

EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN REGISTRAL DE LA
FILIACIÓN DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE
CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DE LA
LEY A LA LEY

*EVOLUTION OF THE REGISTRY SYSTEM FOR THE FILIATION
OF MINORS BORN THROUGH SURROGATE GESTATION
CONTRACTS: FROM LAW TO LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 41, enero 2026, ISSN: 2070-8157, pp.136-201

Carolina
Del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 9 de diciembre de 2025

RESUMEN: La problemática derivada de la gestación por sustitución continúa presentándose en la actualidad como una de las cuestiones jurídicas más controvertidas en el ámbito del ordenamiento civil y, más específicamente, en su estricta dimensión de Derecho de la Persona, como casi todas las materias que atañen al interés en juego de los menores de edad y también, más o menos directamente, al uso y disposición del cuerpo de la mujer. Desde la ineludible premisa de su regulación legal este trabajo ofrece una completa referencia al régimen de su reconocimiento en España a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales y de los hitos administrativos que han pretendido incidir en su régimen normativo que, finalmente, resulta asumido incluso por la doctrina del Centro Directivo que durante una prolongada etapa propició una interpretación que lo orillaba. Por ello bien podríamos decir que la evolución del régimen registral de la filiación de los menores nacidos como consecuencia de un convenio gestacional ha ido de la ley a la ley que debió haber sido, siempre y sin variación, el único referente válido. Además, se sugiere una aproximación a los dilemas éticos que la cuestión plantea y que, atendidos los intereses en juego, demandan una consideración armoniosa por parte de los operadores jurídicos.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada; padres de intención; inscripción del nacimiento; régimen registral de la filiación; interés del menor; madre biológica; convenio gestacional; derecho a ser padres.

ABSTRACT: *The issues arising from surrogacy continue to be one of the most controversial legal questions in civil law and, more specifically, in the strict dimension of personal law, as with almost all matters concerning the interests of minors and, more or less directly, the use and disposal of women's bodies. Based on the unavoidable premise of its legal regulation, this work offers a comprehensive reference to the regime for its recognition in Spain in light of the jurisprudential rulings and administrative milestones that have sought to influence its regulatory regime, which has finally been accepted even by the doctrine of the Management Center, which for a long time favored an interpretation that sidelined it. Therefore, we could well say that the evolution of the registration regime for the filiation of children born as a result of a gestational agreement has gone from the law to the law that should have been, always and without variation, the only valid reference point. In addition, an approach to the ethical dilemmas raised by the issue is suggested, which, given the interests at stake, require harmonious consideration by legal practitioners.*

KEY WORDS: *Surrogate motherhood; intended parents; birth registration; filiation registration system; best interests of the child; biological mother; gestational agreement; right to parenthood.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE EL RÉGIMEN DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- 1. La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico.- 2. La doctrina de la DGFPYSJ (antes DGRN). La Resolución de 18 de febrero de 2009. Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y 18 de febrero de 2019.- 3. La posición del Tribunal Supremo y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 28/2024, de 27 de febrero de 2024.- 4. La jurisprudencia del TEDH. Especial referencia a las sentencias de 26 de junio de 2014, 21 de julio de 2016 y de 24 de enero de 2017. Resoluciones posteriores.- II. EL CAMBIO DE POSICIÓN DE LA DGSJYFP. LA INSTRUCCIÓN DE 25 DE ABRIL DE 2025.- 1. Exposición del contenido de la Instrucción de 25 de abril de 2025.- 2. Comentario crítico de la Instrucción de 25 de abril de 2025.- III. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE EL RÉGIMEN DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

I. La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico.

Con la expresión gestación subrogada o por sustitución se conoce el acto mediante el que una mujer -la gestante- conviene en generar, con su material genético o con el de otra, un embrión mediando encargo -retribuido o no- de otra(s) persona(s) con el compromiso de renunciar a la filiación del nacido a favor del comitente. En nuestro ámbito normativo la maternidad subrogada, gestación por sustitución, o mediante vientre de alquiler, se concibe y se regula como una técnica más de reproducción asistida. A este expediente suelen recurrir aquellas personas que no pueden gestar, si bien también pueden acudir aquellas otras que, además de carecer de la capacidad para gestar, tampoco pueden concebir. En este último grupo de no gestantes quedan incluidos los varones, por evidentes razones naturales, pero también las mujeres que no resultan aptas para engendrar y concluir un embarazo. Desde la perspectiva que marca la señalada premisa fáctica, las circunstancias personales de la gestación subrogada ofrecen situaciones de muy variada índole, abarcando, por una parte, a personas que, solteras o en pareja, recurren a la contratación de los servicios de la gestante para culminar su propósito de convertirse en padres, pudiendo en tal caso aportar o no su material genético y, por otro lado, a la situación de la gestante que, usualmente, no aporta su material genético, aunque también puede hacerlo¹.

I Como señala MUÑOZ RODRIGO, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019, p. 724, a la gestación por sustitución "puede recurrir una pareja fértil, que no quiera o no pueda tener descendencia, en cuyo caso generalmente se llevará a cabo una fecundación "in vitro" con los gametos de ambos, para luego implantar el embrión resultante en el útero de la 'gestante'. También puede suceder

• Carolina Del Carmen Castillo Martínez

Catedrática de Derecho Civil en la Universitat de València. Magistrada en situación de excedencia voluntaria en la carrera judicial. Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Correo electrónico: carolina.Castillo@uv.es.

Sabido es que nos hallamos ante una técnica de reproducción muy controvertida², en torno a la cual se concitan críticas abundantes y de muy diversa naturaleza que condicionan y matizan el alcance práctico de su regulación legal³. En cualquier caso, la realidad es que la gestación subrogada constituye una técnica reproductiva que puede ser utilizada no sólo por quien desea convertirse en padre o madre por vías alternativas a las naturales o legalmente prevenidas sino también, y muy especialmente, por quien puede costeársela. En este sentido su seña de identidad más característica, y también la más controvertida y que suscita mayor prevención, es su naturaleza de pacto mediante precio. Y es que el supuesto de una madre o hermana que gesta de forma altruista para su hija o hermana, aunque también genere debate y controversia en el plano ético o moral, no parece suscitar tanta repulsa como la representación de un negocio jurídico en cuyo seno quien desea convertirse en padre o madre conviene con una mujer gestante el desarrollo de un embarazo con posterior entrega del nacido alumbrado, mediando la contraprestación de un precio que se va a pagar por ello.

En nuestro ordenamiento jurídico el punto de partida de la regulación de la gestación por sustitución se residencia en la previsión contenida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que expresamente declara lo siguiente: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Del tenor del señalado precepto se desprende con claridad el rechazo por parte de nuestro Derecho de cualquier

que ambos sean estériles y se sirvan de gametos donados (los óvulos pueden ser de la gestante). O incluso que se utilicen los gametos de solo uno de ellos, por ejemplo, los del varón, y se fecunden con ello un óvulo de la gestante. El recurso a esta figura comúnmente responderá a una imposibilidad, por razones médicas, de la mujer a tener descendencia. Puesto que si el problema de esterilidad es del varón y la mujer es completamente fecunda, la solución suele ser más sencilla, acudiendo a fórmulas como la inseminación artificial con espermatozoides donados”.

- 2 Fundamentalmente por cuanto atenta al consagrado respeto a la dignidad de la persona a que se refiere el art. 10.1 CE (cfr. BELLVER CAPELLA, V.: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO Revista de Filosofía*, núm. II/2015, noviembre, pp. 19-52). Al respecto resulta de interés subrayar que el Informe que el Comité de Bioética de España publicó el 19 de mayo de 2017, se expresa categóricamente en contra de la gestación subrogada, declarando que la gestación por sustitución vulnera “la dignidad de la mujer porque permite que su cuerpo se convierta durante nueve meses en mero instrumento para satisfacer los deseos de otros. Así sucede en todo caso en la maternidad subrogada comercial, pero también (para la mayoría de los miembros de esta comisión) en la altruista. En ambas modalidades el parto supone la ruptura del vínculo humano más fuerte que pueda existir, como es el que une a una madre con su hijo, porque está basado tanto en la voluntad como en el cuerpo. También atenta contra el interés superior del niño porque rompe su vínculo materno tras el parto y le expone a un riesgo frecuente y grave de cosificación”. Y recomienda la adopción de medidas para garantizar la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, así como promover la prohibición internacional de la maternidad subrogada, imponiendo sanciones a las agencias que permiten su consecución si esto fuera necesario.
- 3 En este sentido también resulta muy ilustrativo el contenido del Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, datado en Madrid el 19 de mayo de 2017, precedentemente mencionado, que recoge una amplia exposición de los aspectos científicos, éticos y jurídicos de la gestación por sustitución.

consecuencia de eficacia jurídica para la llamada gestación por subrogación⁴. Y es que, efectivamente, en la norma se aplica expresamente la categoría consistente en tachar de “nulo de pleno derecho” el pretendido contrato, al tiempo que se señala que el establecimiento de la maternidad, en todo caso, resulta determinada por el parto, esto es, madre (legal) siempre es la mujer que alumbra, y no otra, ni siquiera la que aporta su material genético⁵. No obstante, para cualquier persona desconocedora de los matices con perfil jurídico concomitantes al fenómeno de la gestación subrogada, la declarada carencia de eficacia jurídica recogida en la ley abiertamente confrontaría con la presentación del supuesto que en el devenir común se conoce como gestación subrogada, toda vez que en el cotidiano acontecer -sin duda potenciado por muy conocidos supuestos mediáticos- en los últimos años han venido resultando cada vez más extendidos los casos en que varones y mujeres, bien en solitario o bien como pareja, heterosexual u homosexual, vienen haciendo uso de esta técnica de reproducción asistida.

En definitiva, la realidad del fenómeno resulta palmaria pudiéndose constatar que, frente a la formal prohibición que nuestro ordenamiento dispone de la gestación subrogada como técnica de reproducción asistida, aquellas personas que económicamente pueden costear el procedimiento y desean formar una familia recurren a la formalización de un contrato gestacional en alguno de los países que lo admiten a los efectos de ver colmados sus deseos de paternidad y maternidad. Ciertamente, resultan muy señaladas las normativas nacionales que regulan la gestación por sustitución mediando precio, a pesar de constituir la técnica efectiva de reproducción asistida más exitosa, esto es, cuando la gestante -y su más próximo entorno, por extensión- recibe una contraprestación económica a cambio de asumir un embarazo del que va a nacer una persona que será hijo de un (os) tercero (s).

