una idea la referencia que se hace en la «llamada a contribuciones» para el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas sobre la gestación subrogada y la violencia contra las mujeres y las niñas⁶, donde se señala: «En los últimos años, la demanda global de gestación subrogada ha aumentado significativamente, convirtiéndola en un negocio multimillonario, con un valor de mercado estimado en más de 14 mil millones de dólares en 2022 y proyectado a alcanzar los 129 mil millones de dólares en

⁵ Aunque de forma puntual y bastante tímida, parece que el Ministerio de Igualdad inicia la senda marcada por la ley; recientemente, el Instituto de la Mujer, con base en un informe de la Abogacía del Estado, ha denunciado a varias agencias por publicitar «servicios de vientres de alquiler» (véase <https://www.inmujeres.gob.es/actualidad/noticias/2025/DemandaGestacionporSustitucion.htm>).

⁶ Se presentará ante la Asamblea General en octubre de 2025.

2032»⁷. Y, como afirmaba el Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños de 15 de enero de 2018, los intermediarios suelen ser quienes perciben los mayores beneficios y crean mercados y redes nacionales y transnacionales de gestación por sustitución a gran escala⁸.

A pesar de ello, lo cierto es que se sigue ofertando y publicitando. Una simple búsqueda en internet nos devuelve multitud de resultados en los que podemos ver ofertas de servicios de gestación por sustitución que, con una apariencia idílica de «futuros padres y madres» con preciosos bebés y niños, intentan fomentar la demanda con planteamientos que se podría considerar que banalizan la gestación: «¿Qué escoger, ser madre o mantenerse en forma?». O apelan a «no perder el ritmo laboral»⁹. Las ofertas incluyen diferentes modalidades y «extras» (intentos limitados o ilimitados, tiempo de espera para el nacimiento, elección de sexo, diagnóstico genético preimplantacional...) y diferentes precios ofertados en «paquetes»¹⁰. Si la publicidad, prohibida por ley, llama la atención, el contenido de esta resulta cuanto menos perturbador, al incluir «servicios vip», como la «garantía de nacimiento de un bebe sano» o «100 % de garantía de volver a casa con un niño», además del «reembolso total en caso de resultado negativo»¹¹.

El Tribunal Supremo ha señalado expresamente que si hay algo que favorece estos contratos es la «lógica perversa de un mercado» donde, por un lado, estas agencias de intermediación actúan sin ninguna traba, haciendo publicidad de su actividad contraria a la dignidad de las personas y de los derechos reconocidos en la Constitución, en contra del art. 3 de la Ley General de Publicidad y sin que las Administraciones competentes adopten iniciativa alguna¹².

La condena de la gestación por sustitución no se extiende en nuestro ordenamiento al ámbito penal, no existe un tipo específico (para ninguno de

⁷ Véase: <https://is.gd/Krx08K>.

⁸ Véase: <https://is.gd/UWm1B6>.

⁹ Véase el informe del Observatorio de la Imagen de las Mujeres *Ánalisis de la Publicidad de la Gestación por Sustitución*, de 2023, en el que se hace un análisis de esta publicidad, que se lleva a cabo en internet y ferias. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/observatorios/observImg/informes/docs/AnalisisPublicidadGestacionPorSustitucion2023.pdf>.

¹⁰ Entre otras muchas: <https://biotexcom.net/servicios/#maternidad-subrogada>, <https://gestlifesurrogacy.us/>, <https://interfertility.es/>, <https://maternidad-subrogada-centro.es/> y un largo etcétera, muchas de ellas con dominio español (.es).

¹¹ Por ejemplo, <https://maternidad-subrogada.es/vip>.

¹² STS de 31 de marzo de 2022, FJ 4, apdo. 6

los sujetos que interviene, intermediarios, padres intencionales o gestante). Con todo, en los delitos relativos a la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, el art. 221 del Código Penal castiga las conductas de aquellos que, «mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación». Lo que también se aplica a la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero (art. 221.2).

Lo cierto es que no existen condenas directamente derivadas de gestación subrogada. Sin embargo, la STS de 31 marzo de 2022 ha señalado que «conductas vinculadas con este tipo de contratos, en las que, mediante compensación económica se entregue a otra persona un hijo o cualquier menor, pueden ser encuadradas en el art. 221.1 del Código Penal cuando se hayan eludido los procedimientos legales aplicables a la guarda, acogimiento o adopción». En realidad, esta consideración no pasa de ser una «llamada de atención» sobre la ilegalidad de esta práctica y la posibilidad de que derive en un delito¹³.

El motivo principal que impide la condena penal es que estos procedimientos se realizan fuera de España, en países en los que esta práctica está permitida y regulada. De este modo, el principio de territorialidad de las normas penales impide, en principio, la persecución de estas conductas en España¹⁴.

Podemos encontrar en el entorno jurídico europeo un ejemplo de condena penal. La reciente reforma en Italia de la Ley 40/2004, sobre procreación médica asistida, incluye como delito la subrogación de la maternidad realizada en el extranjero por ciudadanos italianos. El art. 12.6 de la ley citada ya establecía dos supuestos delictivos, a los que asigna la misma pena: la realización, organización o publicidad del comercio de gametos o embriones, y

¹³ En sentido similar, Castellanos (2024: 131).

¹⁴ El principio de territorialidad tiene una excepción en relación con los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia de las mujeres y la violencia doméstica y el delito de trata de seres humanos (véase en <https://is.gd/8KvRDn>.), por lo que podría plantearse la tipificación de estas conductas realizadas en el extranjero con base en su consideración como una forma de violencia contra la mujer —véase art. 23.4, apartados l) y m), LOPJ—. Pero lo cierto es que en el Convenio no se hace referencia directamente a este supuesto y, de otro lado, perseguir como delito universal esas conductas presupone que, en todo caso, son situaciones de violencia contra la mujer, lo que no está tan claro, por ejemplo, en casos en los que se recurre a la gestación altruista en un país en que está permitido y se cumplen los requisitos exigidos.

la realización, organización o publicidad de la maternidad subrogada¹⁵. La reforma legal añade un último inciso al precepto, precisando, en relación con la maternidad subrogada, que, si los hechos se cometan en el extranjero, los ciudadanos italianos serán castigados con arreglo a la legislación italiana; es decir, los actos serán punibles, aunque se realice en un Estado en que sea legal esa práctica. La doctrina ha puesto de manifiesto, entre otras consideraciones, que, desde el punto de vista disuasorio, la penalización de estas conductas puede tener un evidente efecto, pero también podría tener el efecto de disuadir a los «padres de intención» de establecer la filiación con el menor, al menos con respecto al progenitor no biológico, lo que, a la postre, perjudicaría el interés superior del menor, constitucionalmente protegido¹⁶.

Nuestra legislación, como se ha señalado, no va tan lejos. Probablemente se considera razonable excluir a los padres de intención de las reglas punitivas por la comprensión social que existe hacia su situación y su legítimo deseo de ser padres; y, en el fondo, por la protección del interés del menor¹⁷. Cuestión diferente sería plantear el reproche penal a los intermediarios que incumplan las normas prohibitivas de la publicidad o fomenten la realización de una práctica ilegal.

El debate jurídico ha llegado también a la jurisdicción social. La Sala de lo Social del TS sentó su doctrina en la Sentencia (Pleno) de 25 de octubre de 2016¹⁸, reconociendo el derecho a la prestación por maternidad, adopción o acogimiento prevista por el art. 48 del Estatuto de los Trabajadores, y preceptos que lo desarrollan, al padre de dos niñas nacidas de un proceso de gestación por sustitución¹⁹. Doctrina que mantiene tanto si el progenitor es biológico como si no. La base principal que sustenta esta decisión es el interés superior del menor, puntualizando el Tribunal que no le corresponde pronunciarse sobre la determinación de la filiación ni sobre la posibilidad de la inscripción, que ya se había producido. Esta jurisprudencia reconoce el derecho de los trabajadores que han tenido hijos (la filiación está determinada

¹⁵ Para el médico se prevé la pena accesoria de suspensión del ejercicio de la profesión por un tiempo de entre uno y tres años (art. 12.9). Y para la empresa o intermediario (*struttura*) a través de la que se realiza el procedimiento se prevé una pena de suspensión de la autorización para realizar técnicas de reproducción asistida (art. 12.10).

¹⁶ Sobre esta reforma legal, véase Di Lella (2024: 450-465).

¹⁷ Como señala Quicios Molina (2019: 5), esta tolerancia ineludiblemente conlleva la expansión de la gestación por sustitución y la demanda de regulación permisiva en los países donde no se admite, para que pueda conseguirse en casa, con todas las garantías del ordenamiento interno, lo que algunos privilegiados pueden conseguir fuera.

¹⁸ RJ 2016 6167.

¹⁹ Esta doctrina se reitera en las SSTS, Sala 4.^a, de 16 de noviembre de 2016, de 30 de noviembre de 2016 y de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2016, 6152, 6514, y 2017, 6015).

y consta la inscripción en el RC). A juicio del Tribunal, la nulidad del contrato no suprime la necesidad de la prestación, que se encuentra en el cuidado y asistencia de los hijos durante el período posterior al nacimiento por parte de cualquiera de los padres por naturaleza, adopción o acogimiento²⁰.

