

EL DERECHO A LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN  
MATERNA DE LA GESTANTE. COMENTARIO A LA  
SENTENCIA NÚM. 496/2025, DE 25 DE MARZO, DEL  
TRIBUNAL SUPREMO (ROJ 1262/2025)

*THE RIGHT TO DETERMINE THE MATERNAL FILIATION OF  
THE GESTATIONAL MOTHER. COMMENTARY ON THE SPANISH  
SUPREME COURT JUDGMENT NUMBER 496/2025, FROM THE  
25TH OF MARCH, DEL TRIBUNAL SUPREMO (ROJ 1262/2025)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 742-767*

Pilar María  
ESTELLÉS  
PERALTA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 30 de mayo de 2025

**ARTÍCULO APROBADO:** 2 de junio de 2025

**RESUMEN:** El interés del menor no puede identificarse con el automático reconocimiento de la filiación en favor de los padres de intención y excluyendo a la madre gestante sin examinar las circunstancias del caso concreto. Los jueces no pueden crear una regla general de atribución de la filiación contraria a la establecida por el legislador. Privar al hijo nacido -de un contrato nulo maternidad subrogada- de su filiación materna atenta directamente a su interés superior como menores, a conocer sus orígenes, a ser cuidadas por sus progenitores y a sus derechos sucesorios.

**PALABRAS CLAVE:** Filiación; menor; gestación subrogada; gestación por sustitución; maternidad gestante; dignidad; orden público.

**ABSTRACT:** *The child's best interest cannot be equated with the automatic recognition of parentage in favor of the intended parents, excluding the surrogate mother, without examining the circumstances of the specific case. Judges cannot create a general rule for attributing parentage, contrary to that established by the legislator. Depriving a child born -through a void surrogacy contract- of their maternal parentage directly undermines their best interests as minors, their right to know their origins, their right to be cared for by their parents, and their inheritance rights.*

**KEY WORDS:** *Filiation; child; surrogacy gestation; surrogate motherhood; gestational mother; pregnat mother; dignity; public order.*

**SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. COMENTARIO: I. LA MATERNIDAD GESTANTE Y EL NEOLENGUAJE.- II. LA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL.- 1. Prohibición legal y lesión de la dignidad humana.- 2. El rechazo del Tribunal Supremo a la cosificación y mercantilización del hijo.- 3. La reticente posición de la DGFPJ.- III. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR Y MÁS VULNERABLE DEL MENOR.- 1. El interés superior del menor no puede confundirse con el interés del padre comitente.- 2. El interés del menor no puede identificarse genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite.- 3. El interés del menor no puede identificarse únicamente con el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo.- IV. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE GESTACIÓN.- 1. La regla *mater semper certa est*.- 2. La impugnación de la filiación materna.- 3. El reconocimiento de la filiación materna protege el interés superior del hijo.- V. CONCLUSIONES.**

## SUPUESTO DE HECHO

La sentencia núm. 496/2025, de 25 de marzo<sup>1</sup>, del Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación respecto de la sentencia 431/2023, de 28 de abril, dictada en grado de apelación por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de filiación núm. 539/2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 69 de Madrid, sobre impugnación de filiación materna de menores nacidos de gestación por sustitución.

En primera instancia, el demandante interpuso demanda de impugnación de maternidad, retirada de apellido materno y subsidiaria demanda de retirada de la patria potestad sobre dos menores, contra la gestante, en la que solicitaba se dictara sentencia en la que se acordaran sus peticiones por no ser ésta la madre de las menores. Ello era consecuencia de que el padre demandante, ciudadano español, el 1 de noviembre de 2015 celebró con la gestante demandada, un contrato de gestación subrogada en el Estado de Tabasco (México), ratificado ante notario público el día 18 de noviembre de 2015, por el que, haciendo uso de técnicas de reproducción asistida, la gestante se comprometía a participar en un procedimiento de gestación por sustitución, como madre gestante, sin aportación de material genético. En el clausulado de dicho contrato, la gestante consentía en el reconocimiento de que el embrión o embriones transferidos no le pertenecían al no haber aportado material genético y, por consiguiente, no era la madre legal, jurídica o biológica del bebé o bebés que pudieran nacer como consecuencia de dicho proceso, así como la expresa renuncia a la patria potestad y al ejercicio de la guarda y custodia sobre los nacidos, la cual correspondería en exclusiva al padre. La

<sup>1</sup> STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

• **Pilar María Estellés Peralta**

Doctora en Derecho. Directora del Departamento de Derecho Privado. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es.

gestante dio a luz a dos menores en la ciudad de Villahermosa (Tabasco, México) y su nacimiento fue inscrito en el Registro Civil de Tabasco con los dos apellidos del padre, único progenitor que aparecía en las inscripciones de nacimiento de las niñas.

Posteriormente, el padre acudió al Consulado Español en México para que se practicara la inscripción del nacimiento de las menores en los términos en que había sido realizada por las autoridades mejicanas, lo que fue denegado. Finalmente, el padre acudió con la madre gestante al Registro Civil Consular para solicitar conjuntamente la inscripción del nacimiento de las menores, lo que se realizó figurando como padre el ciudadano español que contrató la gestación por sustitución y como madre la mujer que suscribió ese contrato y dio a luz a las niñas, haciéndose constar como apellidos de las niñas el primer apellido paterno y el primer apellido materno. A su regreso a España, el padre presentó una demanda en la que ejercitó la acción de impugnación de la filiación materna no matrimonial, en la que solicitó que se declarara que la mujer que dio a luz no es la madre de las menores y se retirara el apellido de la madre gestante a las dos menores y fuera sustituido por el segundo apellido paterno.

La Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 69 de Madrid, dictó sentencia 116/2019, de 30 de abril, que desestimó la demanda, sin imposición de costas “porque (al margen de la más que dudosa legitimación del actor para ejercitar la acción de impugnación de la filiación materna), siendo cuestión no discutida que el nacimiento de las menores tuvo lugar a través de un procedimiento de gestación subrogada o por sustitución a través de técnicas de reproducción humana asistida, la norma a tener en cuenta es la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la cual establece (artículo 7) que la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación tanto por el demandante como por la demandada con el fin de que fuera estimada la acción de impugnación de la filiación materna; recursos a los que se opuso el Ministerio Fiscal.

La resolución del recurso correspondió a la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó la sentencia 431/2023, de 28 de abril, en cuyo fallo dispone: “Que debemos estimar y estimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de Marcos (parte actora) y de doña Marta (parte demandada), contra la sentencia 30 de abril de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 69 de Madrid en el procedimiento de impugnación de filiación registrado bajo el nº 539/2017 y, en consecuencia, revocamos la referida

resolución y acordamos la impugnación de la filiación materna de doña Marta respecto de las menores Piedad y Remedios nacidas el NUM000 de 2016, dejando sin efecto el asiento registral practicado en el Registro Civil Español. Se declara judicialmente que las menores son hijas de don Marcos y quedarán inscritas en el Registro Civil Central con los apellidos del padre que constan en la certificación del Registro Civil de Tabasco”.