4 Además, la gestación por sustitución puede integrar un tipo delictivo si supone alterar o modificar la filiación o eludir los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción y, si mediara compensación económica, la pena prevista alcanza a la persona que reciba al menor y al intermediario, aunque la entrega del menor se hubiere efectuado en un país extranjero (cfr. arts. 220 a 222 del CP). No obstante, conviene considerar que los convenios gestacionales usualmente se perfeccionan en el extranjero y que las leyes penales proyectan una eficacia territorial limitada (arts. 8 CC y 23.1 de la LOPJ), aunque con ciertas excepciones (delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia de las mujeres y la violencia doméstica y delito de trata de seres humanos (art. 23.4. l) y m) de la LOPJ).

5 Se ha señalado que, al margen de las cuestiones de índole ética o moral que pueda provocar a nivel individual, los motivos por los que la gestación por sustitución resulta prohibida en España se reducen básicamente a dos: por una parte, la vulneración del principio de indisponibilidad del cuerpo humano, en definitiva la mercantilización del cuerpo de la mujer y también de los menores, circunstancia que entra en clara discordancia con los valores constitucionales; por otra, la indisponibilidad del estado civil, toda vez que las normas sobre determinación de la filiación quedan fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad y se perfilan como preceptos de Derecho necesario, resultando inconcebible la renuncia de la madre al vínculo filial a favor de otra persona (cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida”, en AA.VV.: *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 2ª, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 299).

Supuesto lo indicado, la realidad permite constatar que, sorteados los obstáculos jurídicos, personales, burocráticos y económicos en el país en que se perfeccionó y se consumó el negocio, el problema se plantea, precisamente, cuando el comitente regresa a España con un bebé (o más de uno), gestado por una tercera, a quien considera como su descendiente, pues si bien nuestro ordenamiento no reconoce la gestación subrogada como técnica de reproducción asistida generadora de una relación paterno-filial, toda vez que la realidad de la circunstancia se impone, y la misma se define y manifiesta a último por la existencia de un menor nacido de la concurrente voluntad negocial de un ciudadano español -o de una pareja de ciudadanos españoles que así lo han decidido y han asumido ese reto alumbrados por la resuelta intención de convertirse en padre o madre-, resulta que el dilema generado en orden a la determinación de la filiación se ha venido considerando merecedor de una solución jurídica, en un intento de encontrar el procedimiento adecuado para que ese menor resulte legalmente reconocido como hijo de ese español con todos los derechos y deberes inherentes que nuestras leyes disponen en el ámbito de la relación paterno-filial, y ello a fin de -se dice- preservar el interés del niño.

Y, planteada la situación en los términos precedentemente expuestos, resulta que el recurso a la gestación por sustitución se convierte en un problema transfronterizo toda vez que el límite que supone la aplicación territorial de las normas penales permite a los padres de intención de los países en que está prohibido el convenio gestacional acudir a aquéllos otros en los que sí se permite, provocándose el conflicto cuando los padres intencionales pretenden el reconocimiento en España de su filiación. Y a la solución del señalado conflicto obedece el dictado de resoluciones de naturaleza judicial y administrativa que, ajustándose o, en su caso, alejándose más o menos llamativamente de la legalidad vigente, han venido a conformar un relevante cuerpo doctrinal surgido con el propósito de ofrecer solución jurídica a la situación planteada que, en tanto la normativa actual no se modifique, debiera darse por resuelta en atención a la (nítida) previsión legal. Desde la anterior consideración, resulta que hasta hace poco las soluciones ofrecidas apuntaban posiciones jurídicas discrepantes, pues sabido es que la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) -hoy Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica (en adelante, DGFPYS))- y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo han venido manteniendo posturas divergentes y un prolongado desencuentro en torno a la solución que debe aplicarse a la cuestión objeto de debate.

Así, con carácter general y sin perjuicio de volver más detenidamente sobre ello, resulta que hasta fecha reciente según el Centro Directivo la opción de inscribir la filiación en el Registro Civil Español era admisible mediante el expediente de que junto con la solicitud de inscripción se aportara una resolución judicial del

tribunal extranjero competente que recogiera los datos personales de las partes, la circunstancia de que no se quebrantaba el interés superior del menor y la de que la gestante había consentido consciente y libremente, renunciando a la filiación⁶, resultando que la resolución judicial en cuestión era objeto de control por parte del Encargado del Registro Civil a los efectos de comprobar si se cumplían o no los requisitos expuestos. Se trataba de un control principalmente formal, que no entraba a valorar el origen y fondo de la situación, que no es otra que el recurso a la gestación subrogada. A este respecto conviene tener en cuenta que, en todo caso, la renuncia a la maternidad por parte de la gestante no contradice el Derecho interno español⁷.

En un sentido diverso al que venía defendiendo la DGFPYSJ (antes DGRN), la Sala Primera del Tribunal Supremo sí había entrado a valorar el fondo de la cuestión, entendiendo que lo que para otro Estado resulta conforme a Derecho (a “su” Derecho), no lo era para España. Y así, en la Sentencia de Pleno de la Sala Civil núm. 835/2013 de fecha 6 de febrero de 2014⁸, expresamente se declara lo que sigue: “Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. No obstante, considerando que tal solución iba a dejar desprotegido al menor -en el caso concreto resuelto por el Supremo, a los menores, pues se trataba de gemelos-, el propio Tribunal argumenta lo siguiente: “La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo 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”, llegando a

6 Cfr. Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN (BOE de 7 de octubre de 2011), ratificada por la Circular de 11 de julio de 2014.

7 Así se desprende de los arts. 44.4, 45.3 y 49.4 de la Ley 20/2011 de la Ley del Registro Civil.

8 STS, Sala Primera, de Pleno, de 6 de febrero de 2014. ROJ: STS 247/2014-ECLI:ES:TS:2014:247, núm. de Resolución: 835/2013, núm. Recurso: 245/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena. En el supuesto enjuiciado se recurre la decisión judicial de estimar la demanda de impugnación de la inscripción de nacimiento en el Consulado de California (EE. UU.) presentada por el Ministerio Fiscal. En el caso la inscripción se realizó con fundamento en sendas certificaciones extranjeras de los dos gemelos nacidos de “vientre de alquiler” en que se reconocía la paternidad de los promotores. La Sala considera que la cuestión radica en si procede el reconocimiento, por parte del encargado del Registro Civil español, de la inscripción realizada por las autoridades del estado de California en que se fija la filiación a favor de los recurrentes, ya que estos últimos solicitaron la inscripción de los menores no mediante la declaración de nacimiento, sino mediante la aportación de los certificados. La Sala declara que la técnica jurídica a aplicar es la del reconocimiento de resoluciones extranjeras, por lo que, por un lado, ha de analizarse si la certificación es regular y auténtica; pero, por otro lado, también es preciso valorar que no haya duda entre la realidad del hecho inscrito y su legalidad conforme a la ley española. La simplicidad del procedimiento de reconocimiento de decisión administrativa extranjera no significa que no haya que examinar el fondo. Considera el Alto Tribunal que la gestación por sustitución supone una mercantilización de la gestación y la filiación. Y, partiendo del dato de que la ley de técnicas de reproducción asistida humana forma parte del orden público español, concluye que la resolución extranjera resulta contraria al orden público español, entendiendo que, en lo acordado, no concurre discriminación alguna por razón de la orientación sexual.

admitir que si se constatan relaciones paterno filiales *de facto*, esa situación debe ser tenida en cuenta permitiéndose el desarrollo y la protección de dichos vínculos, haciendo mención expresa del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales como base de esa protección de la situación de hecho, en interpretación dada por sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y mediante esta solución se permite el establecimiento de una relación paterno filial a través de los medios legalmente admitidos en nuestro ordenamiento, ignorando el origen en la gestación subrogada del hecho en cuestión.

En la línea apuntada, el Tribunal Supremo en Auto, de 2 de febrero de 2015⁹ -al que más adelante también me referiré-, dictado a propósito del planteamiento de un incidente de nulidad contra la Sentencia de 6 de febrero de 2014, planteado éste a su vez a consecuencia del dictado por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de dos sentencias relativas a la materia, ambas contra el Estado francés, en fecha de 26 de junio de 2014, asuntos 65192/11 65941/11, reitera que, a diferencia de lo decidido por el Tribunal de Casación Francés, que no permite la constitución de una relación paterno filial en ningún caso -ni siquiera aunque se constate la paternidad biológica-, puesto que para Francia tiene origen en un acto nulo de pleno derecho como es la gestación subrogada, el Pleno sí admite el nacimiento de tal relación paterno filial, si bien acudiendo al recurso ofrecido por otras vías legales. Así, del tenor de dicho Auto se constata la argumentación siguiente: “En el caso de España, ese *status* puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor”.

Sin duda, el caso más nítido que ampara la señalada doctrina del Tribunal Supremo es el que resulta de aquel ciudadano español, progenitor de intención, que aportó su material genético, pudiendo ser reconocido como padre dentro del marco legal del Código Civil, siendo así el único progenitor, contando con la renuncia a la maternidad de la gestante. Esta doctrina ofrece asimismo cobertura a los supuestos de parejas o matrimonios en los que uno de ellos aporta el

9 ATS, Sala Civil, del 02 de febrero de 2015 (ROJ: ATS 335/2015-ECLI:ES:TS:2015:335A). Recurso: 245/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena. La resolución desestima la nulidad de actuaciones que se interesa, considerando que la denegación de la inscripción en España de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución respecto de los comitentes no vulnera el derecho a la vida privada de los menores. Precisa las diferencias del caso resuelto por la sentencia española con los casos franceses objeto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y se concluye que la sentencia de esta Sala protege el interés de los menores, pues permite la fijación de las relaciones paternofiliales mediante la determinación de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones familiares “de facto” mediante la adopción o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores.

material genético, de modo que el mismo resulta fácilmente reconocible como padre, debiendo su pareja adoptar a ese hijo a través del trámite privilegiado que establece el art. 176.2.2 CC. En cualquier caso, también aquí cabría plantearse el dilema, al suscitarse qué sucede si, una vez llevada a cabo la gestación subrogada por acuerdo de ambos, finalmente el padre biológico no se aviene a prestar asentimiento a la adopción por parte de su pareja.