3. EL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA

El desarrollo de la gestación por sustitución se basa en un contrato entre los padres de intención y la gestante. Este contrato plantea cuestiones jurídicas que tienen que ver tanto con su contenido como con la determinación de la filiación del nacido.

Desde el punto de vista de su contenido, estos contratos presentan cláusulas que afectan claramente a la dignidad e intimidad de la gestante. Es difícil conocer el contenido de estos convenios, ya que, al no estar permitidos en nuestro ordenamiento, el acceso a ellos no es fácil. Lo que sabemos se basa en las sentencias que reflejan las cláusulas contractuales, o parte de estas, de contratos transfronterizos que despliegan su eficacia en países en que esta práctica está permitida, y también a través de la oferta publicitaria, y de los informes internacionales sobre esta materia²¹.

Así, las obligaciones que derivan de estos contratos, en los países en los que se permite, son, para la gestante, consentir en ser fecundada a través de las técnicas de reproducción asistida, seguir las instrucciones médicas durante el embarazo, gestar el feto hasta su nacimiento, entregar el recién nacido a los padres comitentes, renunciar a los derechos de filiación a favor de estos últimos y cooperar en los procedimientos judiciales dirigidos a garantizar que ella y su cónyuge (en su caso) han renunciado a la patria potestad.

En el caso de los comitentes, se obligan a asumir la paternidad o maternidad de los nacidos, así como a pagar el precio, en su caso, además de hacerse cargo de los gastos médicos del embarazo y el parto. Junto con ello, asumen, como obligación derivada del contrato conexo de intermediación, la obligación de pagar a la agencia.

Llaman poderosamente la atención las obligaciones que asumen las gestantes. Entre otras, según se deriva de la STS de 31 marzo 2022²², someterse a tantas transferencias embrionarias como sean precisas, renunciar a la confi-

²⁰ Sobre esta jurisprudencia, véase Quicíos Molina (2019: 25-30).

²¹ *Vid.*, sobre el contrato de gestación por sustitución y sus efectos, Sánchez Jordán (2020: 1-31) y Múrtula Lafuente (2022b: 134-190).

²² Por el contrario, en la STS de 4 de diciembre de 2024 se señala que no se ha aportado el contrato, a pesar de estar anexo a la resolución judicial extranjera cuya validez se pretende.

dencialidad médica, no poder abortar excepto para preservar su propia vida, someterse a pruebas de diagnóstico prenatal, amniocentesis, etc., dar a luz por cesárea, salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto natural, e incluso poder ser mantenida con vida con un soporte vital médico para salvar al feto. Otras obligaciones tienen que ver con sus hábitos de vida, como seguir una dieta adecuada, abstenerse de relaciones sexuales, no consumir drogas, alcohol o tabaco, o restringir su libertad de movimiento y residencia, prohibiéndole salir de la ciudad o alejarse del hospital elegido para el nacimiento. Como ha puesto de manifiesto el TS, estas condiciones contractuales constituyen una intromisión en la dignidad y la autonomía personal de la gestante, además de en sus derechos a la intimidad y a la integridad física y moral.

Estos contratos tienen como finalidad la determinación de la filiación del nacido con los padres de intención²³. Así, la renuncia *ab initio* a la filiación (en favor de los padres de intención), presente en todos los contratos (tanto «comerciales» como «altruistas»), es, junto con la gestación, la principal obligación de la madre gestante. Esta renuncia a la maternidad, que no admite revocación, es contraria a los principios y valores protegidos en nuestro ordenamiento jurídico y no puede, sin duda, ser argumentada como título de determinación de la filiación. Precisamente sobre este aspecto, la validez del consentimiento de la gestante que renuncia a la maternidad, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de Portugal²⁴. Enfrentado a la decisión sobre la constitucionalidad de la regulación de la gestación por sustitución altruista (Ley 25/2016, de 22 de agosto, sobre gestación por sustitución), modificando la LPMA, de procreación medicamente asistida (Ley de 26 de julio de 2006), declaró la inconstitucionalidad de parte de la ley²⁵, imponiendo como límites, además de la gratuidad, la revocabilidad del consentimiento de la madre gestante en cualquier fase del procedimiento, ya que afecta a derechos fundamentales como la dignidad (el ser humano no puede ser reducido a mero objeto), tanto de la gestante como del nacido.

Como bien se ha señalado, lo que verdaderamente se somete a la consideración de los tribunales españoles no es el contrato, sino la determinación de la filiación del menor²⁶. Sin embargo, admitiendo que la determinación de

²³ En este sentido, la STS de 2014 considera que no puede disociarse el contrato de gestación por sustitución de la determinación de la filiación (fundamento de derecho tercero, 11).

²⁴ Entre los pocos países de nuestro entorno europeo que permiten la gestación subrogada, aunque solo la altruista, están Portugal, Grecia y el Reino Unido.

²⁵ SSTC portugués 225/2018, de 24 de abril, y 465/2019, de 18 de septiembre.

²⁶ Farnós Amorós (2022: 1289-1290). Según la autora, «el contrato no puede ser el objeto del reconocimiento. Ni ha de ser, por lo mismo, el obstáculo al mismo» (nota 29).

la filiación ha de ser enjuiciada sobre la base del interés superior del menor, se ha puesto de relieve certeramente que los verdaderamente irresolubles son los reparos que podríamos llamar contractuales: por su objeto y causa, el contrato de gestación por sustitución no encaja en los esquemas que conocemos, pues se instrumentaliza y patrimonializa (sea oneroso o gratuito el contrato) un atributo personalísimo de la mujer, como es su capacidad de gestación de la vida humana. En virtud del contrato, la gestante es instrumentalizada y puesta al servicio del deseo de tener hijos de los beneficiarios²⁷. La STS de 4 de diciembre de 2024 es muy clara, al afirmar: «[...] lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté “validado” por una sentencia extranjera, puede determinar una relación paternofilial [...].».

Se ha mantenido por alguna doctrina que el contrato de gestación por sustitución no vulneraría la dignidad de la mujer si el consentimiento emitido fuera totalmente libre²⁸, de manera que, en la línea de lo establecido por el TC portugués, se podría plantear una regulación de la gestación por sustitución altruista con libre desistimiento de la madre gestante; sin embargo, la nulidad del contrato deriva no solo del consentimiento, sino de la propia finalidad perseguida, que es la gestación por una mujer, renuncia a la filiación del nacido y entrega a los padres de intención. Por otro lado, como se ha señalado en la doctrina, la regulación de la gestación por sustitución altruista no es una panacea, ya que aquellos padres de intención que no cumplan los requisitos o no consigan acudir a este modelo seguirán viajando a países donde se permite la gestación por sustitución comercial²⁹.

En suma, la nulidad del contrato deriva no solo del art. 10 de la TRHA, sino de la ilicitud de la causa.

La nulidad conlleva que se deshagan los desplazamientos eventualmente realizados, imponiendo el art. 1.303 del Código Civil a las partes la restitución recíproca de las prestaciones efectuadas, sin que sea posible la confirmación o convalidación del negocio. Los comitentes se verían *privados* del recién nacido, mientras que la mujer gestante quedaría obligada a restituir el precio o compensación económica que hubiera recibido, así como a quedarse con el menor, a pesar de haber renunciado a su filiación, y con independencia de cuál fuera su

²⁷ Quicios Molina (2019: 7-9).

²⁸ Vela, 2024: 3.

²⁹ Quicios Molina pone el ejemplo del Reino Unido, donde esto ocurre (2019: 10).

situación. Nos encontramos así en una situación de difícil solución: ante un contrato que es nulo y, por tanto, no susceptible de sanación por ninguna vía, que ha producido no obstante una *consecuencia material*, el nacimiento de un niño, que no puede ser eliminada, y que, además, implica la necesidad de tener en cuenta el interés del menor³⁰.

Puede suscitar dudas si la nulidad se predica solo del contrato entre la gestante y los padres de intención, o alcanza al contrato entre los comitentes y la agencia intermediaria. Algunas decisiones de las AP de Barcelona y Zaragoza han estimado las demandas de incumplimiento e indemnización de los padres intencionales frente a las agencias intermediarias, por no conseguir el resultado perseguido, sobre la base de considerar la existencia de un contrato de obra y no de servicios, al no limitarse la obligación asumida por la agencia intermediaria a la prestación de un servicio de asesoramiento, sino que se extiende a la obtención de un resultado concreto, consistente en el nacimiento de un niño o niña (para ello se fijan especialmente en la cláusula contractual de «garantía de éxito»)³¹. Esta jurisprudencia no declara la nulidad del contrato y obvia las consecuencias de esta³². Estas resoluciones se refieren al contrato con la agencia, pero parece más que razonable considerar que la unidad causal de estos contratos los convierte también en nulos por causa ilícita, lo que no se ve reflejado en estas decisiones. Si tenemos en cuenta que el «negocio» está fundamentalmente en estos intermediarios, desvincular los contratos, y no apreciar la nulidad del contrato con la agencia, supone dar carta de naturaleza a un elemento esencial de este procedimiento, cuya causa única vulnera nuestro ordenamiento y sus principios. El procedimiento de gestación subrogada es nulo de por sí, y los diferentes contratos que integran tal procedimiento, vinculados necesariamente entre sí por su finalidad, son nulos por causa ilícita.