Interpuesto recurso de casación contra esta sentencia por el Ministerio Fiscal, fue admitido y se procedió a la votación y fallo casando la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda.

### DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La controversia en casación versa sobre una solicitud de impugnación de maternidad, retirada de apellido materno y subsidiaria demanda de retirada de la patria potestad sobre dos menores nacidas de un contrato de maternidad subrogada celebrado en el Estado de Tabasco (México). En un primer momento, el nacimiento de las menores fue inscrito en el Registro Civil de Tabasco con los dos apellidos del padre. Posteriormente, el padre de las menores acudió al Consulado Español en México para que se practicara la inscripción del nacimiento de éstas en los términos en que había sido realizada por las autoridades mexicanas, lo que le fue denegado, al no constar acreditada la imposibilidad de asentar el nombre de la madre gestante. Así las cosas, el padre comitente acudió con la gestante al Registro Civil Consular con el fin de solicitar conjuntamente la inscripción del nacimiento de las menores, lo que se realizó figurando como padre el padre comitente y como madre, la gestante. No obstante, cuando el comitente regresó a España, presentó una demanda en ejercicio de la acción de impugnación de la filiación materna no matrimonial en la que solicitó que se dictase sentencia que declarase que la gestante no era la madre de las menores y, consecuentemente, les fuera retirado a éstas el apellido de la gestante, siendo sustituido por el segundo apellido paterno. Subsidiariamente, solicitó que se privase a la gestante de la patria potestad sobre las menores, con base en el art. 170 del Código Civil.

Planteado recurso de casación contra la SAP Madrid 431/2023, de 28 de abril, el Tribunal Supremo estimó el recurso basándose en que ya se habían resuelto con anterioridad varios recursos en los que se planteaban cuestiones relacionadas con la determinación de la filiación cuando el niño había nacido como consecuencia de una gestación subrogada o por sustitución. En anteriores sentencias (SSTS 6 febrero 2013<sup>2</sup>, 31 marzo 2022<sup>3</sup>, y 4 diciembre 2024<sup>4</sup>), el Tribunal Supremo

---

2 STS 6 febrero 2013 (Tol 4100882).

3 STS 31 marzo 2022 (Tol 8898029).

4 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

declaró que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era manifiestamente contraria al orden público español; que esta contrariedad manifiesta deriva no solamente de que el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA) establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos sino también de que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto. Deriva, asimismo, de que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. En los litigios que dieron lugar a las citadas sentencias se pretendía que por distintas vías (impugnación de la denegación al progenitor de intención de la inscripción de la filiación en el Registro Civil Consular con base en una inscripción registral extranjera, reconocimiento de filiación materna a la progenitora de intención por posesión de estado, exequatur de sentencia extranjera que atribuía la relación de filiación a los progenitores de intención), se reconociera una filiación al progenitor de intención que era contraria a las normas nacionales que regulan la filiación en los casos de gestación subrogada, fundamentalmente, del art. 10. 2 y 3 LTRHA.

No obstante, la pretensión formulada en este litigio es diferente a la ejercitada en esos litigios anteriores. Contrariamente, no se pretende el reconocimiento del acto de una autoridad registral extranjera para permitir la inscripción de la filiación en España, puesto que la inscripción en el Registro Civil español ya está realizada. Tampoco se solicita el exequatur de una sentencia extranjera, respecto de lo que ya se pronunció el Tribunal Supremo en la STS 4 diciembre 2024<sup>5</sup>; ni el reconocimiento de una filiación no reconocida hasta este momento en el Registro Civil español. Lo que pretende el demandante y padre comitente, es que se deje sin efecto la filiación materna que ha sido fijada en el Registro Civil español de acuerdo con lo previsto en el art. 10.2 LTRHA. Sin embargo, se estima el recurso -entre otros motivos- porque la SAP Madrid 431/2023 de 28 de abril, es contraria a dicha legislación y a la jurisprudencia que la interpreta. Es contraria porque atiende al hecho de que la madre gestante no aportó sus óvulos para la gestación, dato que es irrelevante para la legislación española, en la que la filiación materna no adoptiva se fija por el parto (con la matización de lo previsto en el art. 7.3 de la citada Ley 14/2006, de 26 de mayo), sin que tenga trascendencia quién aportó el óvulo. Es contraria al vulnerar lo establecido en los arts. 131 *in fine* (porque se contradice la legalmente determinada) y 139 CC (porque no ha habido suposición de parto ni error en la identidad del hijo).

A su vez, la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus

5 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes -como se evidencia en la SAP Madrid que se casa-, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución<sup>6</sup>.

## COMENTARIO

### I. LA MATERNIDAD GESTANTE Y EL NEOLENGUAJE.

La sentencia comentada enjuicia una curiosa petición: que se declare que la gestante no es la madre de las menores y, consecuentemente, que les sea retirado a éstas el apellido de dicha gestante, siendo sustituido por el segundo apellido paterno; y subsidiariamente, que se le prive a la madre gestante de la patria potestad sobre las menores, con base en el art. 170 del Código Civil. Y no con el fin de reclamar la atribución de la filiación materna en favor de una tercera persona sino tan sólo con la intención y finalidad de impugnar dicha filiación y privar a las menores nacidas del contrato de gestación, de la filiación materna, del derecho a los apellidos, del referente de una madre y del conocimiento de sus orígenes.

No sorprende la petición. Tras más de 30 años desde la aprobación en España de la primera ley en materia de reproducción humana asistida -Ley 35/1988, de 22 de noviembre-, resultan recurrentes los mismos retos y desafíos en relación con la gestación por sustitución, gestación subrogada, la maternidad subrogada, vientre o madre de alquiler...o como demos en llamarla<sup>7</sup>. Retos y desafíos no sólo jurídicos sino también éticos y lingüísticos. Y es que renombrar la cosas, utilizar eufemismos, es la forma para disfrazar las realidades que no se ajustan a los valores respetuosos con la dignidad y derechos de las personas. Derechos de las madres gestantes y derechos de los hijos gestados.

Por ello, aun cuando la expresión legal utilizada para esta práctica por el art. 10 LTRHA es la de "gestación por sustitución" y la de los tribunales suele ser la de "gestación subrogada", ninguna de ellas expresa la realidad de esta praxis. Al efecto, reproduzco las palabras del Comité de Bioética de España en relación con esta cuestión<sup>8</sup>:

6 Todo ello de acuerdo con la STS (Pleno), 6 febrero 2014 (Tol 4100882).

7 Algún sector doctrinal prefiere no utilizar el término "maternidad" porque se trata de un concepto que va más allá del supuesto de hecho al que se alude y cuya virtud es la de unificar indisolublemente las dimensiones corporal y psicológica presentes en todo embarazo y puerperio, como BATALLER I RUIZ, E.: "Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015, pp. 777-789, p. 779.

8 INFORME COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, de 19 de mayo de 2017, pp. 9-10 [versión electrónica]. Disponible: <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/>.