En todo caso, conviene no descuidar la circunstancia de que la pareja que recurre al procedimiento de la gestación por sustitución usualmente carece de vinculación biológica con el menor, por lo que en sentido estricto ninguna reclamación en este ámbito resultaría fundada, salvo que el adoptante -o progenitor de intención- pudiera ampararse en la cobertura ofrecida por el supuesto regulado en el art. 175.5 CC -convivencia efectiva de la pareja con el adoptando durante al menos dos años previos a la adopción-.

Por último, cabe señalar que otras soluciones a las que apunta el Tribunal Supremo se antojan harto más complejas de alcanzar en la práctica sin la concurrencia de un vínculo de consanguinidad entre el padre -o al menos un integrante de la pareja- y el menor. Y es que en nuestro ordenamiento la adopción integra un expediente reglado, conclusión que se alcanza de la simple lectura del art. 176 CC, de tal manera que, como es sabido, no resulta posible adoptar al menor que uno elige. La protección de la situación fáctica planteada tal vez sería viable mediante la figura de la guarda de hecho, en su momento regulada en el art. 303 CC¹⁰, resultando esta solución en todo caso precaria en comparación con el *status* que otorga la consideración de una filiación reconocida, que es, en definitiva, lo pretendido mediante el uso de la gestación subrogada. También podría utilizarse la constante posesión de estado a que se refiere el art. 131 CC, aunque en buena lógica sería necesario el trascurso de un tiempo y una consolidación fáctica que se aviene mal con la situación de relativa urgencia generada por la circunstancia de un menor al que se le niega la filiación.

Para el supuesto de que la usuaria de la gestación subrogada resulte ser una mujer, la cuestión se complica aún más si cabe, ya que al margen de que haya aportado o no su material genético, lo cierto es que según la ley española nunca puede ser la madre. Podría entonces darse el caso de una mujer que hubiera sido la donante del óvulo pero que no fuese considerada madre, aunque se entienda que podría hacer uso de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial prevista en el art. 133 CC, debiéndose entender en tal supuesto que la maternidad biológica debe considerarse del mismo rango y relevancia que la paternidad de la misma clase. Y si la mujer no ha aportado su material genético entonces las

10 Derogado por la disposición derogatoria única.3 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

opciones al amparo de la doctrina del Tribunal Supremo aún resultarían más escasas y dificultosas, por las razones expuestas.

Como solución pudiera considerarse también posible la opción del exequátur, interesando al Juzgado competente el exequátur de la resolución extranjera por la que se constituye la filiación originada mediante gestación subrogada, localizándose en tal sentido supuestos de juzgados que lo venían concediendo, si bien es cierto que, respetando en todo caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con rigor no debiera haberse acordado tal consecuencia, toda vez que el art. 46.1.a) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, no permite el exequátur de resoluciones judiciales extranjeras firmes contrarias al orden público español¹¹. En definitiva, se ha venido apreciando una destacada inseguridad jurídica en la situación revisada, pudiéndose constatar en nuestra realidad más próxima la existencia de supuestos en los que se ha establecido una relación paterno filial sin dificultad y otros que no han seguido la misma suerte, a pesar de que todos ellos hayan surgido de un mismo hecho inicial cual es la utilización del recurso de la gestación por sustitución. De esta manera, por mucho que se procure una solución a través de la adopción, la reclamación de la filiación u otra vía legal posible, lo bien cierto es que el origen de la filiación pretendida es el que es: mediante la contratación de un vientre de alquiler. Por lo que, sin duda, la solución más coherente con el principio de seguridad jurídica apuntaría a un cambio legislativo rotundo que, o bien prohibiera la práctica -declaración legal ya existente- señalando, además, las consecuencias concretas para el caso de vulneración de la prohibición, o bien la regulara a los efectos de controlar desde España la situación final de las gestantes, la determinación inequívoca de los progenitores de intención y sus aptitudes, así como el cese del lucro que se hubiere obtenido mediante esta actividad y, por encima de todo, el interés del que sin duda es el más desprotegido de esta historia: el nacido.

Como ha quedado expuesto por señalada doctrina¹², la aparición de las técnicas de reproducción asistida soluciona los problemas de infertilidad o imposibilidad de procreación natural mediante la posibilidad de que la gestación se lleve a cabo por una mujer diversa de los padres de intención a la que se le implanta el embrión (procedente de los padres intencionales o de terceros donantes), produciéndose el fenómeno, que ahora analizamos, de maternidad por

11 Y ello, a mi juicio, aunque se maneje el eufemístico concepto de "orden público atenuado", al que algún autor hace referencia (cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia", en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Tomo I, Universitas Studio rum, Mantova, 2017, pp. 621-622). Pero sobre esta cuestión me ocupo en otro apartado de este trabajo.

12 Cfr. HERMIDA BELLOT, B.: "Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, y el Comité de Derechos del Niño", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 767/2018, mayo-junio, pp. 1193-1229.

sustitución o subrogada, práctica que, si bien resulta científicamente viable, como ya he señalado no ha merecido solución jurídica homogénea por parte de los diversos ordenamientos, manteniendo un actual debate en su consideración en las diversas perspectivas en las que se proyecta (jurídica, moral, social, política, económica...). Tal circunstancia provoca que los nacionales de aquellos países en los que se prohíbe o restringe su regulación acudan a otros que sí la permiten, usualmente a través de las denominadas agencias de intermediación, generando, entre otras cuestiones jurídicas, la concerniente a la determinación del estado civil de filiación de los nacidos a través de estas técnicas en países que regulan la maternidad por sustitución y atribuyen legalmente la filiación a los padres comitentes permitiendo que la misma encuentre reflejo en la inscripción en sus respectivos Registros Civiles, situación que se plantea cuando los padres que encargan la gestación interesan asimismo la constancia en el Registro Civil de su país del nacimiento y de la filiación constituida conforme a la ley extranjera que permite la gestación por sustitución.

En nuestro ordenamiento la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, coincidiendo con la disposición que ya se contenía en la norma precedente (Ley 35/1988), contiene una previsión en materia de filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en su art. 7.1, en el que se declara que “la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles¹³, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”. Las especificaciones a que se refiere el precepto precitado son las siguientes.

Inicialmente, cabe aludir a la situación vinculada al requisito conformado por los consentimientos necesarios para la aplicación de las técnicas ahora consideradas a que se refiere el art. 6.1 de la Ley 14/2006, que permite a “toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar” la posibilidad de “ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa”, y ello con independencia de su estado civil y también de su orientación sexual. Si bien, en el supuesto de que la mujer estuviera unida por vínculo matrimonial también resulta preciso “el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente” (apartado 3). La consecuencia de la prestación de los señalados consentimientos es que “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como

13 En todo caso, la remisión genérica a la “legislación civil” debe entenderse referida tanto a las previsiones sobre filiación que se contienen en el Código Civil, como a las que se contienen en concretas legislaciones autonómicas, tal y como sucede en la catalana o la navarra.

consecuencia de tal fecundación" (art. 8.1). La indicada previsión se vincula con la disposición que se contiene en el apartado 3 del mismo artículo a cuyo tenor "la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda (...) no implica en ningún caso determinación legal de la filiación". En definitiva, de lo expuesto se concluye que la filiación del nacido mediante el uso de técnicas de reproducción asistida utilizando gametos o preembriones donados, mediando el consentimiento previo de los cónyuges, será matrimonial y a favor de los esposos, sin que en ningún caso la revelación de la identidad del donante puede producir efecto alguno que modifique la señalada previsión legal, resultando esta filiación inimpugnable por los cónyuges implicados. Nos hallamos ante un supuesto de filiación formalmente reconocida contra la realidad biológica y desvinculada de cualquier vínculo genético con uno, o quizá con ambos padres, que consagra una solución legal concordante con la que resulta de la presunción de paternidad matrimonial contenida en el art. 116 CC¹⁴, y que de ordinario actúa en el ámbito extrajudicial o registral, sin perjuicio de la posible prueba en contrario que la destruiría, como presunción *iuris tantum* que es, mediante la acreditación en el ámbito de un procedimiento consecuente al ejercicio de las correspondientes acciones de reclamación o impugnación de la filiación que, en cualquier caso, no caben ser ejercitadas en el seno de los supuestos en los que la filiación se produzca mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida con contribución de un donante de material genético. No obstante la previsión legal, en el supuesto de que el marido no hubiere prestado el consentimiento a que se refiere el art. 6.3 de la Ley 14/2006, quedará éste exento de la prohibición que en la hipótesis contraria le afectaría, a los efectos de poder ejercitar la acción de impugnación en cuyo caso adquiere prevalente consideración la circunstancia de que los gametos empleados para la fecundación sean, o no, material genético suyo o bien de un tercero ya que sólo en el primer supuesto no prosperaría la eventual acción impugnatoria.

Por cuanto se refiere a la madre, la remisión que el art. 7.1 de la Ley 14/2006 realiza a las reglas generales de la legislación civil permite concluir que, en todo caso, la filiación de la madre que alumbra, acreditada por medio de la prueba directa del parto vinculada a la de la identidad del nacido de acuerdo con el criterio tradicionalmente consagrado en la Ley de Registro Civil de 1957¹⁵, es el criterio que determina la filiación respecto a la misma, previsión que se vio reforzada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, en cuyo art. 46, párrafo 1º, segundo inciso, según redacción dada por Ley 19/2015, de 13 de julio, se declara lo siguiente: "El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma

14 El art. 116 CC resulta del tenor siguiente: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

15 Cuyo art. 47 ya exigía la plena coincidencia entre la declaración del nacimiento y el parte facultativo.

indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas que resulten necesarias para ello conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas. En todo caso se tomarán las dos huellas plantares del recién nacido junto a las huellas dactilares de la madre para que figuren en el mismo documento”¹⁶.