Es probable que, como se ha puesto de relieve³³, se pretendan evitar las consecuencias restitutorias de la nulidad *ex art. 1306 CC* (nulidad por causa torpe), en virtud de lo cual las agencias podrían negarse a restituir lo recibido³⁴. Sin embargo, la SAP de Barcelona de 8 de septiembre de 2022

³⁰ Sánchez Jordán, 2020: 135.

³¹ SAP de Barcelona de 15 de enero de 2019 (JUR 2019, 255479), SAP de Barcelona de 8 de julio de 2019 (JUR 2019, 269284), SAP de Barcelona de 28 de noviembre de 2019 (JUR 2019, 335488), y SAP de Zaragoza de 15 de febrero de 2019 (JUR 2019, 185867).

³² *Vid.* el análisis de esta jurisprudencia y de los contratos de gestación por sustitución y sus consecuencias jurídicas en Sánchez Jordán (2020: 1-31).

³³ Vaquero Pinto, 2024: 8.

³⁴ La SAP de La Rioja de 29 de julio de 2022 (JUR 319156) niega el reembolso exigido por la comitente a su exmarido de lo pagado a la agencia de intermediación, entendiendo para ello que hay un contrato con eficacia vinculante.

(JUR 2022, 328502) declara la nulidad del contrato (con la agencia) y aplica el art. 1306.2.º CC, al entender que concurría culpa de una sola de las partes (la agencia de intermediación), solución más que razonable y adecuada a nuestro ordenamiento jurídico.

Las controvertidas consecuencias de la nulidad, especialmente en lo que se refiere a que la nulidad impida determinar la filiación con los padres de intención, han de tener en cuenta la realidad de la existencia de un menor cuya filiación se ha de determinar, considerando, como señalan el TEDH y los tribunales españoles, el interés superior del menor. En todo caso, la determinación de la filiación no puede derivar del contrato, porque la autonomía de la voluntad no tiene reconocido este alcance en nuestro ordenamiento jurídico³⁵.

II. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Especialmente relevante y problemática para la determinación de la filiación es la disociación entre gestación y maternidad. Es cierto que la excepción a la regla de que la maternidad se determina por el parto (*mater semper certa est*) la encontramos en la adopción, pero la peculiaridad de la gestación subrogada reside en que esta disociación se produce por un acuerdo previo entre la gestante y los padres de intención³⁶. Es precisamente la base contractual la que produce una grave distorsión, como ya se ha señalado, porque introduce un elemento que en nuestro sistema jurídico es propio del ámbito patrimonial y ajeno al ámbito de la filiación.

La disociación se produce siempre y necesariamente en relación con la mujer que da a luz, pero biológicamente el material genético femenino puede provenir de la madre comitente³⁷. Lo mismo ocurre en relación con el material genético masculino, que puede provenir del padre comitente o de un tercero (donante).

Las autoridades y tribunales españoles se enfrentan a una situación compleja, ya que han de resolver sobre «hechos consumados», situaciones en las que la filiación ha sido determinada en el país de origen y el menor se encuentra en un entorno familiar estable bajo el cuidado de los padres de

³⁵ Quicios Molina, 2019: 11.

³⁶ En este sentido, el informe del Comité de Bioética de España sobre maternidad subrogada: <https://is.gd/TYdPQ6>.

³⁷ Se distingue entre «gestación subrogada tradicional», en la que la gestante aporta sus óvulos, y la «gestacional», en la que la gestante solo aporta la gestación. *Vid.* Castellanos (2024: 128) y Cabezudo Bajo (2017: 87-88).

intención. Así, lo cierto es que los menores nacidos en el extranjero fruto de un proceso de gestación por sustitución han sido reconocidos en nuestro país como hijos de los comitentes, ya sea por reconocimiento de los efectos en España de las sentencias judiciales extranjeras que declaran la filiación, ya sea por la vía de la adopción. Parece claro que de este modo se incumple de manera flagrante el art. 10.1 de la LTRHA. Pero, aún más importante, se incumple la *ratio* que motiva esta norma restrictiva en nuestro ordenamiento, explícita en la LO 1/2023, que, como se ha señalado, califica la gestación por sustitución como una vulneración grave de los derechos reproductivos, lo que constituye una manifestación de la violencia contra las mujeres.

El interés superior del menor se revela como elemento fundamental a tener en cuenta. Así, según considera la Relatora Especial de las Naciones Unidas: «Independientemente de si el Estado en cuestión adopta un enfoque prohibicionista, tolerante, normativo o de libre mercado respecto a los contratos de gestación por sustitución, el interés superior del niño debe constituir siempre la base de la adopción de decisiones»³⁸.

Es precisamente este principio de interés del menor, aplicado al caso concreto, lo único que permite explicar la determinación de la filiación de los padres de intención con el nacido fruto de la gestación por sustitución.

1. DOCTRINA DEL TEDH

El TEDH ha tenido que resolver las reclamaciones de ciudadanos de países europeos que no permiten la gestación por sustitución, ante la negativa de las autoridades de sus países a reconocer la filiación establecida en el país de nacimiento de los menores. En estos casos, tanto las reclamaciones como la decisión se han basado en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que recoge el derecho al respeto de la vida privada y familiar de toda persona.

Las pautas marcadas por el TEDH resultan bastante claras y han influido decisivamente en las resoluciones de los tribunales nacionales de los Estados³⁹.

Esta doctrina obliga a los Estados a considerar el interés superior del menor en caso de gestación por sustitución, incluso si esta práctica es ilegal en su legislación interna. La negativa absoluta al reconocimiento de la filiación

³⁸ Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas de 2019 sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A 74/162).

³⁹ Storow (2018: 67-68) hace un análisis de la influencia de la doctrina del TEDH en la legislación y las decisiones de los tribunales de los países europeos.

entre el menor y los comitentes no es compatible con dicho interés. Sin embargo, el Tribunal no exige que el reconocimiento se realice necesariamente mediante la transcripción del certificado de nacimiento o el reconocimiento de la resolución judicial extranjera, reconociendo el margen de apreciación de cada Estado para elegir el método que entienda que mejor protege al menor.

En los casos en los que no existe vinculación biológica entre el menor y los padres de intención, se considera lícito que exista un control judicial interno por parte de las autoridades nacionales, que atienda a las circunstancias del caso concreto, a la vez que proteja el orden público interno.

Además, a pesar de tener en cuenta la existencia de una vida familiar efectiva y continuada, aclara que no existe un derecho a la maternidad/paternidad, reflejo del libre desarrollo de la personalidad, que sea protegible al amparo del derecho a la vida familiar, ya que tal derecho presupone la previa existencia de una familia⁴⁰.

1.1. Determinación de la filiación cuando existe un vínculo biológico con el padre de intención

Los primeros casos resueltos por el TEDH sobre gestación subrogada, fundamentales para marcar las pautas en la materia, son *Mennesson c. Francia* (as. 65192/11) y *Labassee c. Francia* (as. 65941/11), resueltos en la sentencia de 26 de junio de 2014. Tratan sobre la negativa de Francia a reconocer la filiación legal establecida en EE. UU. (las resoluciones judiciales estadounidenses estaban inscritas en el Registro Civil de aquel país) entre niños nacidos por gestación subrogada y las parejas heterosexuales que recurrieron a este método, prohibido en Francia. En ambos casos, los hombres aportaron su material genético, y los óvulos procedían de donantes.

Los demandantes alegaban que esta negativa vulneraba el art. 8 del CEDH, que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar. El TEDH consideró que la injerencia era «conforme a derecho» y perseguía fines

⁴⁰ El Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas de 2019, antes citado, declara, en el mismo sentido, que el derecho internacional no prevé un «derecho a tener un hijo». El enfoque basado en el «derecho a tener un hijo» se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con derechos humanos». Según Valero Heredia (2019: 430), la libertad de procreación forma parte del libre desarrollo personal, pero no debe confundirse con la existencia de un derecho a la reproducción que incluya como instrumento para hacerlo efectivo la gestación por sustitución, en la medida en que esta implica que la madre gestante se limite a aceptar, mediante el recurso a una relación contractual de carácter mercantil, las condiciones de un contrato de gestación para otros, que es distinto a decidir ejercer, en su ámbito de libertad individual, un derecho a procrear.

legítimos como la «protección de la salud» y la «protección de los derechos y libertades de los demás». Francia justificó su postura en la voluntad de disuadir a sus ciudadanos de recurrir a una práctica prohibida, con el objetivo de proteger a los menores y a las madres gestantes.

Sin embargo, al examinar si se da un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, con especial referencia al principio fundamental según el cual, siempre que estén implicados menores, debe prevalecer su interés superior, el Tribunal subrayó que debía prevalecer el interés superior del menor. Consideró que la negativa absoluta a reconocer cualquier vínculo de filiación, incluso con el padre biológico, afectaba a la identidad de los menores en la sociedad francesa y no respetaba su vida privada. Por tanto, la imposibilidad total de establecer un vínculo legal de filiación vulneraba el derecho de los menores a su identidad personal.