“Dependiendo del aspecto que se quiera destacar y, sobre todo, de la valoración ética que se haga, se recurre a uno u otro término: maternidad subrogada, alquiler de vientres, gestación subrogada, gestación por sustitución, maternidad de alquiler, maternidad por sustitución, etc. Si acogemos las expresiones ‘vientres de alquiler’, ‘maternidad por sustitución’ o incluso ‘gestación subrogada’, comprobamos que no pasan de ser meros eufemismos cuando lo que se pretende es contratar a una mujer para que incube un embrión obtenido por fecundación in vitro. En primer lugar, no se trata de un vientre de alquiler, sino de una ‘madre de alquiler’, ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que los comitentes no pueden (o no desean) llevar a cabo. Tampoco parece correcto hablar de ‘maternidad por sustitución’ ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible: o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante)”.

Lo cierto es que esta práctica no es propiamente maternidad o gestación subrogada ni gestación por sustitución. En todo caso se le debería denominar como *maternidad gestante*<sup>9</sup> porque en este proceso participan tanto las dimensiones corporal y psicológica presentes en todo embarazo y puerperio de la madre gestante que impiden tratarla como a un mero útero al servicio de los padres de intención (los comitentes): no son trabajadoras o personal laboral al servicio de una empresa de servicios gestacionales<sup>10</sup>. Son madres, porque gestan al hijo y desde el primer momento existen procesos biológicos de identificación y cooperación entre el hijo y la gestante<sup>11</sup>; porque de acuerdo con estudios científicos en la materia, existe también comunicación genética entre la madre gestante y el hijo, aunque ésta no aporte su propio material genético. Así la investigación de la Fundación del Instituto Valenciano de Infertilidad (FIVI) de 2015 de los doctores Vilella y Simón demostró por primera vez en la historia de la genética, la existencia de ‘comunicación’ suficiente entre gestante y embrión para modificar el genoma del futuro bebé. Ello confirma la conocida como ‘hipótesis Barker’ que formuló el epidemiólogo inglés David Barker en 1990, y que afirma que “lo que sucede en el útero materno es más importante que lo que sucede tras el nacimiento”<sup>12</sup>. De

9 Así la denomina muy acertadamente CASANOVA MAYORDOMO, G.: “Reflexiones sobre la maternidad subrogada desde la antropología”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. M<sup>o</sup>. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 55-80, en p. 60.

10 BURGUETE MIGUEL, E. E.: “Valoración de la gestación subrogada desde los principios bioéticos de autonomía y no maleficencia”, en AA. VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. M<sup>o</sup>. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 103-138, en p. 114, para quien estas mujeres son víctimas de explotación y de una particular forma de violencia de género por parte de las agencias y de los usuarios (padres de intención) que las tratan como “ponedoras” de la nidada.

11 Vid. LÓPEZ MORATALLA, N.: “Comunicación materno-filial en el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*, col. XX, núm. 3, 2009, p. 304.

12 VILELLA, F. y SIMÓN, C.: “Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome, *Revista Development*, 2015, demuestran por primera vez en la historia de la genética que existe comunicación entre gestante y embrión, dando lugar a modificaciones en el genoma del futuro bebé.

acuerdo con este descubrimiento, la gestante, aún en el caso de que no aporte su propio óvulo y se limite tan sólo a gestar, no es una mera gestante. El hallazgo sostiene que la madre gestante puede variar la información genética del hijo, incluso si el óvulo es de una donante distinta a la gestante como en el supuesto que nos ocupa.

Asimismo, no se debe olvidar que esta práctica no responde, en sentido estricto, a la naturaleza de la subrogación porque subrogarse es asumir la posición jurídica de otro en una relación jurídica, ya sea un contrato, deuda, o cualquier otro tipo de obligación legal. Esto no es un contrato de trabajo; tampoco es legal. Sin embargo, con esta práctica se pretende que una mujer realice la carga -gestar- de la que se derivan unos derechos -filial y patria potestad- para ser suplantada en la titularidad y el ejercicio de estos derechos por otra persona que no gestó<sup>13</sup>. A su vez, el “objeto” de la relación jurídica es la gestación y, por tanto, la maternidad de un ser humano (vulnerable e indefenso, además) y no una mera relación jurídica (que derivaría de un contrato viciado de nulidad). En ningún caso responde esta práctica a la “sustitución” si sustituir lo entendemos por realizar las funciones de otro. ¿Acaso contemplamos las opciones de esposo sustituto, hijo sustituto, abuela sustituta, nuera sustituta...? entonces, ¿por qué madre sustituta?<sup>14</sup>.

## II. LA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL.

En el ordenamiento jurídico español la gestación subrogada o contrato de sustitución a la que denominaremos *maternidad gestante* -por ser la denominación que mejor se adapta a su realidad-, no sólo está prohibido por la LTRHA sino también por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y que considera tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres<sup>15</sup>.

### I. Prohibición legal y lesión de la dignidad humana.

La maternidad gestante, prohibida por nuestras leyes, atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio y privados de la dignidad propia del ser humano. A su vez, impide al menor el derecho a conocer su origen biológico; derecho que es reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de

13 En este mismo sentido, SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: “Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo”, *Cuadernos de Bioética*, núm. XXVIII, vol. 2, 2017, p. 227.

14 Vid, asimismo, SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: “Manipulación del lenguaje”, cit. p. 224.

15 Además, la maternidad subrogada contradice la Agenda 2030 en varios ámbitos, y de forma muy específica la meta 16.2: “Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños” dentro del Objetivo 16 de promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas.

noviembre de 1989. Atenta contra la integridad física de la madre que puede verse sometida a tratamientos hormonales poco saludables para conseguir que quede embarazada. Y atenta, asimismo, a la integridad física y moral del menor, debido a su cosificación y mercantilización y a la falta de control de la idoneidad de los comitentes. La maternidad gestante vulnera, por consiguiente, la dignidad del niño y de la gestante.

Por tanto, el contrato de gestación no puede aceptarse, como señala el Tribunal Supremo<sup>16</sup> apoyándose en el art. 8 del CEDH que no garantiza el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia<sup>17</sup>. Y obviamente, no puede aceptarse porque está prohibido en varias leyes españolas<sup>18</sup> y vulnera, asimismo, la Constitución.

## 2. El rechazo del Tribunal Supremo a la cosificación y mercantilización del hijo.

Ahora bien, lo que parece que no se acepta por algunos ciudadanos, es la ley española y la doctrina jurisprudencial que evidencia los numerosos riesgos a que conduce la maternidad gestante y que menoscaban el interés superior del menor porque hacen peligrar su vida, lesionan su dignidad y la prevalencia de su interés superior<sup>19</sup>. La realidad recurrente es que los padres de intención anteponen su deseos y necesidades -deseos comprensibles, por otra parte- a los del niño gestado -lo que ya no es tan comprensible-. Indudablemente, sobre estas cuestiones de difícil solución ética y jurídica, se ha debido pronunciar nuestro Tribunal Supremo en numerosas ocasiones; cuestiones que afectan sin duda a la vida e intereses del hijo en gestación o ya gestado (la controversia siempre se resuelve a hechos consumados). A consecuencia de ello, el Alto Tribunal ha señalado que se deben salvaguardar los derechos fundamentales de quienes son más vulnerables, como los derechos de las madres gestantes y de los niños en general<sup>20</sup>, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones. En tal sentido, afirma la sentencia STS 4 diciembre 2024<sup>21</sup> que los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor (art. 15 CE), y el respeto a su

16 STS 31 marzo 2022 (Tol 8898029), FJ 3-12.

17 STEDH 24 enero 2017, caso Paradiso y Campanelli, apartado 141.

18 Las ya citadas LTRHA y la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

19 Vid. Convención internacional para la abolición de la gestación por sustitución, de 9 de octubre de 2020, arts. 1 y 4 especialmente.