Con precisa referencia al supuesto de parejas no casadas la filiación materna resulta determinada de la manera indicada pues, a tal efecto, la existencia de vínculo matrimonial entre los padres no resulta relevante, a excepción del supuesto relativo a que la madre se encuentre casada con otra mujer, en cuyo caso podrá existir una doble maternidad: por una parte, la correspondiente a la mujer que gesta y, por otra, la correspondiente a su cónyuge¹⁷. Específicamente, para estos supuestos, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, incorporó un nuevo apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006, de conformidad con el cual cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge¹⁸.

Con relación a la filiación paterna en los supuestos de parejas heterosexuales no casadas que utilizan las técnicas de reproducción asistida, en la práctica registral usualmente la solución es la resultante en los casos de filiación no matrimonial ordinaria, en definitiva, el reconocimiento de la filiación ante el Encargado del Registro Civil o bien mediante testamento u otro documento público (art. 120.2° CC)¹⁹.

16 El art. 46 de la Ley 20/2011 resulta redactado por el apartado tres del artículo segundo de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE de 14 de julio). Hasta la entrada en vigor de la nueva Ley del Registro del Civil, la presente disposición resultó aplicable a los Registros Civiles regulados en la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, practicándose las inscripciones correspondientes en las secciones de nacimientos y defunciones previstas en dicha Ley, estando prevista la vigencia de la norma para el 30 junio 2020, y resultando sus efectos aplicativos a partir del 15 octubre 2015.

17 Sobre este punto, cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida Comentario a la RDGRN de 8 de febrero de 2017”, *Actualidad civil*, núm. 4/2017, pp. 21-32.

18 Conviene significar que, en este caso, no se exige que el óvulo fecundado sea de esta segunda mujer, ni tampoco se excluye que el material genético masculino no provenga de donante anónimo, circunstancia que en la práctica puede suscitar dudas en los supuestos en los que el varón cuyos gametos fueron utilizados reclame la paternidad cuando el embarazo se produjo por procedimientos naturales y no mediante un supuesto de fecundación *in vitro*. En igual sentido se expresa el art. 44.5 de la Ley 20/2011, de Registro Civil, después de la reforma operada por la Ley 19/2015.

19 Reconocimiento de paternidad sometido, no obstante, a los requisitos de eficacia recogidos en el art. 124 CC, a cuyo tenor “la eficacia del reconocimiento del menor requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido”, exigencia que resulta dispensada, no obstante, “si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento”, si bien “la inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

Y en cuanto a la regulación de la gestación por sustitución, se debe partir del ya considerado art. 7.1 de la Ley 14/2006, si bien debe reiterarse que tanto la Ley 35/1988 como la vigente tras su reforma parcial por la Ley 19/2015 (que no modifica la regulación en el punto ahora considerado) se declaran contrarias a los contratos de gestación por sustitución, disponiendo a tal efecto el ya precitado art. 10 -tal y como ya se ha anticipado- lo siguiente: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". Del precepto transcrito se colige la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación por sustitución que, en consecuencia, nunca puede ser fuente de obligaciones civiles, así como la ineficacia de la renuncia por parte de la gestante a la determinación de su filiación materna, en cuanto ésta integra un *status filii* irrenunciable por ser materia de *ius cogens*²⁰. Y, en coherencia con lo expuesto el apartado 2 del precepto dispone que la filiación se determinará por el parto, lo que implica atribuir la filiación a la madre gestante -tanto si ha aportado su óvulo (madre genética) como si le ha sido implantado o transferido un embrión fecundado in vitro con ovocitos procedentes de otra mujer- y no a la intencional; y tanto si se ha aplicado material genético de su esposo o pareja (fecundación homóloga), como si lo ha sido el de un tercero donante (fecundación heteróloga). Además, se deja a salvo la posible reclamación que pudiera realizar el padre biológico de conformidad con las reglas generales, y ello con independencia de que haya sido, o no, parte del contrato de encargo de la gestación por sustitución.

En definitiva, en los supuestos en los que no concurra elemento transfronterizo, los nacidos mediante el expediente de la gestación por sustitución obtendrán la filiación materna correspondiente a la madre gestante, incluso en el supuesto de que se haya perfeccionado un contrato de encargo de la gestación, mediando o no precio, en virtud del cual la gestante haya renunciado a su filiación materna, pues esta renuncia es nula y, por consiguiente, ineficaz, es decir, no produce consecuencia alguna.

La controversia quedaba, pues, localizada en los casos de maternidad subrogada con elementos de extranjería en los que, contra la regulación ofrecida por nuestro

20 Esta misma consideración apareció expresamente recogida en el art. 44.4 de la Ley 20/2011, de Registro Civil, en su redacción dada por Ley 19/2015 que, tras disponer que la filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 24 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, añade que, salvo en los casos a que se refiere el art. 48 (menores en situación de desamparo), en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá éste último.

ordenamiento, se haya aplicado la legislación que la permite o regula, bajo cuya cobertura se ha generado una relación de filiación a favor de uno o de los dos padres intencionales, resultando servido el problema cuando la señalada relación de filiación constituida al amparo de la norma no nacional y bajo la intervención de una autoridad judicial extranjera pretendía ser reconocida en España mediante la inscripción en el Registro Civil que, de obtenerse, legitimaba la filiación alcanzada en las circunstancias indicadas.

Los modernos ordenamientos ofrecen soluciones muy diversas a la problemática jurídica que plantea la maternidad subrogada, que van desde la prohibición absoluta de los contratos que -mediando o no precio- la posibilitan, sancionados con la más radical de las categorías de ineficacia cual es la nulidad, hasta la completa admisión de la posibilidad, pasando por un amplio elenco de soluciones intermedias de variopinto contenido y alcance. Y, siendo tan diversas las soluciones concedidas por los diferentes sistemas jurídicos, no deja de sorprender que en todos ellos la justificación de cada una de las respuestas ofrecidas resulta fundada en motivos de naturaleza ética²¹.

Seguidamente me limito a exponer de manera muy sintética algunas de las soluciones legales más significativas²².

Como ejemplo de ordenamientos más permisivos suelen citarse los de Rusia, Ucrania, Georgia o India²³, cuyas leyes admiten los contratos de maternidad subrogada, incluso los que se conciertan mediando precio, extremo que constituye el núcleo principal que centra una buena parte de las críticas recibidas, al considerarse que esta posibilidad cosifica el cuerpo femenino reduciéndolo a un objeto de cambio, precisamente en países en los que, por tratarse de lugares no precisamente prósperos económicamente, la práctica se convierte en una manera de explotación de personas especialmente vulnerables.

En Canadá la maternidad subrogada constituye una práctica legalmente admitida, siempre que se realice de manera altruista. Así, como regla general, el

21 En este sentido, como ponen de relieve GARCÍA RUBIO, M.P. y HERRERO OVIEDO, M.: "Maternidad subrogada, dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52/2018, pp. 70-71, resulta que en los ordenamientos que mantienen la prohibición total a estos contratos se apela, por ejemplo, a la indisponibilidad del cuerpo humano, en este caso el femenino que, una vez más resulta objeto de especial debate; en tanto que en los más permisivos, se reclama el respeto a la autonomía de la persona y de nuevo, en especial, de la mujer, respecto de la toma de decisiones sobre su propio cuerpo; resultando que en los supuestos intermedios se admite la validez de estos contratos pero únicamente en determinadas circunstancias, invocándose con frecuencia razones que invocan la solidaridad entre las mujeres y, en consecuencia, defendiendo los contratos gratuitos, aunque también los onerosos pro sólo en ciertos casos en los que el recurso a este expediente resulta justificado.

22 Sigo en este punto la brillante síntesis ofrecida por GARCÍA RUBIO, M.P. y HERRERO OVIEDO, M.: "Maternidad subrogada", cit., pp. 70-81.

23 India reformó su legislación en 2015, proscribiendo la gestación por sustitución internacional para comitentes extranjeros en cuyos países no resultaba admitida. En el mismo sentido se pronuncian los ordenamientos de Nepal, Tailandia y Camboya.

pago de contraprestación a la gestante, se encuentra prohibido por la Ley Federal sobre Reproducción asistida Humana, aunque se exceptúa la posibilidad de que otra previsión legal lo admita. No obstante, sí que resulta permitido el resarcimiento de los daños causados a la madre gestante, aunque queda prohibida la indemnización de daños por pérdida de salarios durante la gestación, a no ser que un facultativo especialista certifique por escrito que el desarrollo de la actividad remunerada puede constituir un riesgo para la gestante o para el concebido, o que la indicada indemnización resulte reconocida normativamente. Debe tenerse en cuenta que la validez de la maternidad subrogada en este país queda sometida a las diversas respuestas legislativas de cada una de sus provincias.

Por su parte, Australia prohíbe los contratos de gestación subrogada mediando fines comerciales no obstante lo cual los servicios de las madres de sustitución se siguen contratando fuera del territorio nacional, habida cuenta de la dificultad de que una mujer asuma este encargo sin mediar contraprestación alguna, si bien algunos estados han llegado incluso a adoptar regulaciones proyectadas a sancionar penalmente las actuaciones de residentes australianos que concierten contratos con tal fin, aunque el convenio se cumpla fuera de las fronteras de su territorio e incluso aunque se trate de un territorio que admita legalmente la práctica. Con precisa referencia a la determinación de la filiación de los nacidos mediante el uso de esta técnica se dispone la consideración de progenitores para la madre subrogada y su pareja, con independencia de que tengan o no conexión genética con el nacido, aunque en la mayoría de los Estados de la nación permiten que los padres de intención puedan obtener una resolución judicial por la que se les declare padres legales.

En Israel se ha venido admitiendo la validez de los contratos de maternidad subrogada, si bien condicionados a su aprobación *ex ante* por parte de un Comité *ad hoc* de naturaleza pública que se centra en evaluar la idoneidad de las partes y supervisa el procedimiento.