Así pues, la primera conclusión que podemos extraer de esta jurisprudencia es que la negativa absoluta a determinar el vínculo de filiación, cerrando la inscripción en los registros nacionales y negando también otras formas de filiación cuando existe un vínculo biológico con el padre comitente, es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (art. 8 CEDH), que está asociado al derecho a la propia identidad del menor, y este, a su vez, con el establecimiento de un vínculo de filiación. El interés superior es el elemento decisivo para tener en cuenta, pero también tiene en cuenta el elemento biológico.

Con posterioridad, el TEDH ha reiterado esta doctrina en otros casos como *Foulon y Bouvet contra Francia* (sentencia de 21 de octubre de 2016) y *Laborie contra Francia* (sentencia de 19 de enero de 2017), que han sido resueltos de forma similar (art. 8 CEDH).

1.2. Determinación de la filiación con la madre de intención

El primer dictamen del TEDH en materia de gestación por sustitución, de 10 de abril de 2019, fue a raíz de la solicitud de la Cour de Cassation francesa como consecuencia de la sentencia *Mennesson contra Francia*. El Tribunal considera que, reconocida la paternidad del padre biológico (a su vez, padre de intención), el derecho al respeto a la vida privada del menor (art. 8 CEDH) exige que la legislación nacional ofrezca también la posibilidad de reconocer un vínculo de filiación con la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento como «madre legal», aunque no sea su madre biológica.

El Tribunal señala que la falta de reconocimiento del vínculo de filiación entre la persona nacida y la madre de intención puede ser contraria al interés del menor, al tener consecuencias negativas en varios aspectos de la vida privada de este, como no tener acceso a la nacionalidad de la madre, el derecho a heredar o su relación con ella si los padres comitentes se divorcian

o el padre fallece, así como la ausencia de identificación legal de las personas responsables de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar.

Ahora bien, también establece la «libre apreciación» de cada Estado para la elección de los medios por los cuales es posible permitir este reconocimiento. El interés del niño es que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible, cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica, pero no exige la inscripción en el Registro Civil nacional del certificado de nacimiento extranjero, sino que puede realizarse a través de la adopción.

En la sentencia de 16 julio 2020 (caso *D. contra Francia*) el TEDH siguió el mismo criterio, aunque existía vínculo genético entre el menor y la madre comitente. En este caso, los demandantes obtuvieron la transcripción del acta de nacimiento ucraniana en relación con la filiación paterna, pero no con la materna. Al exigir el derecho francés que la madre de intención siguiera el procedimiento de adopción para ver reconocida su filiación, los padres comitentes acudieron al Tribunal europeo. La sentencia entiende que no se vulneran los arts. 8 y 14 (igualdad y no discriminación) al obligar a la madre al proceso de adopción, ya que se garantiza un mecanismo eficaz, ágil y no discriminatorio.

Esta decisión, centrada en los derechos del menor, plantea, sin embargo, la cuestión de la posible discriminación entre el padre biológico y la madre de intención que también ha aportado su material genético. La cuestión, sobre la que no se ha pronunciado el Tribunal, es compleja, porque la realidad de la gestación por sustitución lo es: en estos casos solo hay un padre biológico y, sin embargo, hay dos posibles madres, aquella que ha aportado su material genético y la que ha dado a luz, y hay que proteger los derechos de las dos. Determinar la maternidad por el material genético de la madre supone desconocer la realidad de la existencia de la gestante y, desde un punto de vista jurídico, prescindir de la regla según la cual la maternidad viene determinada por el parto. Otra cosa es que, en interés del menor, se establezca la filiación con respecto a la madre de intención mediante la adopción.

El criterio del TEDH mantiene la regla de la maternidad determinada por el parto, al mismo tiempo que obliga a establecer un mecanismo para determinar la filiación materna con la madre de intención para salvaguardar los derechos del menor.

1.3. Padres de intención sin relación biológica con el menor

El caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* trata sobre la puesta en acogida por los servicios sociales de un menor de nueve meses nacido en Rusia mediante gestación subrogada contratada por una pareja italiana. La documentación presentada para la inscripción del menor había sido falseada, haciendo figurar

al niño como hijo biológico de los padres de intención, cuando no lo era. Estos denunciaron la retirada del niño y la negativa a registrar en Italia el certificado de nacimiento ruso que reconocía la filiación.

En 2015, el TEDH consideró que Italia había vulnerado el art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar). Sin embargo, la Gran Sala revocó esta decisión en 2017, concluyendo que no existía una «vida familiar» protegida por el art. 8, debido a la falta de vínculo biológico y a la corta duración de la convivencia con el menor. Además, consideró legítimo que Italia limitara el reconocimiento de la filiación a casos con base biológica o bien a la adopción legal, con el fin de proteger a los menores y reafirmar la competencia estatal en esta materia.

Cinco jueces discreparon, considerando que sí existía una vida familiar *de facto*, y que el Estado se entrometió ilegítimamente al declarar al menor en situación de abandono solo por la ilegalidad del procedimiento. A pesar de lo discutible de la solución, lo relevante de esta sentencia, como explicó el Tribunal de Justicia, es la consideración de que puede existir una vida familiar *de facto*, protegible por el art. 8 CEDH, atendiendo a los vínculos personales existentes entre los padres intencionales y el niño, el papel asumido por estos y el tiempo transcurrido juntos⁴¹.

Este mismo criterio es el que siguió el TEDH en la sentencia de 18 de mayo de 2021 (caso *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*), que no aprecia vulneración del art. 8 en la denegación de la inscripción en el Registro de la relación paterno-filial establecida en el extranjero entre el menor nacido por gestación subrogada en EE. UU. y la pareja comitente, un matrimonio de dos mujeres, con las que el menor no tenía vínculo biológico. El menor estaba en acogimiento con las dos mujeres y, en virtud de la ley islandesa, tenía la nacionalidad. Las mujeres pidieron la adopción, pero retiraron la solicitud al separarse. El art. 8, señala el Tribunal, no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. En todo caso, los derechos del menor se entendieron protegidos porque siempre estuvo al cuidado de las mujeres, luego, no se ha vulnerado el derecho a la vida familiar.

2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA: RELATO DE UN DESENCUENTRO Y PANORAMA ACTUAL

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, en la única sentencia en que se ha pronunciado sobre un supuesto de gestación por

⁴¹ En este sentido, Múrtula (2022a: 3435).

sustitución, han seguido la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, adaptando las soluciones a las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. *Las instrucciones de la DGRN de 2010 y 2019 y la doctrina del Tribunal Supremo*

Los primeros en conocer las cuestiones que plantea la gestación por sustitución en España han sido los registros civiles consulares, que dependen de los criterios que marca la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP).

La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 fue la primera que se pronunció sobre este asunto. Se trataba del caso de un matrimonio de varones españoles que acuden a la gestación por sustitución en California, utilizando material genético de uno de ellos y óvulos de donante. Tras el nacimiento, solicitan la inscripción en el RC consular de los menores como hijos suyos (presentando la certificación del nacimiento, en que constan como padres), que le es denegada. La Resolución de Dirección General, resolviendo el recurso, estimó que la simple certificación registral operaba como título para la inscripción en el Registro Civil español, que no era necesaria una sentencia judicial sobre la determinación de la filiación; y ordenó practicar la inscripción registral, considerando que el orden público internacional español no podía alegarse para negar los efectos jurídicos de la filiación californiana en España⁴².

La Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, fija las directrices que seguir para uniformar criterios ante estas solicitudes. Esta instrucción permite inscribir en los RC consulares del lugar del nacimiento del menor a los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, estableciendo como requisito previo la presentación de una resolución judicial dictada por un tribunal competente. La exigencia de resolución judicial tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como

⁴² *Vid.* Castellanos Ruiz (2024: 136-137). Vilar González (2023: 75) pone de relieve que esta resolución fue criticada por gran parte de la doctrina, al entender que practicar la inscripción en el RC sí es contrario al orden público internacional español y que, además, dicha inscripción propicia la comisión de un fraude de ley al dar vía libre a la posibilidad de sortear la prohibición contenida en el art. 10 LTRHA.

la protección de los intereses del menor y de la madre gestante⁴³. No se admite como título apto para la inscripción 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. Estas directrices fueron ratificadas posteriormente por la instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 (*BOE* de 21 de febrero de 2019).

Así, mientras que la filiación jurídica contenida en una sentencia firme extranjera tenía acceso al Registro Civil, la que únicamente constaba en una certificación registral extranjera requería el previo ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad (art. 10.3.º LTRHA) y, en su caso, la posterior adopción del nacido por parte del otro progenitor de intención.

En cuanto a la doctrina del TS, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (Pleno)⁴⁴ es la primera en materia de gestación por sustitución. Se trata, precisamente, del recurso contra la sentencia dictada por la AP⁴⁵ que resolvía la impugnación del Ministerio Fiscal frente a la Resolución de la DGRN de 2009 que admitía la inscripción en el RC de la filiación determinada conforme a la legislación extranjera de los menores nacidos mediante la gestación por sustitución.