20 STEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölinsdóttir y otros contra Islandia, apartado 65.

21 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

dignidad (art. 10.I CE), integran el orden público español que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.

En la citada STS 4 diciembre 2024<sup>22</sup>, el Alto Tribunal insiste en que la celebración de un contrato de gestación subrogada en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, con la pretensión de que, por más que esté “validado” por una sentencia extranjera, pueda determinarse una relación paternofamiliar por su mera celebración, vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de los menores nacidos en virtud de este acuerdo de gestación. También de la mujer gestante. Entre otros motivos porque la madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño y renuncia antes del parto -incluso antes de la concepción- a cualquier derecho derivado de su maternidad. Lo que no es admisible -señala la sentencia- es la infracción del art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 que exigen que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna. Y en el caso enjuiciado por la citada sentencia, el tribunal de Texas, en sentencia dictada antes del parto, ya obligaba a la mujer gestante a entregar inmediatamente el niño a los comitentes, por lo que la madre no podía negarse a esa entrega una vez producido el parto. Y es notorio, -señala la sentencia- y no ha sido desvirtuado en este caso, que en Estados Unidos la gestación por sustitución constituye un enorme negocio en el que los padres comitentes desembolsan importantes cantidades de dinero, de los que parte recibe la madre gestante, por lo que el consentimiento de esta, prestado antes del parto, ha sido obtenido mediante pago o compensación de algún tipo. Es característico de este tipo de prácticas: el libre consentimiento de la madre después del nacimiento es inexistente; el prestado con anterioridad, más que dudoso pues es “forzada” a ello<sup>23</sup>.

22 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

23 No es descartable que a algunas mujeres (o niñas) se les obligue a gestar al igual que a otras se les obliga a prostituirse -incluso por sus propias familias en grave estado de necesidad y pobreza extrema-, lo que implica la comisión de delitos contra los derechos humanos y la vinculación de la maternidad subrogada con la trata de seres humanos. Es más, podemos afirmar que esta práctica conlleva, en muchos casos, un proxenetismo del embarazo en el que la gestante se oferta como un producto comercial para la reproducción asemejándose mucho a la publicidad de los criaderos animales y atentando gravemente a su dignidad como persona. Se produce una flagrante reducción de la gestante al papel de incubadora humana desprovista de los caracteres propios de la maternidad que atenta a la dignidad de la mujer gestante y la cosifica al ser reducida a una prestadora de servicios de maternidad. Por ello, esta práctica es rechazada por los organismos intergubernamentales -como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)-. En su informe sobre derechos humanos y democracia en el mundo, de 2014, la Unión Europea ha calificado estas prácticas como contrarias a la dignidad de la mujer. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha rechazado una propuesta de regulación de contratos de gestación por sustitución.

Y respecto del futuro niño, se vulnera su dignidad y derechos porque se le trata como el objeto del contrato -un bien- que la gestante se obliga a entregar al comitente o comitentes. El niño gestado en estas condiciones es utilizado como objeto de intercambio mercantil, es cosificado pese al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía que define como venta de niños, “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Por ello, la Comisión de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha advertido a algunos de los países en los que se llevan a cabo estas prácticas sobre la necesidad de establecer garantías que eviten el tráfico con niños<sup>24</sup>.

La realidad es que el contrato de gestación tiene la finalidad de generar un ser humano para ser entregado a los padres de intención (en la mayoría de los casos a cambio de un precio), pese a que no existe un derecho a “producir” para “adquirir” un hijo con esta técnica. En consecuencia, los que hacen uso de esta práctica desatienden que los seres humanos en nuestro ordenamiento jurídico y en pleno siglo XXI no pueden ser considerados como propiedad de otro ser humano, por lo que nadie debiera poder disponer de ellos; el ejercicio de la paternidad es una responsabilidad, no la materialización de una propiedad o de un deseo. No se puede decir más suavemente: este tipo de prácticas da lugar al tráfico de niños.

Es por ello, que el Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias sobre esta cuestión (SSTS 6 febrero 2014<sup>25</sup>, 31 marzo 2022<sup>26</sup>, 16 mayo 2023<sup>27</sup>, 4 diciembre 2024<sup>28</sup>) se ha posicionado abiertamente en contra de esta práctica y ha señalado que el contrato de gestación subrogada infringe el orden público español. Asimismo, desestima la insistente pretensión los padres/madres comitentes de que la filiación del menor pueda quedar determinada por tal contrato, que es nulo<sup>29</sup>.

24 Curiosamente, la Convención de Derechos del Niño establece garantías en favor del adoptando y aquellas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma así como todas las formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar (arts. 21, 35 y 36); garantías que deberían extenderse para el niño en la maternidad subrogada. Asimismo, el Informe de la Relatora Especial ante la Asamblea General de la ONU, de 15 de enero de 2018, según el cual “la gestación por sustitución comercial entra de lleno” en dicha definición, cuando concurren tres elementos: a) la “remuneración o cualquier otra retribución”; b) “el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes)”; y c) “el intercambio de a) por b) (pago por la entrega del niño)”; precisando que “La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución”.

25 STS 6 febrero 2014 (Tol 4100882).

26 STS 31 marzo 2022 (Tol 8898029).

27 STS 16 mayo 2023 (Tol 9566612).

28 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

29 Al hilo de la regulación de esta materia, un importante sector de la doctrina científica actual sigue defendiendo la nulidad del contrato de gestación con apoyo en dichos argumentos y en el principio constitucional de dignidad de la persona humana, consagrado en el art. 10.1 CE, haciendo especial hincapié en el riesgo de vulnerabilidad de las madres portadoras, que pueden verse abocadas a acudir a esta práctica para hacer frente a situaciones de pobreza o marginación social. Cfr., así, APARISI MIRALLES, A: “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2<sup>a</sup>, pp. 163-175; BELLVER CAPELLA, V.:

### 3. La reticente posición de la DGFPJSJ.

La Instrucción de 28 de abril 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<sup>30</sup>, ha tardado varios años en cumplir con las decisiones jurisprudenciales iniciadas en la STS (Pleno) 6 febrero 2014<sup>31</sup>, modificando -ahora radicalmente- la posición del Centro Directivo respecto de la inscripción de la filiación de los hijos nacidos como consecuencia de contratos de maternidad subrogada celebrados en el extranjero, al derogar la anterior Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010. La Instrucción 2010 admitía la inscripción cuando uno de los solicitantes fuera español y la solicitud fuera acompañada una resolución judicial extranjera del país de origen en la que se determinase la filiación del nacido respecto de los comitentes (o padres de intención), pero rechazándola cuando lo que se aportaba era una certificación registral extranjera o una simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no constara la identidad de la madre gestante. Dicha práctica registral era difícilmente conciliable con el IO.I LTRHA y contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente a la mencionada STS (Pleno) 6 febrero 2014<sup>32</sup> y continuada en la SSTS y continuadas con la muy interesante STS 4 diciembre 2024<sup>33</sup> y la que comentamos de 25 marzo 2025<sup>34</sup>.