El panorama que plantean los Estados Unidos de América es de todo punto heterogéneo, toda vez que, si bien algunos Estados admiten los contratos de gestación por sustitución, con matices regulatorios bien diferentes, otros no lo hacen, provocando persistentes enfrentamientos judiciales a los efectos de determinar la custodia del nacido mediante el uso de este procedimiento. En el considerado contexto territorial es lugar común, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, acudir a la diferenciación entre lo que se denomina maternidad subrogada tradicional y gestacional, refiriéndose la primera categoría al caso en que la gestante también aporta su óvulo, apreciándose judicialmente en tales supuestos la inexigibilidad del cumplimiento del contrato siendo el prevalente interés del menor el principio que deba regir la determinación de la atribución de

su custodia. En el supuesto de inexistencia de conexión genética con la gestante, los tribunales otorgan prevalencia al convenio o a la relación genética para atribuir la custodia a los padres de intención.

En el ámbito europeo el panorama es el siguiente.

En Reino Unido la gestación por sustitución resulta prohibida si se realiza con fines comerciales por el Surrogacy Arrangements Act de 1985, que también dispone sanciones penales para quienes participen de alguna manera en esta categoría de convenios. Se admiten, no obstante, los contratos gratuitos, en los que resultan reembolsables los gastos justificados que aparezcan durante el embarazo y el parto, aunque jurídicamente no se consideren exigibles. Con todo, las reglas que van a determinar el orden en la determinación de la filiación en los casos de maternidad subrogada no prohibida son las que se contienen en la Fertilisation and Embriology Act y en las normas contenidas en la Human Fertilisation and Embriology Authority, y van a depender de las peculiares circunstancias del supuesto considerado.

En Grecia se precisa de una autorización judicial para la celebración de un contrato válido de maternidad subrogada que, en todo caso, resultará controlado por la autoridad judicial.

Más recientemente, a las señaladas posiciones intermedias se suma la de Portugal, cuya Ley 25/2016, de 22 de agosto, regula la gestación por sustitución, permitiendo la celebración de negocios jurídicos de gestación por sustitución con carácter gratuito, pero sólo en supuestos de ausencia de útero, lesión o enfermedad en este órgano que impida de manera absoluta y definitiva el embarazo de la mujer, o bien en situaciones clínicas que lo justifiquen, siendo de aplicación las reglas generales en materia de consentimiento contractual y obligatoria la forma escrita de los contratos que serán supervisados por el Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Se prohíbe que la gestante sea a su vez la donante de los ovocitos y se exige que los gametos procedan de al menos uno de los respectivos beneficiarios, así como que la práctica resulte autorizada por el ente público competente.

No existe en Bélgica una regulación expresa de este tipo de contratos, si bien se localizan algunas resoluciones que finalmente los reconocen consolidando su validez²⁴.

24 Cfr. Sentencia de la Corte de Apelación de Lieja, Iª, CH, de 6 de septiembre de 2010, que revocó en parte la sentencia de un tribunal inferior que había declarado contraria al orden público belga la transcripción en sus registros civiles del nacimiento de dos gemelas a favor de un matrimonio de varones casados en Bélgica, por entender que los contratos sobre seres humanos y sobre el cuerpo humano eran contrarios al orden público belga, declaración que resulta compartida por el tribunal de apelación que, no obstante, estima el recurso del padre genético al valorar el interés superior del niño.

En contra de los contratos de gestación subrogada se localizan, además del español, los ordenamientos de Francia²⁵, Suiza²⁶ e Italia²⁷.

2. La doctrina de la DGFPYSJ (antes DGRN). La Resolución de 18 de febrero de 2009. Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y 18 de febrero de 2019.

La Resolución de 18 de febrero de 2009.

En su Fundamentación Jurídica expresada a través de la Resolución de 18 de febrero de 2009 la antigua DGRN vino a declarar que “resulta indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)”. Y que es indudable también que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (art. 10.2 de la Ley 14/2006)”.

Y así, tomando como punto de partida la señalada proscripción de la gestación por sustitución legalmente declarada, y con fundamento en el principio de garantizar y posibilitar la determinación de la veracidad biológica que ha regido tradicionalmente como inveterada práctica consagrada en nuestro Derecho castellano y que actualmente aparece constitucionalmente expresada (art. 39.2 de la CE), el Centro Directivo hasta la Resolución de 18 de febrero de 2009 se decantó por rechazar la posibilidad de inscripción de las inscripciones de nacimiento y filiación fundadas en la certificación de un registro extranjero de niños nacidos en territorio no nacional cuando de la calificación o de las comprobaciones complementarias verificadas por el Encargado del Registro Civil se concluyera la falta de correspondencia entre el contenido de la certificación emitida en el extranjero y la realidad de los hechos concretada en la maternidad o paternidad biológica de los que en la referida certificación constan como progenitores del nacido, aplicando a estos supuestos una solución análoga a la que se aplicaba para los denominados reconocimientos de complacencia cuando la inscripción de la filiación se interesa en un momento posterior a la inscripción del nacimiento, de tal manera que en tales circunstancias el juez encargado del Registro Civil al calificar tenía que valorar el antedicho principio de ajuste a la verdad biológica al menos

25 En Francia el Code civil declara expresamente que el cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho de naturaleza patrimonial, que las convenciones que tengan por efecto conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, a sus elementos o a sus productos son nulas, y que toda convención relativa a la procreación o a la gestión por cuenta de otro es nula. Cfr. arts. 16.3, 16.5 y 16.7 del Code civil. Asimismo, se tipifica penalmente la intermediación en el art. 227.12 CP.

26 En Suiza la prohibición de la gestación por sustitución resulta elevada a categoría constitucional (art. 119.2 de la Constitución federal suiza).

27 En Italia la proscripción de la gestación por sustitución se contiene en el art. 12.6 de la Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

comprobando la concurrencia de algún indicio que permita considerar creíble la paternidad alegada²⁸.

Con la Resolución de 18 de febrero de 2009 el planteamiento cambia.

En el caso resuelto por la precitada Resolución se aborda el supuesto de un matrimonio, celebrado en territorio español en 2005, compuesto por dos varones de nacionalidad española y residentes en España que presentan en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (California) una solicitud de inscripción de nacimiento de dos gemelos nacidos en el mismo estado adjuntando los certificados de nacimiento de los menores emitidos por el Registro Civil del Estado de California, así como las certificaciones de nacimiento de los interesados en la inscripción y su correspondiente Libro de Familia. Así las cosas, el Encargado del Registro Civil Consular deniega la inscripción con fundamento en el ya mencionado art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Y el Centro Directivo, en su Resolución de 18 de febrero de 2009 estima el recurso planteado ordenando que se proceda a la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores con las referencias de filiación que aparecen en la certificación registral californiana aportada y de la que se concluye que los nacidos son hijos de los recurrentes. Señaladamente, los Fundamentos Jurídicos en que se basa la señalada Resolución son los atinentes a la competencia del Registro Civil español, el análisis de los títulos inscribibles en vinculación con las normas del Derecho Internacional Privado concurrentes así como las normas relativas al acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales expedidas en territorio extranjero en conexión con los requisitos exigidos reglamentariamente a tal efecto (*cfr.* art. 81 del Reglamento del Registro Civil), y también el propio análisis del orden público internacional español, básicamente fundado en la comprobación de ausencia de fraude de ley y en el principio del interés superior del niño.

Como ha resultado expuesto por autorizada doctrina²⁹, las más destacadas objeciones a la Resolución de 18 de febrero de 2009 se pueden concretar en los aspectos siguientes.

28 En este sentido se pronuncian, entre otras muchas, las Resoluciones de 28 de diciembre de 1998 y de 12 de noviembre de 2004, al declarar que resulta inscribible el reconocimiento de un menor siempre que se haya realizado en la forma que la ley dispone para ello y se verifiquen todos los demás requisitos de eficacia, sin que resulte relevante a tal efecto la concurrencia de duda acerca del ajuste a la verdad biológica del considerado reconocimiento, y sin que proceda la inscripción en los supuestos en que de las manifestaciones de los interesados se infiera indubitadamente la inveracidad del contenido de dicho reconocimiento. Posteriormente, *cfr.*, en el mismo sentido, la Resolución de la antigua DGRN de 15 de abril de 2013.

29 Sigo en este punto la síntesis ofrecida por DÍAZ FRAILE, J. M.ª: "La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1/2019 (enero-marzo), pp. 85-89.

Inicialmente y respecto a la cuestión resuelta por la Resolución considerada, ciertamente el Centro Directivo acuerda que se proceda a la inscripción de los certificados de nacimiento extranjeros, pero expone asimismo que su decisión no prejuzga las cuestiones de fondo relativas a la validez del contrato, la filiación y el efecto de cosa juzgada de la decisión judicial extranjera que establece la doble paternidad de los menores antes de su nacimiento³⁰. Y tal circunstancia implica la generación de una situación de provisionalidad que se opone a la noción de identidad única, estable y continua en que se funda la Resolución, de manera que, atendido el contenido de la misma, inscrita la filiación en cuestión en el Registro Civil español no resulta garantizado que dicha inscripción a último pudiera resultar anulada judicialmente, con fundamento en el art. 10 de la Ley 14/2006, generando de este modo una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica que se aviene mal con el interés de los menores que se pretende asegurar.

Por otra parte, resulta también que el Centro Directivo prescinde en su decisión de la exigencia previa del exequátur de la decisión judicial emitida por el Tribunal californiano, incluso constatando la existencia de una relación directa entre la sentencia que homologa el convenio de gestación, constituye la filiación y acuerda la inscripción a favor de los interesados, y las propias certificaciones de nacimiento de los gemelos. En este punto es de constatar que el Centro Directivo limita el control de legalidad a los requisitos formales de autenticidad y eficacia probatoria de los certificados aportados, a la competencia de la autoridad registral, a la equivalencia funcional del Registro Civil californiano con el español, al respeto de los derechos de defensa de las partes y al respeto que declara a los límites del orden público internacional español, esencialmente con fundamento en el principio del interés superior del menor. De esta manera de proceder se constata la omisión del contenido del párrafo segundo art. 23 de la Ley del Registro Civil que exige que el control de las certificaciones registrales extranjeras se extienda a la "realidad del hecho inscrito" y a la "legalidad conforme a la ley española".