La sentencia del TS, coincidiendo con las resoluciones tanto de primera instancia como de la AP, desestima el recurso de casación, pero con cinco votos a favor y cuatro en contra, ajustada mayoría que refleja la complejidad de los intereses en juego.

A juicio del Tribunal, la resolución registral extranjera en la que constaba la filiación de estos menores en favor de los padres de intención con arreglo al derecho extranjero vulneraba el orden público internacional español, y no podía operar como título apto para inscribir tal filiación en el Registro Civil español (FD 3.10) por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación,

⁴³ Comprobando que la mujer gestante renuncia, mediante su libre consentimiento, a su patria potestad, y que quedase claro que el menor no había sido objeto de comercio (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015: 60). La instrucción requería la obtención del *exequatur* de esa sentencia extranjera. No obstante, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, cuando la resolución judicial derivara de un procedimiento equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria, no sería necesario el requisito del *exequatur*, bastando a esos efectos el reconocimiento incidental de la resolución por parte de la persona encargada del registro.

⁴⁴ RJ, 2014, 833.

⁴⁵ SAP de Valencia, Secc. 10.ª, de 23 de noviembre de 2011 (AC 2010, 1707 y 2011, 1561).

inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia⁴⁶.

En el voto particular, por el contrario, los magistrados disidentes consideran que el interés del menor se vulnera cuando por razones de orden público se deja en el limbo jurídico al nacido como consecuencia de una gestación por sustitución legal en el país del nacimiento.

Tanto uno como otro argumento son compatibles con lo establecido en la doctrina del TEDH, que, sin embargo, exige la determinación de la filiación, lo que, en el caso de España, aplicando el art. 10 de la LTRHA, se haría determinando la filiación biológica con respecto al progenitor que ha aportado sus gametos, y la filiación por adopción, en su caso, con respecto al otro progenitor.

La Sentencia de la Sala 1.^a del TS (Pleno) de 31 de marzo de 2022 se enfrenta de nuevo a la determinación de la filiación en un caso de gestación por sustitución realizada en el extranjero. Se trata de un menor, nacido en Tabasco (Méjico), fruto de material genético de donantes y registrado allí como hijo de Aurelia (madre de intención). Tras el nacimiento viajan a España, donde residen con los padres de ella. Aurelia solicitó en España la inscripción del menor como su hijo, pero el Registro Civil Central lo denegó, remitiéndola a la vía judicial o a la adopción. En 2018, su padre, Luis Miguel, demandó a Aurelia y al Ministerio Fiscal para que se reconociera la filiación materna, con base en el art. 131 CC, que permite ejercer la acción para declarar la filiación por posesión de estado a quien tenga interés legítimo, salvo que contradiga otra filiación legalmente determinada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, remitiendo a la adopción. Sin embargo, la AP estimó el recurso y, basándose en la posesión de estado, declaró la filiación materna a favor de Aurelia⁴⁷.

El TS estima el recurso, casa la sentencia de la AP y confirma la del juzgado. La doctrina de esta sentencia es coincidente con la de 2014, y en este caso es un fallo unánime. Pese a que el Tribunal se pronuncia de manera contundente en contra de los contratos de gestación por sustitución, permite que la filiación se establezca por la vía de la adopción⁴⁸, haciendo referencia a la doctrina fijada por el TEDH a raíz de los casos *Mennesson* y *Labassee*.

⁴⁶ Barber Cárcamo, 2013: 2905-2950.

⁴⁷ Quicíos Molina (2021: 314-315) cuestiona la determinación de la filiación a partir de la posesión de estado, la legitimación activa del demandante-recurrente y la falta de representación del menor en el proceso.

⁴⁸ Como señala Farnós Amorós (2022: 1293), no se puede pasar por alto que, en el caso, el TS remite a la adopción a partir de una interpretación controvertida de la legislación que la regula, al considerar que la diferencia máxima de edad para adoptar es un obstáculo salvable (Aurelia tenía 46 años). Para ello invoca el art. 237 CC, dando a

El elemento diferencial de esta sentencia es el planteamiento de la posesión de estado como vía para reclamar la filiación. Aunque el TS no aclara que el art. 131 CC no contempla una acción de declaración de la filiación a partir de la posesión de estado, porque esta no es título de determinación de la filiación, sino un medio subsidiario y residual de *acreditar* una filiación ya previamente determinada⁴⁹, rechaza la demanda y acude a la vía de la adopción, con lo que, coherentemente con nuestras normas de filiación, cierra la vía a una «determinación de la filiación por posesión de estado»⁵⁰.

Tanto en la sentencia de 2014 como en la de 2022, tomadas como ejemplo de la doctrina del TS, el alto tribunal manifiesta el rechazo a la gestación por sustitución comercial, al considerarse contraria a la dignidad de la gestante y suponer una mercantilización del menor; pero, sobre todo, en ambas resoluciones prevalece la idea de intentar salvaguardar el interés superior del menor atendiendo al caso concreto, a través del reconocimiento de alguna forma de filiación: bien biológica (como resultó en el primer caso),

entender que la madre de intención es una guardadora de hecho, y el art. 176.2.3.º CC (FD 4.º, 13), referido al adoptando, que lleva «más de un año en *guarda con fines de adopción*» o que ha estado «bajo *tutela* del adoptante por el mismo tiempo». Al forzar al máximo la interpretación de un precepto que no está pensado para casos como el que nos ocupa, el TS evidencia su interés en salvar la situación.

⁴⁹ Hay acuerdo doctrinal en afirmar que es un medio subsidiario y residual de *acreditar* una filiación ya previamente determinada, como manifiesta el art. 113.1 CC; un medio de *prueba* para su determinación judicial, a lo que se refiere el art. 767.3 LEC (y antes, el art. 135 CC), y un *presupuesto* para ostentar legitimación activa en algunas acciones de filiación, de manera que, en presencia de posesión de estado, se facilita la reclamación y restringe la impugnación, y en su ausencia, al revés: se limita la reclamación y se favorece la impugnación. También hay acuerdo doctrinal en la obvia constatación de que la posesión de estado no es un título de determinación de la filiación, de manera que la mera acreditación de su presencia no puede establecer tal relación jurídica (Barber Cárcamo, 2023: 1382-1383).

⁵⁰ Recuerda Barber Cárcamo que la posesión de estado representa un espejo de la realidad biológica, a la que, por tanto, manifiesta: no es un medio de convertir en realidad la voluntad a partir de su reiteración (2023: 1415). Según esta autora (*ibid.*: 1396-1397), la STS a que nos referimos debería reconducir la cuestión en la jurisprudencia menor, ya que la sentencia que casa no es la única donde se ha determinado la filiación tras un contrato de gestación subrogada con fundamento en la posesión de estado y el interés del menor, tras mencionar que no cabe la vía de la adopción. Así puede verse en la SAP de Barcelona de 6 de abril de 2021 (JUR 192738) y en la SAP de Islas Baleares de 27 de abril de 2021 (JUR 163294); también Vaquero Pinto considera cerrada esta vía (2024: 13). Con todo, Múrtula Lafuente (2022b: 87-137) señala que podría ser una vía útil en ciertos supuestos.

bien adoptiva (como ocurrió en el segundo), sin dar validez legal en ninguno de los dos litigios al certificado extranjero de nacimiento de estos menores, en orden a su inscripción directa en el Registro Civil⁵¹.

A la vista de lo expuesto, parece evidente que la doctrina de la DGRN y la del TS son contradictorias, ya que interpretan de manera muy diferente el límite del orden público. Y la situación no se resolvió adaptando la inscripción en el RC a las directrices establecidas por el TS en la sentencia de 2014; por el contrario, la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 declaraba vigente la doctrina de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Esta doctrina administrativa conduce a que, *de facto*, se hayan estado admitiendo inscripciones de numerosas relaciones de filiación derivadas de gestación por sustitución, en contra de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁵².

Como se ha señalado en la doctrina, la postura de la DGRN ha favorecido el «turismo reproductivo»⁵³; e incluso se ha visto esta posibilidad de inscripción como uno de los motivos de que el recurso a la gestación por sustitución supere en cifras a la adopción internacional⁵⁴.

La STS de 4 de diciembre de 2024 (JUR 2024/451378) no supone un cambio en la doctrina de las anteriores resoluciones del alto tribunal, pero sí es contundente en las apreciaciones tanto sobre la gestación por sustitución y encuadre en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁵ como en relación con las vías

⁵¹ Múrtula Lafuente, 2023: 90-91.

⁵² Podemos, sin embargo, encontrar resoluciones posteriores de la Dirección General en las que se ha matizado, considerando que no es inscribible en el RC español el nacimiento en el extranjero mediante gestación por sustitución, aun habiéndose aportado al expediente una resolución judicial en los términos establecidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Es el caso de la Resolución de 26 de abril de 2021 (JUR 2022, 210670), que considera no inscribible una doble filiación española, por exigencia del principio de veracidad biológica, cuando hay datos para pensar que la filiación no se ajusta a la realidad. Y también cuando considera que es posible utilizar otros medios previstos en nuestro ordenamiento jurídico para el reconocimiento de la filiación (resoluciones de la DGSJFP de 29 de septiembre de 2021, JUR 2022, 275312, y de 4 de octubre de 2021, JUR 2022, 274924, en las que deniega la inscripción de nacimiento solicitada por la madre de intención, con la que no existían vínculos biológicos).