Señala ahora la directriz segunda de la Instrucción de 28 de abril 2025 que 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

---

“¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, 2015, pp. 19-52; *Idem*: “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2, pp. 229-243; CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38/2013, p. 69; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo confrontada con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. M<sup>a</sup>. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 361-390; ESTELLÉS PERALTA, P. M<sup>a</sup>.: “Maternidad subrogada: de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. M<sup>a</sup>. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 165-212; *Idem*: “Gestación por sustitución: Desafíos jurídicos y éticos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, pp. 330-357; LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2, pp. 253-267; SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: “Manipulación del lenguaje”, cit., pp. 219-228; o VALERO HEREDIA, A.: “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, *Teoría y realidad constitucional* (UNED), núm. 49, 2019, pp. 421-440.

30 BOE 1 mayo de 2025.

31 La STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882).

32 *Vid.* al respecto DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Maternidad subrogada: radical cambio de la posición de la DGFPJSJ: la Instrucción de 28 de abril de 2025”, *Tribuna*, mayo 2025.

33 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

34 STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

relativa al nacimiento del menor; ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente”.

En la tercera directriz, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública establece que “las solicitudes pendientes de inscripción de la filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada a la fecha de la publicación de la presente Instrucción en el ‘Boletín Oficial del Estado’ no se practicarán”. Y como consecuencia de ello, la directriz cuarta alude al modo en que debe procederse para que los comitentes puedan obtener la inscripción de la filiación, esto es, “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”.

Ahora sí, tras quince años de espera, podemos, pues, afirmar que la práctica administrativa se ha ajustado a la ley, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia de manera reiterada<sup>35</sup>. Ahora bien, la STS 25 marzo 2025 comentada y el contrato de maternidad subrogada concertado entre el padre comitente y la gestante son anteriores a dicha Instrucción, pero no a la LTRHA que lo prohíbe.

### III. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR Y MÁS VULNERABLE DEL MENOR.

El Tribunal Supremo, en reiterada doctrina como la expresada en su STS 4 diciembre 2024<sup>36</sup> afirmó que la maternidad subrogada vulnera los derechos y la dignidad de los más vulnerables y no protege el interés superior del menor.

#### I. El interés superior del menor no puede confundirse con el interés del padre comitente.

La doctrina jurisprudencial es rotunda en este aspecto: el interés del menor no puede confundirse con el interés del padre comitente, esto es, el varón que en el caso enjuiciado y comentado, mediante el contrato de gestación subrogada y aportando su material biológico, encargó a una mujer que gestara y diera a luz para él a dos niñas, según señala la STS 25 marzo 2025, FJ 4. Los ejes vertebradores de esta cuestión, además de la legalidad -reiteradamente conculcada no lo olvidemos- son el respeto a su dignidad humana, a no ser cosificado ni mercantilizado, y el respeto a su interés superior. Y esta práctica vulnera el interés superior del menor y lesiona el orden público español.

35 Al respecto, DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Maternidad subrogada”, cit.

36 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

En la maternidad gestante, tanto el bienestar del niño, su salud física y psíquica como su filiación, se ven especialmente alterados por esta práctica que atenta contra el interés superior del niño al romper su vínculo materno tras el parto, ya pactado ab initio. Ello entra en contradicción con el derecho del hijo a permanecer con su familia de origen, tanto con su madre como con su padre. En consecuencia, se pone en riesgo -y frecuentemente se vulnera intencionalmente- el derecho del niño a ser criado por sus progenitores; a dar prioridad a su permanencia en su familia de origen y, de manera injustificada, al mantenimiento de sus relaciones familiares biológicas. Por tales razones, el Tribunal Supremo se ha manifestado en favor del derecho a conocer los orígenes. Así lo señaló el FJ 3-9 de la STS 31 de marzo de 2022<sup>37</sup>, al afirmar que con la maternidad subrogada se priva al futuro niño, del derecho a conocer sus orígenes, se le "cosifica" pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente. Igualmente, en la STS 25 marzo 2025<sup>38</sup> que comentamos señala que:

"Entre otras razones, porque 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 [...] y pretende privar al menor de esa relación de filiación materna así como de su derecho a conocer a su madre.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, en su art. 7, reconoce al niño el derecho a conocer a sus padres. Y sin embargo... se vulnera.

2. El interés del menor no puede identificarse genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite.

El interés del menor no puede identificarse, en principio, con el automático reconocimiento de la filiación en favor de los comitentes y excluyendo a la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto, lo que, además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el interés del menor, respecto del cual no existe unanimidad<sup>39</sup>.

En la STS 16 mayo 2023<sup>40</sup> en relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo ya declaró que "el interés del menor no puede identificarse genéricamente

37 STS 31 de marzo de 2022 (Tol 8898029).

38 STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

39 Así, DE VERDA BEAMONTE, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016, pp. 349-357.

40 STS 16 mayo 2023 (Tol 9566612).

con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite, pues es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación<sup>41</sup>, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo). Más tarde, en su STS 4 diciembre 2024<sup>42</sup> afirma que es incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales la determinación de la filiación del niño como hijo de los comitentes con base en un contrato de gestación subrogada no permitido por nuestras leyes o del reconocimiento por las autoridades extranjeras de la filiación resultante de tal contrato. Que la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses y criterios 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 y la infancia. El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación, sino que, en todo caso, es el legislador quien debe establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación.

En idéntico sentido se ha manifestado en la STS 25 marzo 2025<sup>43</sup>. Ahora bien, en este caso lo que se pretende por el padre de las menores es que se deje sin efecto la filiación materna que ha sido fijada en el Registro Civil español de acuerdo con lo previsto en el art. 10.2 LTRHA. Esto es, en el caso enjuiciado se pretende la impugnación de la filiación materna ya reconocida y que más adelante analizamos.

### **3. El interés del menor no puede identificarse únicamente con el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo.**

La alegación del beneficio económico que supone para los menores vivir con los comitentes o el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo que pudieran resultar de la paternidad reclamada o impugnada, “no son, por sí, criterios para atribuir la filiación ni encajan entre los criterios que deben tenerse en cuenta para valorar e interpretar el interés superior del menor a la hora de determinar una correcta filiación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1966, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”<sup>44</sup>. Además, un mejor

41 Libertad de procreación que significa adoptar libremente la decisión de tener o no hijos sin injerencias estatales, pero, en ningún caso, vulnerar la ley y el orden público, para obtener al deseado hijo.