Con precisa referencia a los límites al reconocimiento de las decisiones extranjeras, la Resolución de 18 de febrero de 2009 declara genéricamente la necesidad de analizar, previamente al reconocimiento y a la inscripción de la certificación registral extranjera, la competencia de la autoridad pública que la emite, si bien en su argumentación no desarrolla este criterio precedentemente declarado, limitándose a rechazar la existencia del fraude, si bien ponderando sus consecuencias, frente a la necesidad de otorgar prevalencia al principio del interés superior del menor, impidiendo que la sanción al fraude -localizado en la falta de reconocimiento de la filiación constituida en el Estado de California- pueda

30 Aspecto puesto de relieve por QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *Indret.com*, julio de 2009, pp. 1-42, citado por DÍAZ FRAILE, J. M.: "La gestación por sustitución", cit., p. 85, nota 34.

perjudicar el respeto al principio del *favor filii* -al privar a los menores del derecho a una identidad personal, derivada en todo caso de la filiación-, circunstancia que de manera inevitable conduce a la necesaria valoración del interés superior del menor vinculado con la cláusula de protección del orden público también ya aludida³¹.

La anulación judicial de la Resolución de 18 de febrero de 2009.

Por parte del Ministerio Público, en fecha 28 de enero de 2010, se interpuso demanda sustanciada a través del procedimiento declarativo ordinario contra la Resolución de la antigua DGRN de 18 de febrero de 2009, y que resultó turnada al Juzgado de Instancia núm. 15 de los del partido judicial de la ciudad de Valencia, recayendo Sentencia en fecha 15 de septiembre de 2010 en cuya parte dispositiva se declara lo siguiente: “Que, estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009, debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores ... con las menciones de filiación de las que resulta que son hijos de (...) y de (...) y, en su consecuencia, debe procederse a la cancelación de la inscripción”.

Interpuesto recurso de apelación contra la referida Sentencia, su enjuiciamiento correspondió a la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia que resolvió el mismo mediante el dictado de la Sentencia datada en 23 de noviembre de 2011, desestimatoria del recurso planteado y confirmatoria de la resolución recaída en la instancia.

Planteado recurso de casación contra la Sentencia dictada en la alzada, la Sala Primera del Tribunal Supremo procedió a su resolución mediante Sentencia de 6 de febrero de 2014 -a la que posteriormente me referiré-, desestimatoria del recurso planteado, que vino a confirmar asimismo la solución acordada por el Juez de Instancia.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

La reacción del Centro Directivo frente a la anulación de la Resolución de 18 de febrero de 2009 fue el dictado de la Instrucción de 5 de octubre de 2010³², sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por

31 En este sentido, como pone de relieve DÍAZ FRAILE, J. M.ª: “La gestación por sustitución”, cit., p. 89, el Centro Directivo opta por resolver la posible colisión entre ambos criterios a favor del primero, generando una solución fundada en la mera justicia material, a cuyo efecto admite la inscripción de los certificados registrales extranjeros, aunque limitando su eficacia jurídica a una mera presunción *iuris tantum* de legalidad y asumiendo una eventual impugnación judicial.

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

sustitución, publicada incluso antes de que alcanzara firmeza la resolución dictada por el Juzgado de Instancia núm. 15 de Valencia.

Ciertamente, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución viene a adoptar una solución ecléctica, partiendo de lo que el propio Centro Directivo se permitió acuñar como la “clasificación esencial de los supuestos” fácticos, en función de la circunstancia de que en el país de origen haya intervenido, o no, una autoridad judicial a los efectos de homologar el correspondiente contrato de maternidad subrogada y determinar legalmente la filiación a favor de los comitentes³³.

El análisis de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 permite localizar en su contenido, como premisa del razonamiento que expone a continuación, la inicial declaración acerca de que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, tras disponer en su art. 10 la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se acuerda la maternidad subrogada, mediando o no precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor de un comitente, en todo caso mantiene invariable la previsión legal de determinación de la filiación materna de la mujer que alumbra e incólupe la eventual acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico que acredite tal circunstancia³⁴.

Esta Instrucción de 5 de octubre de 2010 se presenta con el anuncio del claro propósito de asegurar el interés superior del menor y también el de la mujer gestante, disponiendo a tal efecto, como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal extranjero competente, cuya finalidad no es sino la de controlar el cumplimiento de los requisitos atinentes

33 Con todo, la consideración de su contenido fue objeto de numerosas y agudas críticas desde su publicación (cfr., CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOA GONZÁLEZ, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1/2011, marzo, pp. 250-262, quienes resumen las principales objeciones en los extremos atinentes: (i) a que el art. 10 Ley 14/2006 no es aplicable a la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución ya declarada por las autoridades públicas; (ii) a que la negativa a la determinación de la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución es una exigencia contraria a la Ley; (iii) a la incorrecta distinción que el Centro Directivo verifica entre “reconocimiento” y “exequátur”; (iv) a que la DGRN olvida el “orden público internacional” como motivo de rechazo del “reconocimiento incidental” en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución; (v) a que el sistema bilateralista de control de la competencia judicial internacional de los tribunales extranjeros es inadecuado; (vi) a que el art. 10 de la Ley 14/2006 rompe la continuidad transfronteriza de la filiación declarada en el extranjero si en dicho país la madre del menor no es la mujer que ha dado a luz; y (vii) a que los nacidos en el extranjero en virtud de técnicas de gestación por sustitución son españoles si concurren indicios racionales de su generación física por progenitor español sin necesidad de ninguna sentencia judicial que así lo establezca, llegando a resultar cuestionada incluso su constitucionalidad (cfr. FERRER VANRELL, M.P.: “La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución”, *Revista de Derecho, empresa y sociedad* (REDS), pp. 69-88.

34 En este sentido, las acciones a ejercitar son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los arts. 764 y siguientes de la LECiv, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

a la perfección y contenido del convenio gestacional en el ámbito normativo del país en el que el mismo se ha verificado, en el marco de la irrenunciable protección del interés de menor y el de la gestante; además de acreditar la plena capacidad jurídica y de obrar de ésta última, así como la eficacia legal del consentimiento emitido a los efectos de que el mismo no resulte viciado por error respecto de las consecuencias y alcance del objeto del contrato, ni tampoco por dolo, violencia o coacción, y también la posible revocación de la declaración de voluntad emitida, y demás requisitos prevenidos en el ordenamiento del país de origen, aspectos todos ellos -y alguno más- que no resultan verificables de la mera consideración de la certificación registral extranjera. En todo caso, y con precisa referencia al principio del *favor filii*, éste parece quedar asegurado mediante la previsión de facilitar la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un tribunal extranjero, condicionada a su reconocimiento en España y, también, a través de la comprobación de la inexistencia de una simulación en el contrato de gestación por sustitución que pudiera encubrir el tipo delictivo del tráfico internacional de menores, extremos todos ellos tampoco comprobables de la sola revisión de la certificación registral emitida por la competente autoridad extranjera³⁵.

A los efectos de determinar el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución las directrices que incorpora la Instrucción pueden resumirse en las siguientes.

PRIMERA DIRECTRIZ, relativa a la necesaria concurrencia de la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

a) La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido³⁶.

b) Salvo que resulte aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento

35 Es por lo que en la propia Instrucción de 5 de octubre de 2010 se señala que concurre en este extremo "una rectificación importante de la DGRN que corrige la Resolución de 18 de febrero de 2009", en punto a descartar, como título suficiente para la inscripción del nacimiento y para el reconocimiento de la filiación, la mera certificación registral emitida por la autoridad extranjera.

36 La Instrucción de 5 de octubre de 2010 establece el fundamento legal de esta condición en la previsión contenida en el art. 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que remite a las reglas generales sobre determinación de la filiación, imponiendo la exigencia del ejercicio de acciones procesales y la consiguiente resolución judicial a los efectos de la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos por este procedimiento.

deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur³⁷.

c) No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar los extremos siguientes:

1. La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

2. Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

3. Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

4. Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el

37 En este punto, tal y como consta declarado en la Instrucción que es objeto de análisis, el Centro Directivo manifiesta incorporar a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 "la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequatur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala en artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social", salvo en aquellos casos en los que la resolución judicial extranjera derive de un procedimiento equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria en cuyo caso, como se indica seguidamente, "el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones que su inscripción no queda sometida al requisito del exequatur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción". En este ámbito debe tenerse en cuenta la aprobación, posterior a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil que, aunque recoge determinadas disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución de actos y resoluciones propias de los procedimientos de jurisdicción voluntaria -cfr. su art. 41.2- no obstante, en su D.A. 1ª, entre las normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se refiere a "g) Las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria", lo que determina la exigencia de su aplicación preferente al tratarse la Ley de Cooperación Jurídica Internacional una norma de naturaleza supletoria en vinculación con las aludidas normas especiales -art. 2 de la Ley 29/2015-. Y así, en cumplimiento de la indicada remisión, conviene reparar en el contenido del art. 11 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, atinente a la "inscripción en registros públicos", que dispone que las resoluciones definitivas extranjeras de jurisdicción voluntaria emanadas de un órgano judicial podrán ser inscritas en los registros públicos españoles bien "previa superación del trámite de exequátur o de reconocimiento incidental en España" o bien "por el Encargado del registro correspondiente, siempre que verifique la concurrencia de los requisitos exigidos para ello", confirmando claramente el art. 12.1 de la Ley 15/2015 ésta última posibilidad al declarar que "los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras que sean firmes surtirán efectos en España y accederán a los registros públicos españoles previa superación de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la legislación vigente", aclarando a tal efecto el apartado 2 del mismo precepto que "el órgano judicial español o el Encargado del registro público competente lo será también para otorgar, de modo incidental, el reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras. No será necesario recurrir a ningún procedimiento específico previo", lo que supone la inclusión, entre los órganos competentes para verificar el reconocimiento incidental, a lo que ahora interesa, al Encargado del Registro civil español.

consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

5. Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Revisado cuanto antecede, cabe concluir la existencia de una evidente coincidencia entre la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y la Ley del Registro Civil -art. 96³⁸- en la concreción de las condiciones sometidas a control incidental, si bien es de observar que, a tales efectos, la Instrucción adiciona el requisito del carácter irrevocable de los consentimientos prestados³⁹.