⁵³ Por todos, Múrtula Lafuente (2023: 94). Con todo, Storror (2018: 59), haciendo un análisis de las diferentes situaciones legislativas y jurisprudenciales del entorno de los países que forman parte del CEDH, considera muy razonable la situación que existe en España.

⁵⁴ Quicios Molina, 2019: 4.

⁵⁵ Vela Sánchez (2024: 3) califica la sentencia de 2024 de «furibunda» en contra de la gestación por sustitución.

de determinación de la filiación de los menores. En este caso los padres de intención pedían el reconocimiento de la sentencia del tribunal de Texas en la que se determina la filiación con respecto a los dos padres de intención, a través del procedimiento de *exequatur*, lo que el TS les deniega. Se trata de la primera sentencia en que se deniega el *exequatur* a una resolución judicial extranjera en que se determina la filiación en una gestación por sustitución. La doctrina contenida en esta sentencia se puede resumir en torno a tres pilares⁵⁶: 1) el reconocimiento de efectos de una sentencia extranjera que determina la filiación de las personas menores de edad nacidas en virtud de un contrato de gestación subrogada es contrario al orden público español; 2) el contrato de gestación subrogada es incompatible con los derechos fundamentales que forman parte del orden público español, como son la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.º CE) y la integridad física y moral (art. 15 CE), todos ellos tanto de la madre gestante como de la persona o personas nacidas en virtud de aquel contrato (ambos son tratados como mercancías), y 3) el interés superior del menor debe satisfacerse siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico y del orden público. Todo ello se consigue, en España, mediante el recurso a tres instituciones jurídicas: filiación biológica paterna, adopción y acogimiento.

Posteriormente, la STS de 25 de marzo de 2025 reitera similar doctrina, en este caso denegando la acción formulada por el padre impugnando la filiación materna no matrimonial de la madre gestante de una niña nacida mediante gestación subrogada. Señala el Tribunal que el legislador ha decidido que la mejor manera de proteger el interés superior del menor nacido de una gestación por sustitución es atribuyendo la condición de madre a la mujer que da a luz al menor. Considera que el contrato de gestación subrogada cosifica a los menores, haciéndolos una simple mercancía, objeto de un contrato que pretende fijar su filiación con base en el pago de un precio a una mujer, que por lo general actúa impelida por un estado de necesidad acuciante, que se somete a los riesgos asociados a un tratamiento de reproducción asistida y que renuncia a los derechos que como madre gestante le deberían corresponder. Recuerda también que, conforme a la doctrina del Tribunal, la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución es manifiestamente contraria al orden público español (citando las sentencias 835/2013, de 6 de febrero, 277/2022, de 31 de marzo, y 1626/2024, de 4 de diciembre).

Además de sus efectos clarificadores, la mayor repercusión de estas resoluciones, especialmente de la sentencia de diciembre de 2024, ha sido el

⁵⁶ Carillo Lerma, 2025: 723.

reflejo de su doctrina en la Instrucción de 28 de abril de 2025 (*BOE* de 1 de mayo 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, que viene a cambiar sustancialmente el régimen de inscripción registral vigente hasta el momento de su entrada en vigor. Y es que, aunque la doctrina de fondo sobre determinación de la filiación es la misma que en resoluciones anteriores, en la sentencia de 2024 se deniega el reconocimiento de la sentencia extranjera, que es lo que, en virtud de las instrucciones anteriores, se venía haciendo en España. Es por ello por lo que la exposición de motivos de la instrucción de 2025 declara que «la situación ha cambiado a partir de la publicación de la sentencia de la Sala Primera (Pleno) del Tribunal Supremo 1626/2024, de 4 diciembre, que ratifica la denegación del reconocimiento de efectos a una sentencia extranjera en un caso de gestación subrogada».

2.2. La 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

La reciente instrucción de la DGSJFP establece: «En ningún caso se admitirá por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente», dejando sin efecto las instrucciones de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019, que, como hemos visto, permitían la inscripción en el RC de la sentencia en que se establecía la filiación a favor de los padres de intención.

Estas reglas se dictan «atendiendo a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo y para asegurar la adecuación del tratamiento registral en casos de gestación por sustitución a nuestro ordenamiento y a las normas internacionales en materia de derechos de los menores y de las mujeres gestantes», a la vista de la doctrina fijada por el TS en las sentencias de 6 de febrero de 2014, de 31 de marzo de 2022 y, la más reciente, de 4 de diciembre de 2024, a las que se refiere expresamente.

De este modo, la resolución refleja en una norma la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo (STS de diciembre de 2024): el contrato de gestación por sustitución es contrario a la dignidad del menor y al orden público, la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consi-

deración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia.

Esta regulación termina tanto con la discrepancia «de hecho» entre la doctrina administrativa y la del TS como con la posibilidad de que los que acuden a la gestación por sustitución en el extranjero en países que la permiten puedan tener una vía sencilla para conseguir *de facto* la determinación de la filiación, a pesar de la nulidad del contrato *ex art. 10 LTRHA*.

Esto no significa, como sabemos, que no sea posible determinar la filiación de los padres de intención con respecto al menor nacido fruto de la gestación por sustitución, ya que sería contrario no solo a la doctrina del TEDH, sino al interés del menor. Ahora bien, el interés del menor habrá de ser ponderado en el caso concreto, atendiendo a la existencia de un núcleo familiar.

En cuanto a la determinación de la filiación, la instrucción establece, en línea con la doctrina del TEDH, y con la doctrina del TS:

Los solicitantes podrán obtener de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos correspondientes para que los menores puedan viajar a España y, una vez aquí, la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

Así, esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad de los nacimientos mediante esta práctica por los medios ordinarios de determinación legal de la filiación, permitiendo la inscripción de los nacidos en el Registro Civil a través del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico y la de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo⁵⁷. No se refiere a la posibilidad de determinación extrajudicial de la paternidad biológica, tan solo señala:

Los solicitantes podrán obtener de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos correspondientes para que los menores puedan viajar a España y, una vez aquí, *la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías*.

⁵⁷ Arts. 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No parece, sin embargo, que los padres de intención biológicos puedan acudir a la vía extrajudicial, ya que la instrucción deja claro que no se podrá fundar en los documentos del país de nacimiento del menor en que conste la filiación paterna del padre de intención.

Respecto a la determinación de la filiación en relación con el progenitor de intención que no tiene vínculo biológico con el menor, conforme a las reglas generales, se habrá de acudir a la adopción, con los correspondientes requisitos y la interpretación de estos que ha hecho el TS.

Como se puede observar, no se menciona expresamente la situación de la madre de intención con la que el menor tiene vínculo biológico⁵⁸. Habrá que acudir en este caso a las reglas previstas en nuestro ordenamiento, la filiación materna se determina por el parto, no es posible determinarla con la madre genética que no ha dado a luz (art. 10.3 LTRHA). Si bien el elemento biológico se tiene en cuenta para la determinación de la filiación, en el caso de la madre, la regla según la cual la maternidad se determina por el parto prevalece⁵⁹. El pacto entre las partes de un contrato de gestación por sustitución según el cual la mujer gestante entregará al nacido a los comitentes, renunciando *ex ante* a cualquier derecho sobre el nacido, choca frontalmente contra esta disposición imperativa, y por ello será inexigible y carecerá de cualquier efecto (lo que deriva de la nulidad del contrato, art. 10 LTRHA)⁶⁰.

Podría plantear problemas el supuesto en que la madre de intención no cumpla los requisitos para la adopción, sobre todo por edad. Pero el TS ha relativizado en muchas ocasiones este requisito (entre otras, en la STS de 2022) acudiendo al interés superior del menor y a la existencia de un núcleo familiar estable.

⁵⁸ En su crítica a esta resolución, Vela Sánchez (2025: 4) entiende que «[l]a razón de esta omisión radica en la declaración taxativa del artículo 10.2.º LTRHA que considera siempre como madre a la mujer que da a luz, a virtud del axioma clásico, pero todavía vigente, *mater semper certa est*. No obstante, procedería, a mi juicio, una interpretación sociológica y correctora del precepto (*ex art. 3.1.º CC*), pues la verdad biológica debería prevalecer sobre la presunción, que quiere ser *iuris et de iure*, pero que no concuerda con el principio fundamental de la preponderancia de la verdad biológica, postulado contenido expresamente en el artículo 39.2.º2.º CE».

⁵⁹ A pesar de ello, Quicios Molina plantea cuál sería la virtualidad de la renuncia a la maternidad conforme al art. 44.II de la LRC 2011 (según la reforma de 2015). La autora no ve inconveniente, en caso de renuncia de la madre gestante, en que quede determinada judicialmente la maternidad de la mujer comitente que ha aportado el óvulo para la generación del hijo (aunque no se prevea por el art. 10.3 LTRHA, esta acción encaja sin problemas en los arts. 131 y 133 CC).

⁶⁰ Quicios Molina, 2019: 12.

Cuando la incertidumbre sobre la determinación de la filiación se prolongue es posible acudir al acogimiento, tal como ha reconocido el TEDH en los casos antes señalados.