42 STS 4 diciembre 2024 (Tol 10298543).

43 STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

44 STS 16 mayo 2023 (Tol 9566612).

nivel de vida o cultura no compensa de la privación de las relaciones paterno/materno-filiales y los derechos y obligaciones derivadas de las mismas.

Ello significa que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acriticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución. La protección que ha de otorgarse a dichos menores ha de partir de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual. Asimismo, se deberían sancionar las conductas infractoras de los comitentes quienes debieran ser excluidos de la patria potestad, si tales conductas -de haber verdadera voluntad de frenar estas prácticas- se incluyeran en el art. 111 CC.

#### IV. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE GESTACIÓN.

Desde una perspectiva jurídica, tanto la paternidad como la maternidad forman parte de la institución jurídica de la filiación, esto es, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores que puede derivar de la naturaleza (del hecho biológico de la generación) o de la ficción de la ley (mediante la adopción)<sup>45</sup>. No obstante, es innegable que las leyes de reproducción asistida han provocado una grieta en esta clara cuestión de orden público, regulada legalmente, y han conducido -con la aquiescencia y promoción del legislador español- a que la verdad biológica no siempre coincida con la verdad jurídica. Clara prueba de ello es la LTRHA. Y es que las técnicas de reproducción asistida han dado lugar a tal número de posibilidades de fecundación -sea homóloga o heteróloga- de los seres humanos, que pueden incluso intervenir tres mujeres a las que se les "podría" atribuir la condición de madre: la mujer que solicita la gestación o madre de intención, la madre gestante que da a luz al niño y la mujer donante del óvulo si la madre de intención o la gestante no aportan el suyo<sup>46</sup>. Este conflicto que surge de precisar la filiación del hijo en estos casos, y que perjudica al hijo en relación con su verdad biológica, ha llevado al legislador a establecer una solución salomónica a los efectos de determinar la filiación materna y evitar así las complicaciones que la propia ley de reproducción asistida genera en esta materia. Solución que está alineada, en parte, con las realidades biológico-gestacionales.

La maternidad subrogada supone, además, una cuestión de orden público de gran envergadura y gravedad como es la de determinar la filiación materna. Hasta la fecha, los tribunales habían resuelto reclamaciones de maternidad de quienes no siendo la madre biológica celebraron un contrato de gestación por sustitución, sin

45 Vid., DE VERDA BEAMONTE, J. R.: "Notas sobre la gestación", cit., pp. 349-357.

46 AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO SÁNCHEZ, A.: "Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España", *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 9099, 2017, p. 3.

aportar material genético propio. Ello contrariaba tanto el art. 10 LTRHA como lo establecido en el art. 131 CC, que en su apartado segundo excluye la declaración de la filiación manifestada por la constante posesión de estado cuando la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada, en estas circunstancias, por el apartado segundo del art. 10 LTRHA.

Esta ha sido la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida desde la STS 6 febrero 2014<sup>47</sup>. En dicha sentencia y en el posterior ATS 2 febrero 2015<sup>48</sup> que desestimó la solicitud de nulidad de aquélla, el Tribunal Supremo sostuvo que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era manifiestamente contraria al orden público español<sup>49</sup>.

Esta contrariedad manifiesta deriva tanto de que el art. 10 LTRHA establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos como de que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto y no por el deseo de la madre o padre de intención. Los deseos no tienen categoría jurídica. Por ello, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación con esta cuestión en la STS 31 de marzo de 2022<sup>50</sup>, declarando nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuyendo la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante. Ciertamente, la solución jurisprudencial a las problemáticas generadas por estos padres de intención -que pretenden eludir la legislación española- es constante y reiterada.

En su doctrina jurisprudencial, el Alto Tribunal ha señalado que el ordenamiento jurídico español prevé medios para determinar la relación paterno o materno-filial que son respetuosos con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor: lo que es relevante en este asunto, es la determinación de la filiación biológica del padre, si es que existe tal relación biológica entre los menores y alguno de los progenitores de intención, y la adopción cuando existe esa convivencia en un núcleo familiar, con las garantías propias de estas instituciones. Por ello, y de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación de filiación respecto del padre biológico, debe ejercitarse mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA.

<sup>47</sup> STS 6 febrero 2014 (Tol 4100882).

<sup>48</sup> ATS 2 febrero 2015 (Tol 4722714).

<sup>49</sup> A ello debe sumarse, como ya se ha comentado, que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. Asimismo, esta fue su postura en las SSTS STS 6 febrero 2013 (Tol 4100882), 31 de marzo de 2022 (Tol 8898029) y 4 de diciembre 2024 (Tol 10298543).

<sup>50</sup> STS 31 de marzo de 2022 (Tol 8898029).

En caso de que quien solicite el reconocimiento de la relación de filiación sea la mujer comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación sería la adopción según la solución que plantea el Tribunal Supremo para el caso enjuiciado en la STS 31 marzo 2022 citada<sup>51</sup>; solución que no comparto porque de conformidad con el art. 26.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, para su validez en España aquella no debe vulnerar el orden público español; ¿caso no vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor y en particular, cuando se ha prescindido de los procedimientos, consentimientos y audiencias legalmente necesarios, o cuando se constate que los consentimientos no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación?<sup>52</sup> ¿Cuándo se ha mercantilizado al hijo? Así pues, ni legal -ni moralmente- es factible atribuir la filiación del hijo subrogado apelando a la propia conveniencia o deseos<sup>53</sup>.

### I. La regla *mater semper certa est*.

Como consecuencia de lo antedicho, para la protección del orden público español y del interés superior del menor afectado por esta práctica, la respuesta del legislador no puede ser otra que la aplicación del principio *mater semper certa est*, aunque este principio hoy en día no se sostenga con tanta rotundidad jurídica o biológica que hace unas décadas<sup>54</sup>. No obstante, este principio, originario del

51 STS (Pleno) 31 marzo 2022 (Tol 8898029).

52 Resultará por ello, difícil valorar positivamente la idoneidad de estos padres/madres de intención si se tiene en cuenta que el/los solicitantes han vulnerado las leyes prohibitivas en la materia, que han alterado el orden público español y han pretendido cometer fraude de ley; que han comerciado con el útero de una mujer, atentando a su dignidad y derechos, han traficado con el hijo nacido de estas prácticas, etc. sólo para satisfacer sus deseos y llevar a cabo su plan de convertirse en padres por encima de todo los demás intereses en juego. No parece lo más procedente conceder la adopción a este tipo de individuos. Tampoco parece que los padres de intención, ahora solicitantes de la adopción del niño gestado por maternidad subrogada, sean personas idóneas para criar y educar a ningún niño, lleve su carga genética o no.