SEGUNDA DIRECTRIZ, atinente a la inadmisión, como título idóneo para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, de la “certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica” relativa al nacimiento del menor.

A los efectos de disipar las posibles dudas acerca de la necesidad de la aportación de la resolución judicial extranjera, se señala que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación

38 El art. 96 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, intitulado “Resoluciones judiciales extranjeras” dispone lo siguiente: “1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5.º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.

d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40, si así se solicita expresamente.

3. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales.”

39 Tal adición, en mi opinión, supone una clara evocación al contenido del art. 26.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, toda vez que ambas previsiones responden al mismo criterio de la indivisibilidad de la filiación por imposibilidad de coexistencia de dos relaciones de filiación diversas en relación con una misma persona.

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.

Las señaladas directrices responden a la asunción por parte del Centro Directivo del criterio por cuya virtud la atribución de filiación de los nacidos mediante gestación subrogada debe encontrar fundamento en una previa resolución judicial, de tal manera que la Instrucción impone el señalado requisito para después precisar el régimen de reconocimiento aplicable.

Ciertamente, a primera vista podría señalarse que la exigencia de una resolución judicial, así como la aplicación del régimen de reconocimiento de decisiones permite de entrada la eliminación de concretas deficiencias que se apreciaban en la Resolución DGRN de 18 febrero 2009, ya analizada. En la precitada Resolución el Centro Directivo declaraba que: “La certificación registral extranjera constituye una “decisión” adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una “decisión extranjera” en forma de certificación registral extranjera, el acceso de ésta al Registro Civil español constituye no una cuestión de “Derecho aplicable”, sino una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro”. Además de que la equiparación entre certificación registral y resolución judicial extranjera resulta sin duda cuestionable -según se desprende de la directriz segunda de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, precedentemente expuesta-, llamaba poderosamente la atención que, empero tales manifestaciones, la Resolución de 18 de febrero de 2009 no asumiera en modo alguno el régimen propio del reconocimiento de decisiones que nuestro ordenamiento prevé.

En todo caso, según la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la razón de la exigencia de una previa resolución judicial se desprende de lo prevenido en el art. 10.3 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida humana, del que el Centro Directivo deduce la imposición del “ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución”. No obstante, asumiendo el señalado fundamento cabría objetar si los efectos que puede producir en España la resolución extranjera pueden ir más allá de la determinación de la filiación paterna, habida cuenta de que la limitación a ésta en el art. 10.3 se relaciona con el dato de que la Ley 14/2006 establece que la filiación materna viene en todo caso determinada por el parto, circunstancia también señalada inicialmente por la Instrucción de 5 de octubre de 2010, según quedó indicado. Igualmente podría entenderse debatido el dato de que la previsión contenida

en el art. 10.3 Ley 14/2006 constituya fundamento suficiente para imponer esa exigencia específica en la medida en que no opere en relación con la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos de otro modo. Pero es que, además, la posible realidad de la resolución exigida se encuentra restringida por el recurso al expediente de los medios procesales que posibiliten su eficacia en el ordenamiento extranjero a pesar de que la señalada filiación sea precisamente la que ya aparece determinada en el Registro correspondiente del país de que se trate.

En suma, en lo atinente al régimen de reconocimiento de las mencionadas resoluciones judiciales, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 supuestamente viene a aplicar a la cuestión de la determinación de la filiación los criterios admitidos con carácter general. Así, como se ha indicado, para el supuesto de resoluciones acordadas en procedimientos que encuentren vinculación analógica con los nacionales de jurisdicción voluntaria, la Instrucción recoge que, a falta de convenio internacional que disponga otra cosa, de los arts. 951, siguientes y concordantes de la Ley Procesal de 1881 se desprende la imperatividad del previo exequátur. Y tratándose de resoluciones dictadas en el seno de procedimientos análogos a los españoles de jurisdicción voluntaria se admite la posibilidad de su reconocimiento incidental por parte del Encargado del Registro Civil, toda vez que no resulta preciso el recurso al previo exequátur. Con precisa referencia a los casos en los que se admite el reconocimiento incidental, la Instrucción determina los requisitos de necesaria comprobación por parte del Encargado del Registro Civil español, al reconocer la resolución extranjera a los efectos de su inscripción, reiterando el Centro Directivo en este sentido la aplicación de las previsiones exigidas por la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal en la interpretación y aplicación del contenido del art. 954 LECiv de 1881, entre lo que incluye el control de la competencia del tribunal de origen y de las garantías procesales⁴⁰.

Se ha señalado que en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 concurre un eventual ejercicio de lo que se denomina un “orden público atenuado” que, en definitiva, se materializa en la posibilidad de atribuir en España determinados efectos a concretas instituciones que resultan ignotas o incluso contrarias a la legalidad nacional, con el evidente propósito de otorgar protección a la parte más desprotegida de una relación, si bien, tal posibilidad no llega a recibirse como admisible, pues el reconocimiento que pretende la Instrucción supondría la recepción directa de la figura de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico⁴¹.

40 En cualquier caso, podría valorarse la exigencia de algún requisito no referido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, aunque fundadamente exigido en el ámbito aplicativo del art. 954 de la LECiv de 1881, tal como el evidente y necesario control del orden público nacional, no mencionado expresamente.

41 Al respecto, *cfr.* DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *cit.*, pp. 621-622.

A mi juicio, la solución ofrecida por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 orillaba la consecuencia de nulidad contractual (“de pleno derecho”) derivada de la previsión expresamente declarada en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, generando una fórmula alternativa a las legalmente previstas para posibilitar el reconocimiento de la filiación generada mediante convenio gestacional, consagrando la vulneración de un precepto vigente, de ineludible cumplimiento⁴², bajo la pretendida cobertura -en todo caso no justificada- de la supuesta preservación del *principio del interés del menor*⁴³, concepto jurídico indeterminado que el Centro Directivo concreta, precisamente, en el sentido posibilitador de la elusión de la previsión legal.

Las Resoluciones del Centro Directivo dictadas con posterioridad a la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Con posterioridad a la publicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 el Centro Directivo dictó más de veinte resoluciones en aplicación de la doctrina que la referida Instrucción declara, fundada, como quedó explicado, en la básica diferenciación de criterios aplicables en función de que el título inscribible sea bien una resolución judicial emanada de un tribunal extranjero competente o bien una certificación emitida por un Registro Civil extranjero o una simple declaración acompañada de parte facultativo.

Así, la primera Resolución dictada tras la Instrucción de 5 de octubre de 2010 fue la de 3 de mayo de 2011, recaída en el seno de un recurso que fue planteado -en un supuesto fáctico parecido al que resolvió la Resolución de 18 de febrero de 2009- contra la negativa del Registro Civil Consular de Los Ángeles a inscribir la paternidad a favor de los recurrentes, en concreto dos varones de nacionalidad española, de una niña nacida en mayo de 2010 a consecuencia de un contrato de gestación subrogada celebrado en California y en la que se empleó material genético de ambos varones que concurrió con el de una mujer donante que no era la gestante. Con las expuestas premisas fácticas, el Encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles basa su negativa a inscribir en la apreciación de su propia falta de competencia para calificar y, en consecuencia, para proceder a la práctica de la inscripción del nacimiento y filiación, entendiendo que la competencia correspondía al Registro Civil Central y que, en el caso planteado, concurría una clara contravención del art. 10.1 y 2 de la Ley 14/2006.

42 En este mismo sentido se manifiesta DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Maternidad subrogada: radical cambio de posición de la DGFPJSJ. La Instrucción de 28 de abril de 2025”, *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, publicada el 14 de mayo de 2025, para quien, además, la norma contenida en el art. 10.1 de la Ley 14/2006 debe ser considerada de orden público “en la medida en que responde al principio, ampliamente mayoritario en los países de la Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer”.

43 Sobre el principio del interés de menor cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”, *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, coord. Juan Manuel Llopis Giner, Ed. Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 25-59, y *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2ª ed., La Ley-grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2000, pp. 25-78.

El Centro Directivo consideró no concurrente la invocada falta de competencia con fundamento en que “la regla general de competencia en materia registral se contiene en el artículo 16, apartado primero de la Ley del Registro Civil al disponer que la inscripción de nacimientos, matrimonios y defunciones se practicará en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen”. Obviamente, en el supuesto de tratarse de hechos ocurridos en España no se plantea problema alguno. Aplicándose el principio de competencia territorial que se desprende del transcrito precepto, el hecho deberá inscribirse en el Registro Municipal, principal o delegado, en cuya circunscripción acaece. A lo que se añade que: “Para el supuesto de hechos ocurridos en el extranjero, inscribibles por afectar a un español, el artículo 12 de la Ley dispone que: “Los Cónsules extenderán por duplicado las inscripciones que abren folio en el Registro de su cargo, uno de cuyos ejemplares será remitido al Registro Central para su debida incorporación”⁴⁴.

Por cuanto se refiere a la cuestión de fondo que a la antigua DGRN se le plantea, la Resolución de 3 de mayo de 2011, aplicando la doctrina contenida en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, revoca la calificación del Encargado de Registro Civil Consular; si bien dictando con carácter previo una diligencia de las entonces llamadas “para mejor proveer” (actualmente, “diligencias finales”, ex art. 435 de la LECiv) mediante la cual se requiere a los recurrentes para que aporten la resolución judicial dictada por el tribunal de California, toda vez que dicha resolución no se había presentado en el Consulado. Se significa, a tal efecto, que como la certificación registral extranjera, fundada en la previa resolución judicial, únicamente refleja la realidad jurídica consistente en las relaciones de filiación determinadas por la autoridad judicial, el reconocimiento de la decisión judicial extranjera debe verificarse con carácter previo a los efectos de poder obtenerse el ingreso en el Registro Civil español de las declaradas relaciones de filiación, según previene el art. 83 del Reglamento del Registro Civil, de manera que, constando como imprescindible la presentación de la resolución judicial previa, la circunstancia de inadmitirse en estos supuestos la mera certificación extranjera supone que las reglas aplicables que determinan el ingreso de la filiación en el Registro Civil no son las que dispone el art. 81 del Reglamento del Registro Civil -según refería la Resolución de 18 de febrero de 2009, esto es, los documentos públicos extranjeros- sino las que se disponen en el art. 83 de la misma norma reglamentaria, a cuyo tenor: “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido”.