En cuanto a las solicitudes pendientes de inscripción de la filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada anteriores a la instrucción, esta prevé que no se practicarán. Ciertamente, como se ha señalado⁶¹, podría objetarse que las normas jurídicas restrictivas no deberían operar retroactivamente.

Lo cierto es con esta instrucción se establece un marco jurídico coherente, tanto con las previsiones de la LTRHA como con la doctrina del TS, reflejo de las directrices marcadas por el TEDH con base en los instrumentos jurídicos internacionales⁶², intentado evitar que se potencie la gestación por sustitución y permitiendo un control interno de la situación, que deberá tener en cuenta la protección del interés del menor, lo que obliga tanto a la apreciación de la existencia de un núcleo familiar estable como a la consideración de las circunstancias del proceso de gestación por sustitución para evitar situaciones delictivas y contrarias a los derechos del menor y de la gestante.

En definitiva, la coherencia con la doctrina del TS y la finalidad de desincentivar la gestación por sustitución aparecen como objetivos de estas nuevas reglas. La aplicación de esta instrucción conseguirá, sin duda, el primer objetivo; está por ver que se consiga, al menos en parte, el segundo.

Una finalidad similar es la que persigue la también reciente instrucción emitida en Francia para la inscripción en el Registro Civil de los nacimientos derivados de la gestación por sustitución. El 9 de abril de 2025, el Ministerio de Justicia francés emitió instrucciones a los fiscales de Nantes y Rennes, responsables del Registro Civil francés, para que inscribieran la filiación como resultado de gestaciones subrogadas extranjeras. La instrucción se basa expresamente en las sentencias de la Corte de Casación de octubre y noviembre de 2024⁶³ que dictaminaron que las sentencias extranjeras sobre gestación subrogada debían reconocerse en Francia. La instrucción exige que los registros civiles franceses indiquen en la partida de nacimiento del niño

⁶¹ Vela Sánchez, 2025: 10.

⁶² En este sentido, la nota del Ministerio de Justicia sobre esta instrucción señala: «La nueva instrucción también se alinea con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que reconoce a los países el derecho a adoptar medidas para dificultar esta práctica cuando está prohibida en su ordenamiento interno» (véase en: <https://www.mjusticia.gob.es/en/institucional/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/Instruccion-vientes-alquiler>).

⁶³ *Vid.* el comentario a las sentencias de la Corte de Casación francesa de 2 de octubre y 14 de noviembre de 2024 en Gallant (2024: 407-419).

los progenitores establecidos en la sentencia extranjera, incluso si ambos son hombres o si uno de ellos es una mujer que no dio a luz al niño⁶⁴. Así, mientras que en España, en coherencia con la doctrina de nuestro TS, se deniega la inscripción en el RC de la resolución judicial en que conste la filiación en estos casos, en Francia ocurre todo lo contrario. Sin embargo, en ambos casos la solución resulta coherente con la doctrina de los tribunales de cada uno de los países.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 27 DE FEBRERO DE 2024

En este contexto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha dictado la primera sentencia sobre gestación por sustitución, Sentencia 28/2024, de 27 de febrero (*BOE* de 3 de abril de 2024).

1. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

En esta sentencia el Tribunal Constitucional estimaba un recurso de amparo presentado por una mujer que solicitaba adoptar al hijo nacido en Ucrania en 2016 mediante gestación por sustitución, contratada junto con su marido, quien figura como padre en el Registro Civil consular. El TC admite a trámite el recurso de amparo apreciando la existencia de una especial trascendencia constitucional⁶⁵.

Aunque en primera instancia se aprobó la adopción por considerar adecuado el entorno familiar y el consentimiento de la madre gestante, la Audiencia Provincial, siguiendo al Ministerio Fiscal, anuló esta decisión al considerar que no estaba acreditada la paternidad biológica del marido, exigida por la legislación española.

Frente a esta negativa, la mujer recurrió al Tribunal Constitucional, que admitió el recurso por su relevancia constitucional. Mientras tanto, se hizo

⁶⁴ Un abogado de algunas de las parejas que obtuvieron dichas sentencias ha indicado en redes sociales que algunos fiscales se resistieron a la aplicación de las sentencias de la Corte de Casación en los registros civiles. El objetivo de la instrucción parece ser superar esta resistencia (véase en <https://www.haurro.org/2025/04/16/legislacion-el-ministerio-de-justicia-frances-ordena-a-los-funcionarios-publicos-que-registren-las-sentencias-extranjeras-de-gestacion-subrogada/>).

⁶⁵ Según el TC: «Nos encontramos [...] ante relaciones de tipo paternofilial no consolidadas jurídicamente, sobre cuya protección al amparo del art. 39.1 CE no nos habíamos pronunciado con anterioridad».

firme otra resolución del mismo juzgado que permitía a la mujer adoptar a un segundo hijo nacido en 2018 también por gestación subrogada en Ucrania, aunque en ese caso el Ministerio Fiscal no recurrió.

Este caso destaca por la actuación del Ministerio Fiscal y de la AP, que contrasta con la práctica mayoritaria de los tribunales españoles, que suelen permitir la adopción para proteger el interés superior del menor⁶⁶. La negativa probablemente se puede explicar por las sospechas de fraude en pruebas biológicas realizadas en el consulado de Kiev, debido a irregularidades detectadas por el Gobierno español en 2018 en procesos de gestación por sustitución en Ucrania⁶⁷. No obstante, la AP ignoró que la inscripción registral constituye prueba plena de los hechos inscritos mientras no sea impugnada formalmente (arts. 113 CC y 17.1, 16.2 y 19 LRC 2011), cosa que no ocurrió en este supuesto.

2. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA Y SU COORDINACIÓN CON LA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA LEGISLACIÓN ORDINARIA

Lo cierto es que esta sentencia no contiene una doctrina novedosa, y tampoco lo es la solución a la que se llega. Como se ha puesto de relieve en la doctrina, no se pueden extraer de esta sentencia consecuencias generales sobre la gestación por sustitución. Esto es comprensible si tenemos en cuenta que se trata de un recurso de amparo, y no es la misión del TC emitir juicios de legalidad al resolver una demanda de amparo, sino que ha de enjuiciar si se ha producido la violación de un derecho fundamental (arts. 14-30 CE) en el caso concreto⁶⁸.

Lo verdaderamente relevante es que el alto tribunal, al apreciar en la admisión especial trascendencia constitucional, reconoce que la determinación de la filiación derivada de gestación por sustitución implica sin duda derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

El núcleo central de la sentencia se refiere a la lesión del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho (art. 24 CE), en relación con el reconocimiento de la filiación, concebido como uno de los aspectos esenciales que configuran la identidad de la persona (art. 10.1 CE), y con la protección de la familia y de los niños (art. 39 CE). Este es el derecho que el Tribunal, en su fallo, considera vulnerado y da lugar al amparo solicitado.

⁶⁶ *Vid.* esta jurisprudencia detalladamente en Vaquero Pinto (2024: 6).

⁶⁷ *Vid.* Fernández Echegaray (2020: 153-194) y Jiménez Blanco (2019: 1-8). La repercusión de esta situación se puede ver en una noticia del periódico *El Mundo*: <https://is.gd/CMOAf0>.

⁶⁸ En tal sentido, Vaquero Pinto (2024: 4).

La *ratio* fundamental de la decisión del TC va ligada al interés superior del menor; entendiendo, en este caso, que la falta de argumentación de la AP al denegar la adopción⁶⁹ vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la motivación ha de ser reforzada cuando estén en juego derechos e intereses de menores. Considera el TC que el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente en supuestos en que se invoca el interés superior del menor; y, aunque reconoce que corresponde a los tribunales ordinarios la decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor, apunta: «[...] es de nuestra incumbencia examinar si la motivación ofrecida por los mismos [...] está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales».

Por otro lado, también señala el Tribunal que la argumentación de la AP incurre en una motivación manifiestamente irrazonable al poner en tela de juicio la relación de filiación del menor con el padre, sobre la base de un posible fraude, obviando que la filiación paterna constaba inscrita en el Registro Civil, y que los datos inscritos gozan de presunción de exactitud e integridad (arts. 16 y 19 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro civil), sin que se hubiera ejercitado acción alguna dirigida a impugnar la filiación paterna.

La AP entendió que el art. 10.3 LTRHA exige que se ejercente la acción de reclamación de la paternidad biológica para poder establecer la filiación de los menores nacidos por esta vía. Es decir, a pesar de alegar la paternidad biológica, si no se inscribe con base en la documentación extranjera, hay que acudir a la vía judicial. Este es precisamente el escenario ante el que nos coloca la regla establecida en la instrucción de la DGSJFP de 2025, que no permite la inscripción de la filiación con la sentencia del país de origen de los nacidos mediante gestación por sustitución. Aunque las normas contenidas en la instrucción de la DGSJFP no afectarían a la solución a la que ha llegado el TC en este caso, los razonamientos relativos a las consideraciones de la AP parecen llevarnos a la conclusión de que, cuando no se ha determinado la filiación paterna mediante la inscripción en el Registro Civil consular (por aplicación de la instrucción), la única opción es la determinación judicial de esta.