Permitir al hijo subrogado permanecer con los padres de intención, probablemente con vistas a convertirse en sus padres adoptivos, sería tanto como legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes reglas del derecho de los Estados. Sería más acorde con el orden público, la legalidad y el interés superior del menor que dicho menor sea adoptado por personas idóneas, por una familia más adecuada donde criarse y desarrollarse. Obviamente se habrá de ponderar debidamente el hecho de que el niño no sufra un daño grave o irreparable por la separación, analizando el caso concreto y se deberá realizar un equilibrio justo entre los diferentes intereses en cuestión, pero admitir los efectos de la filiación derivada de esta técnica o acelerar los procesos de adopción de estos menores no parece la mejor opción para acabar con este tráfico de menores.

53 Como concluye el INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA de 2017, cit., el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas.

54 De acuerdo con el INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, cit., p. 23, Es más, "el principio 'mater semper certa est' se ha mantenido en vigor desde tiempo inmemorial hasta el presente sin que nadie lo haya cuestionado por lo que se refiere a la ordenación de las relaciones de filiación. De generación en generación se ha corroborado que la mejor garantía para el desarrollo del niño era atribuir la maternidad legal a quien lo había parido. Para proponer un cambio en el criterio de atribución de la filiación, aunque sea para un número reducido de casos, el primer paso consistiría en demostrar que el criterio de separar la maternidad legal y la biológica resulta tan idóneo para el interés superior del menor como el actualmente vigente. Frecuentemente se ha sostenido que el deseo de tener un hijo es la mejor garantía de que será querido y cuidado. Pero no es exactamente así. El deseo puede mudarse y dar al traste con lo que prometía ser una relación idílica. Una cosa es desear algo y otra asumir la responsabilidad sobre un hijo a lo largo del tiempo y en cualquier tipo de circunstancias. Nuestra sociedad ha tendido a promover la satisfacción de los propios deseos, pero no tanto a asumir las responsabilidades que esos deseos pueden traer consigo.

derecho romano, establece que la maternidad se determina por el hecho del parto, es decir, la mujer que da a luz es considerada la madre legal.

La maternidad es la relación real (o supuesta en caso de que no se aporte el propio óvulo)<sup>55</sup> de la madre gestante con el descendiente y la legislación española, en el art. 10 LTRHA, ha optado por determinar la relación de filiación materna del hijo con la mujer que lo gesta y lo alumbró. En consecuencia, la madre se determinará por el parto y será, por tanto, la gestante (con independencia de quien aporte la carga genética) quien conste como madre de ese menor. Y todo ello, en favor, por un lado, de la protección del interés superior del menor gestado que no es fácil de procurar en estas circunstancias y, por otro, de la protección de los derechos de la propia gestante. Se trata de una cuestión de orden público y, por tanto, indisponible para los particulares. Así pues, aunque la aplicación del principio *mater semper certa est*, se ha visto matizada en la actualidad por los avances en las técnicas de reproducción asistida, como la gestación subrogada, el art. 10 LTRHA, de la ley que regula precisamente estas técnicas, tras establecer en su apartado 1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, establece en su apartado 2 que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución “será determinada por el parto”, sin que tenga trascendencia quién aportó el óvulo (FJ 5 STS 25 marzo 2025<sup>56</sup>).

Así pues, tampoco sería posible determinar la filiación biológica respecto de la madre de intención que hubiera aportado material genético, porque el art. 10.2 LTRHA, deroga la regla de la correspondencia entre la verdad legal y la verdad biológica, considerando como madre legal a la gestante<sup>57</sup>.

## 2. La impugnación de la filiación materna.

La impugnación de la filiación materna busca declarar que una persona no es la madre de otra. Este procedimiento legal puede ser iniciado por el marido de la supuesta madre, la propia madre, o el hijo, y se basa en la demostración de que existe un error en la inscripción de la maternidad, como un falso parto o suplantación del hijo. La impugnación se basa, entonces, en la prueba de que

---

Estamos acostumbrados a buscar nuevos deseos cuando hemos conseguido los que pretendíamos, más que a comprometernos con las consecuencias de esos deseos a lo largo del tiempo. En una época que proclama la libertad para cambiar la identidad individual cuando así se desee, no se puede afirmar al mismo tiempo que el deseo es garantía de cumplimiento de los compromisos contraídos. Por otro lado, aunque exista el deseo y se mantenga firme a lo largo del tiempo, no asegura que el hijo vaya a recibir los mejores cuidados y educación. Para ello, es necesario que ese deseo no sea patológico, inmaduro o egoísta”.

55 Al respecto, *vid.* VILELLA, F. y SIMÓN, C.: “Hsa-miR-30-d”, *cit.*

56 STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

57 DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Maternidad subrogada”, *cit.*

la maternidad inscrita es falsa, ya sea por un falso parto o por la suplantación del niño. Este tipo de impugnación busca corregir una mujer no es la madre biológica del niño registrado como su hijo. Que se trata de una filiación incorrecta. No obstante, como ya hemos analizado, en nuestro ordenamiento jurídico, carece de trascendencia que la madre gestante no hubiera aportado sus óvulos para la gestación pues ese dato es irrelevante para la legislación española, en la que la filiación no adoptiva materna se fija por el parto, sin que tenga trascendencia quién aportó el óvulo. Luego en estos supuestos, no hay filiación incorrecta.

Así las cosas, en el caso enjuiciado, la madre gestante prestó su consentimiento a la inscripción de las menores, el parto fue real y no hubo suplantación del hijo. Lo bien cierto es que se celebró un contrato nulo, que mercantiliza a unas menores y se pretende que ello no genere otros efectos jurídicos que aquellos que desee el infractor y sin atender al hecho de que se puedan lesionar derechos de terceras personas, además, vulnerables.

La filiación no afecta únicamente a un individuo concreto, sino que afecta a los derechos y deberes de sus progenitores, madres gestantes incluidas, así como al hijo/s, e incluso, a los de sus herederos, en su caso. Asimismo, en el caso enjuiciado por la sentencia comentada, se insta una resolución judicial para que se determine la impugnación de la filiación sin que se pretenda la determinación de una nueva. Prefiere el padre comitente dejar a sus hijas “huérfanas” de madre, desde el punto de vista jurídico, para, a su vez, privarlas del apellido materno, del conocimiento de su verdad biológica y de sus orígenes; también del ejercicio de los deberes parentales de la madre gestante (algo por otra parte de difícil resolución para quien no aspira a desempeñarlos).

Sin embargo, dejar sin efecto la inscripción de la filiación materna en el Registro Civil español vulneraría el derecho de las niñas a conocer a sus progenitores y a ser cuidadas por ellos de acuerdo con lo que establece el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

### **3. El reconocimiento de la filiación materna protege el interés superior del hijo.**

Al hilo de la conveniencia o no de mantener en el Registro Civil español la filiación materna de la gestante, es por lo que resulta tan interesante la STS 25 marzo 2025<sup>58</sup> comentada. Porque señala que privar a las menores de su filiación materna atenta directamente a su interés superior como menores, a conocer sus orígenes, a ser cuidadas por sus progenitores, a sus derechos sucesorios, en su caso:

---

58 STS 25 marzo 2025 (Tol 10466219).

“No se entiende cómo puede beneficiar a las menores que se deje sin efecto la fijación de la filiación materna respecto de la madre que las gestó y alumbró. Que dicha filiación materna contradiga lo acordado en un contrato de gestación subrogada, reconocido en aquel momento como válido por la legislación del Estado de Tabasco en Méjico, no supone que sea contraria al interés del menor, toda vez que el reconocimiento de dichos contratos, y de la determinación de la filiación que en ellos se acuerda y que tiene acceso al Registro Civil de Tabasco, es manifiestamente contrario a nuestro orden público, como ya hemos justificado en extenso en las anteriores sentencias que hemos citado [...]”.