La sentencia no es unánime, cuenta con el voto particular de la magistrada M.ª Luisa Balaguer. En esencia, la magistrada disiente del parecer mayoritario del Tribunal sobre dos aspectos: la necesidad de preservar el orden público y

⁶⁹ La AP hacía una única mención al interés superior del menor afectado, afirmando que «la denegación de la adopción en nada afecta al interés del menor dado que continúa viviendo con el padre biológico y su esposa, quienes, al parecer, según refieren en su escrito de demanda, cuentan con indudables habilidades personales y medios materiales para dispensar al menor las atenciones que precisa».

cómo se debe entender el interés del menor. Las consideraciones de este voto concuerdan con la doctrina que posteriormente se refleja en las sentencias del TS, especialmente en la de diciembre de 2024.

Según señala el voto particular, el interés del menor no puede entenderse desde una perspectiva individual y aislada, sino que hay que atender también al derecho de la infancia a no ser objeto de venta y explotación, a no sufrir abusos y a conocer sus orígenes biológicos. Por estos motivos, entiende, al igual que el TS, que el interés superior del menor no puede conducir en todos los casos a establecer la filiación a favor de «personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido».

Tal razonamiento se evidencia en la posterior sentencia del TS de diciembre de 2024, como recoge la exposición de motivos de la instrucción de la DGSJFP de 2025, que señala:

[...] la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia [...], la protección de los menores no puede lograrse aceptando críticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes.

Por otro lado, el voto particular recuerda la obligación que impone el art. 12.3 del Código Civil de no aplicar las leyes extranjeras contrarias a nuestro orden público, entendiendo por tal los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los de la madre que da a luz y los de los menores ya nacidos. Destaca cómo es contrario al principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 CE el hecho de que el legislador español prohíba la gestación por sustitución en España y, sin embargo, no restrinja esta misma práctica cuando se realiza en el extranjero, pues con ello está legalizando *de facto* una práctica ilegal en nuestro sistema.

El límite del orden público debe articularse en torno a dos ideas fundamentales: una adecuada comprensión de lo que es el interés superior del menor, que no suponga el reconocimiento automático de los efectos de un contrato que es nulo de pleno derecho en España, y una correcta evaluación de las condiciones en las que el contrato ha sido firmado en el país de origen, y que debe implicar un control de fondo de las resoluciones extranjeras cuyo reconocimiento se solicita, al que no deben ser ajenos el enfoque de género y la garantía de los derechos de la madre gestante.

Señala en este sentido la instrucción de 2025 que en la STS de 2024 el Tribunal Supremo reitera, como ya afirmaba en sus sentencias 835/2013, de 6 de febrero de 2014, y 277/2022, de 31 de marzo, que el contrato de gestación subrogada es contrario al orden público, cosifica tanto a la mujer gestante como al menor y vulnera principios fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Alguna doctrina ha afirmado que con esta sentencia el TC confirma la validez y eficacia de los convenios de gestación realizados por españoles en país extranjero que los admite y regule⁷⁰, aunque, para otros autores, lo que se desprende de la sentencia del TC es la necesidad de valorar las decisiones caso a caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias y ponderando todos los intereses, a la espera de una decisión por parte de legislador español más contundente⁷¹, lo que parece más adecuado a la vista del contenido de la resolución y, sobre todo, de las decisiones posteriores del TS.

La decisión del TC concuerda con las pautas establecidas por el TEDH y la doctrina del TS, en el sentido de primar el derecho del menor a la determinación de la filiación, incluso en un contexto como el de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, que va en contra de valores y derechos constitucionalmente reconocidos. Con todo, sí es cierto que, como señala el voto particular, habría sido deseable que el TC marcase algunas pautas que los tribunales pudieran seguir, en clave de derechos fundamentales y de cómo entender el límite del orden público desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales del menor y de las mujeres, en los procesos de gestación por sustitución⁷². Tanto la jurisprudencia como la legislación posterior a la sentencia han reflejado, en esencia, los razonamientos del voto particular.

Bibliografía

Barber Cárcamo, R. (2013). La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España, crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 739, 2905-2950.

⁷⁰ Vela Sánchez, 2024: 1.

⁷¹ Lara Aguado (2024: 7). Para Vaquero Pinto (2024: 5), la sentencia «no aporta nada nuevo al debate sobre la admisión/regulación de la gestación en nuestro ordenamiento».

⁷² Como bien señala Vaquero Pinto (2024: 5), habría sido diferente si el TC estuviera resolviendo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad sobre una hipotética regulación de la gestación por sustitución, porque, en tal caso, sí debería pronunciarse sobre la adecuación de la gestación por sustitución a los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y los valores protegidos.

- Barber Cárcamo, R. (2023). Situación actual del Derecho de Filiación en España. *Anuario de Derecho Civil*, 76 (4), 1375-1420. Disponible en: <https://is.gd/a1zbO9>.
- Cabezudo Bajo, M. J. (2017). Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el estado de California. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 46, 59-120.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2015). Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7 (2), 45-113.
- Carrillo Lerma, C. (2025). Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la Sentencia de España núm. 1626/2024, de 4 de diciembre (RJ 2024, 5879). *Revista Boliviana de Derecho*, 39, 720-741.
- Castellanos Ruiz, E. (2024). Novedades en torno a los efectos legales de la gestación subrogada según el derecho internacional privado español: el caso de Ana García Obregón. *Derecho Privado y Constitución*, 44, 125-173. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.44.04>.
- Comité de Bioética de España (2023). *Informe sobre maternidad subrogada*. Disponible en: <https://is.gd/TYdPQ6>.
- Di Lella, F. (2024). La proposta di legge italiana sulla maternità surrogata come «reato universale». Analisi e prospettive. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 20 bis, 450-465.
- Farnós Amorós, E. (2022). La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la Sentencia, 1.^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. *Anuario Derecho Civil*, 75 (3), 1281-1314. Disponible en: <https://is.gd/UiIbsuN>.
- Fernández Echegaray, L. (2020). Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania. *Revista de Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 26, 153-194. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rduned.26.2020.29170>.
- Gallant, E. (2024). Gestación por sustitución en el extranjero y exequátur: El Tribunal de Casación francés marca la pauta. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 17 (1), 407-419. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2025.9336>.
- Jiménez Blanco, P. (2019). La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 y 18 de febrero de 2019). *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 37, 1-8. Disponible en: <https://is.gd/GD7JyC>.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Lara Aguado, A. (2024). El Tribunal Constitucional no avala los contratos de gestación por sustitución, pero salvaguarda los derechos de los menores nacidos por esta vía. *Revista Centro de Estudios de Consumo*. Disponible en: <https://is.gd/TogoIK>.
- Múrtula Lafuente, V. (2022a). La determinación de la filiación «contra legem» del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos

- atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis, 3424-3465.
- Múrtula Lafuente, V. (2022b). Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad. *Cuadernos de Derecho Privado*, 2, 134-190. Disponible en: <https://doi.org/10.62158/cdp.20>.
- Múrtula Lafuente, V. (2023). A vueltas con la gestación por sustitución y la filiación de los menores nacidos por este procedimiento. Algunas reflexiones tras la Sentencia, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022. *Derecho Privado y Constitución*, 42, 87-137. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.42.03>.
- Naciones Unidas (2018). *Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños* (Informe Naciones. Boletín Naciones Unidas; A/HRC/37/60). Disponible en: <https://is.gd/UWm1B6>.
- Naciones Unidas (2019). *Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños* (Informe Naciones. Boletín Naciones Unidas; A/74/162). Disponible en: <https://is.gd/qhFAXk>.
- Observatorio de la Imagen de las Mujeres (2023). *Ánalisis de la Publicidad de la Gestación por Sustitución*. Ministerio de Igualdad. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/observatorios/observImg/informes/docs/AnalisisPublicidad-GestacionPorSustitucion2023.pdf>.
- Quicíos Molina, S. (2019). Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar. *Revista de Derecho Privado*, 1, 3-46.
- Quicíos Molina, S. (2021). La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. El caso español. En N. González Martín (ed.). *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: perspectivas de derecho comparado* (pp. 175-208). México: UNAM.
- Sánchez Jordán, M.ª E. (2020). La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución. *InDret*, 4, 1-3. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.03>.
- Storrow, R. F. (2018). International surrogacy in the European Court of Human Rights. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 43, 38-68. Disponible en: <https://is.gd/IS3R3R>.
- Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 421-440. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24433>.
- Vaquero Pinto, M.ª J. (2024). La adopción del menor nacido por gestación por sustitución: el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuando se invoca el interés superior del menor. Comentario a la Sentencia (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero (JUR 2024, 80643). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 126, 11.

- Vela Sánchez, A. J. (2024). El Tribunal Constitucional ampara a una madre de intención a quien se denegó la adopción del hijo de su marido nacido de convenio de gestación por sustitución. *Diario La Ley*, 27-2-2024.
- Vela Sánchez, A. J. (2025). Análisis atónito de la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de abril de 2025, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución. *Diario La Ley*, 28-4-2025.
- Vilar González, S. (2023). Mecanismos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el registro civil español. *Revista Boliviana de Derecho*, 35, 66-97.