Dejar sin efecto la inscripción de la filiación materna en el Registro Civil español vulneraría el derecho de las niñas a conocer a sus progenitores y a ser cuidadas por ellos que establece el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

En concreto, perjudicaría su derecho a ser cuidadas por su madre en caso de fallecimiento o incapacidad de su padre. También perjudicaría los derechos sucesorios que pudieran corresponder a las menores respecto de su madre, aunque la extracción social de las madres gestantes supone que, por lo general, tales derechos sucesorios sean de escasa entidad pues las mujeres que se prestan a gestar y parir para terceros suelen hacerlo impelidas por una acuciante necesidad económica.

Que la filiación inscrita en el Registro Civil español difiera de la inscrita en el Registro Civil de Méjico no tiene por qué suponer ningún perjuicio para dos menores de nacionalidad española y que residen en España, por lo que sus documentos de identidad, pasaportes, etc., serán expedidos en España. Y, en todo caso, tal divergencia entre los registros civiles no tendría por qué ser solventada mediante la rectificación del español, no solo porque las menores son españolas y residen en España, sino porque la filiación inscrita en el Registro Civil español es la que respeta en mayor medida el interés superior de las menores puesto que les permite conocer quién es su madre y les dota de una progenitora para el caso de premoriencia del padre”.

Esto es, les dota de una progenitora en todo caso. Progenitora que el padre desea borrar de los registros civiles y de las vidas de las niñas, pero sin quien éstas no hubieran nacido.

## **V. CONCLUSIONES.**

I. Actualmente, los deseos e intenciones personales de los padres/madres comitentes se anteponen a las consideraciones jurídicas (y éticas): En consecuencia,

la concepción del hijo ya no se busca como un fin en sí mismo en numerosos casos, lo que desemboca en una carrera imparable de instrumentalización del ser humano a nivel moral, ético, médico, jurídico y filosófico que se inició hace más de cuarenta años cuando comenzaron las técnicas de reproducción asistida.

II. Las técnicas de reproducción asistida han dado lugar a un (caótico) número de posibilidades de fecundación de los seres humanos, en el que pueden intervenir tres mujeres a quienes se les podría atribuir la condición de madre: la mujer que solicita la gestación o madre de intención, la madre gestante que da a luz al niño y la mujer donante del óvulo si la madre de intención o la gestante no aportan el suyo. El avance de la ciencia y la técnica ha provocado la colisión de derechos entre las posibles "candidatas" a ser la madre del niño gestado, lo que ha acabado menoscabando su dignidad y conculcando sus derechos. Curiosamente, uno de los rasgos diferenciadores y definidores de la esencia de ser mujer radica en la maternidad, en la posibilidad de concebir y albergar vida. Si la mujer ha sido discriminada a lo largo de los tiempos, es actualmente la madre, quien es objeto de marginación como resultado de esta praxis.

III. No obstante, madre -legalmente hablando- sigue habiendo solo una: la que gesta. Luego en nuestro ordenamiento jurídico, carece de trascendencia que la madre gestante no hubiera aportado sus óvulos para la gestación pues ese dato es irrelevante para la legislación española, en la que la filiación no adoptiva materna se fija por el parto, sin que tenga trascendencia quién aportó el óvulo, amén de que en todo caso la gestante es más progenitora que la madre de intención. Así pues, en estos supuestos, no hay filiación incorrecta y no cabe, en consecuencia, su impugnación.

IV. No atiende ni protege el interés superior del menor privar a las menores de su filiación materna, de conocer sus orígenes, de ser cuidadas por sus progenitores -también su madre-, o de sus derechos sucesorios, si lo hubiere.

V. El interés del menor "procreado" no puede confundirse con el interés del padre comitente, sus conveniencias y deseos. Y desde luego el interés del padre nunca debe anteponerse al de los menores, siempre más vulnerables.

VI. La maternidad gestante vulnera el orden público español, por muchos motivos: pretender alterar el sistema legal de filiación; también lesiona la dignidad de la mujer gestante y el hijo gestado. Los cosifica y mercantiliza a ambos. En definitiva, recurrir o defender esta práctica conllevaría subvertir este principio legal y jurídico para poder acceder a una relación de filiación no contemplada por el Derecho -o impedirlo- y en todo caso prohibida en nuestro país.

VII. Confiemos que con la nueva Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública -acorde ya a la jurisprudencia del Tribunal Supremo- que establece que ya no se practiquen inscripciones de filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada (ni siquiera las pendientes a 1 de mayo de 2025); y en consecuencia, que de ahora en adelante la determinación de la filiación se efectúe 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 y la idoneidad de los solicitantes) y se limite el acceso a esta práctica tan lesiva.

## BIBLIOGRAFÍA

APARISI MIRALLES, Á: “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª.

AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO SÁNCHEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 9099, 2017.

BATALLER I RUIZ, E.: “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015.

BELLVER CAPELLA, V.:

- “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, 2015.
- “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª.

BURGUETE MIGUEL, E. E.: “Valoración de la gestación subrogada desde los principios bioéticos de autonomía y no maleficencia”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. Mª. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CASANOVA MAYORDOMO, G.: “Reflexiones sobre la maternidad subrogada desde la antropología”, en AA.VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. Mª. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38/2013, p. 69 y ss.

DE VERDA BEAMONTE, J. R.:

- “La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo confrontada con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AA. VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. Mª. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016.

- "Maternidad subrogada: radical cambio de la posición de la DGFPJS: la Instrucción de 28 de abril de 2025", *Tribuna*, mayo 2025.

ESTELLÉS PERALTA, P. M<sup>a</sup>.:

- "Gestación por sustitución: Desafíos jurídicos y éticos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018.
- "Maternidad subrogada: de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud", en AA. VV.: *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico* (dir. por P. M<sup>a</sup>. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

INFORME COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, de 19 de mayo de 2017.

LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2<sup>a</sup>.

LÓPEZ MORATALLA, N.: "Comunicación materno-filial en el embarazo", *Cuadernos de Bioética*, col. XX, núm. 3, 2009.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: "Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo", *Cuadernos de Bioética*, núm. XXVIII, vol. 2, 2017.

VALERO HEREDIA, A.: "La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales", *Teoría y realidad constitucional* (UNED), núm. 49, 2019.

VILELLA, F. y SIMÓN, C.: "Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome", *Revista Development*, 2015.