44 En desarrollo de la norma legal transcrita, el art. 68, párrafo 2º, del Reglamento del Registro Civil, declara que: “Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor estuviese domiciliado en España deberá practicar antes la inscripción en el Registro Civil Central y después, por traslado, en el Consular correspondiente”. De manera que el Registro Civil Central se concibe como Registro de centralización de los asientos que han ingresado en los Consulares si bien, en virtud de la expuesta previsión reglamentaria, igualmente se presenta como un Registro Civil ordinario.

Después de la Resolución de 3 de mayo de 2011, el Centro Directivo vino a dictar otras más, en las que se reitera, en supuestos similares, la misma doctrina ante calificaciones que deniegan la inscripción, procedentes de los Encargados de los Registros Civiles Consulares de Los Ángeles, San Francisco y Chicago.

Las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 y 18 de febrero de 2019.

El 14 de febrero de 2019 el Centro Directivo dicta una Instrucción por la que se resuelve permitir, mediante un trámite registral de reconocimiento, la inscripción de la filiación paterna a favor del comitente español siempre que el mismo aportara, como medio complementario de acreditación, una prueba de ADN que indubitadamente acreditara la realidad de la filiación biológica paterna. En consecuencia, y a tenor de la señalada previsión, el requisito de la sentencia firme extranjera que acreditara la filiación de los comitentes ya no resultaba necesario por ser únicamente exigible el trámite administrativo de reconocimiento extrajudicial de la paternidad en el Registro Civil Consular. A tales efectos, la Instrucción de 14 de febrero de 2019, en su DIRECTRIZ SEGUNDA declara lo siguiente: “En caso de que la certificación registral extranjera, o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, conste la identidad de la madre gestante, siendo esta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero, la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requiere que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español (...)”. Pudiendo acreditarla de dos formas: “bien mediante sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación, conforme a los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 10.3 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, o”, y este supuesto es el más interesante, “bien mediante el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas establecidas en el Código civil y cumpliendo los requisitos previstos en cada caso para la plena validez y eficacia de dicho reconocimiento”, precisando respecto de esta última opción que requerirá el consentimiento expreso de la madre gestante y si estuviere casada se precisará también el consentimiento del marido por ser de aplicación la presunción de paternidad. Como complemento para asegurar la verdad material de la paternidad y a los efectos de prevenir el tráfico internacional de menores, la propia Instrucción requiere la práctica de una prueba de ADN que se debe verificar “con plenas garantías médicas y jurídicas”, previendo por último que, si lo que se pretende es determinar la filiación materna respecto de la comitente (mujer) que fuera cónyuge o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del comitente varón), o respecto del esposo o pareja masculina unido con el padre cuya filiación se ha inscrito, es imprescindible acudir al expediente de adopción del menor, que deberá tramitarse en España con respeto a las previsiones nacionales. Además de lo expuesto precedentemente, la

Instrucción amparaba “aquellos casos en que la ley extranjera aplicable, conforme al artículo 9.4 del Código Civil español, determine en virtud de un contrato de gestación por sustitución la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”, en evidente contravención de las previsiones legales relativas a la determinación de la filiación⁴⁵, señalando al respecto que “ante la eventualidad de que el menor quede desprotegido al no hacerse cargo del mismo la madre gestante, acreditada mediante la correspondiente declaración de ésta, debe buscarse una solución que tutele de manera efectiva los intereses preferentes de ese menor; ante una eventual situación de abandono e institucionalización en alguna entidad de protección de menores del país donde ha nacido. A ello debe preferirse siempre su integración en su familia biológica”, y así, venía a disponer, acreditada la circunstancia anterior, que “si la comitente presentara algún vínculo genético con el nacido/a por haber aportado su óvulo para la fecundación, será aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante” (DIRECTRIZ SEGUNDA). Sin duda, la pretensión de la Instrucción de 14 de febrero de 2019 no era otra que la de obviar el impedimento que podrían encontrar los comitentes en los Estados en que la norma determina de manera automática la filiación a su favor, toda vez que en tales supuestos no cabría el recurso al procedimiento del trámite registral, al prohibir la Instrucción de manera expresa la aceptación de una certificación extranjera en la que no se haga constar la identidad de la gestante. Finalmente, la última de las directrices de la Instrucción de 14 de febrero de 2019 señala que en la hipótesis de que no se practique la inscripción a favor de la madre comitente ciertamente el nacido quedaría desprotegido, no obstante lo cual si el menor permaneciera en el país extranjero que sí reconoce la maternidad de la comitente también se llegaría al reconocimiento de la filiación en virtud de la previsión contenida en el art. 9.4 CC, a cuyo tenor la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de la filiación.

Apenas cuatro días después de dictarse la Instrucción de 14 de febrero de 2019, en 18 de febrero del mismo mes y año, el Centro Directivo dicta otra Instrucción por la que se deja sin efecto la de 14 de febrero declarando el retorno

45 Toda vez que, según nuestra previsión legal, la maternidad viene determinada por el alumbramiento, aunque la gestante sea la madre biológica, pudiendo la madre comitente determinar su maternidad únicamente a través del procedimiento de la adopción, a salvo el expediente de reconocimiento de sentencia extranjera que acoge la Instrucción de 14 de febrero de 2019.

al marco definido por la Instrucción de 5 de octubre de 2010, con lo que se repone la exigencia de presentar una sentencia extranjera.

Últimas resoluciones.

Con posterioridad a las resoluciones revisadas, en otras que les sucedieron la anterior DGRN parecía aproximarse a la posición defendida por el Tribunal Supremo. En este sentido el Centro Directivo llega a afirmar la no inscribibilidad, por así demandarlo el principio de veracidad biológica, de un nacimiento sucedido en Iowa en 2019, con doble filiación española, al concurrir elementos suficientes como para deducir que la filiación no se ajusta a la realidad⁴⁶; o que, incluso con aportación al expediente de una resolución judicial que la justifique, no resulta inscribible la filiación si pueden utilizarse, al haber participado un ciudadano español, otros medios para no vulnerar el interés superior del menor, como la reclamación de la filiación, la adopción o el acogimiento familiar⁴⁷.

3. La posición del Tribunal Supremo y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 28/2024, de 27 de febrero de 2024.

Con buen criterio, los convenios gestacionales, expresamente prohibidos en nuestro ordenamiento, han venido siendo considerados por nuestro Tribunal Supremo contrarios al orden público, por entender el Alto Tribunal que en estas transacciones las mujeres gestantes y los nacidos mediante tal procedimiento resultan valorados como mercancía, lo que implica un evidente daño al interés superior del menor y una explotación de la mujer, consecuencias ambas inaceptables, pues ambos sujetos resultan tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a tal dignidad.

La STS, Sala 1ª, de 6 de febrero de 2014.

Como quedó expuesto, la STS, Sala Primera, de 6 de febrero de 2014⁴⁸, confirmatoria de la anulación judicial de la Resolución de 18 de febrero de 2009 inicialmente acordada por el Juzgado de Instancia núm. 15 de Valencia, en su razonamiento parte de la premisa, contenida en la resolución combatida, de que la "técnica de Derecho Internacional Privado aplicable no es la del conflicto de leyes sino la del reconocimiento" de la resolución emitida por la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil, considerando que el señalado reconocimiento impone, además de que el Registro sea regular y

⁴⁶ Cfr. RDGRN de 26 de abril de 2021.

⁴⁷ Cfr. RDGRN de 29 de septiembre de 2021.

⁴⁸ STS, Sala Primera, de Pleno, de 6 de febrero de 2014. ROJ: STS 247/2014-ECLI:ES:TS:2014:247, núm. de Resolución: 835/2013, núm. Recurso: 245/2012. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

auténtico, que “no haya duda de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española” (art. 23 de la Ley del Registro Civil).

Con fundamento en lo precedentemente expuesto, el TS considera que el control de legalidad no exige identidad de soluciones entre en Derecho extranjero y el ordenamiento español, aunque sí que demanda que la opción escogida por el legislador extranjero “no vulnere el orden público internacional español”, de manera que el Alto Tribunal viene a asimilar el control de legalidad “conforme a la ley española” en su explícita vinculación con el “orden público internacional español”. Y, desde la anterior consideración, se señala que las normas reguladoras de los aspectos fundamentales de la familia y de las relaciones paternofiliales asientan en preceptos de naturaleza constitucional, por lo que inexorablemente se vinculan al orden público español. Pues bien, entre los aludidos preceptos la Sala menciona los atinentes a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), la protección de la familia y la protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea el estado civil de éstas (art. 39.2 CE), así como también la protección de la infancia (art. 39.4 CE), el derecho a la integridad física y moral de las personas (art. 15 CE) y el respeto a su dignidad (art. 10.1 CE).

La Sala acoge el argumento de los recurrentes relativo a que en nuestro ordenamiento el hecho biológico no es el origen exclusivo de la filiación, toda vez que junto a esta circunstancia natural de determinación también concurren otras de naturaleza jurídica como el expediente de la adopción o la fecundación consentida con contribución del donante, si bien por el Alto Tribunal se declara que ni en España ni en los países de nuestro entorno, que comparten semejantes principios y valores a los nuestros, resulta admisible que la adopción o las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la gestante y del nacido, mercantilizando a ambos, cosificando a la gestante y al nacido y permitiendo la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza. Y es precisamente tal circunstancia la que justifica la configuración de instrumentos jurídicos internacionales relativos a la adopción internacional que posibilitan el establecimiento de medidas orientadas a que el niño permanezca integrado en su familia de origen, y a impedir la sustracción y el tráfico de menores, imponiendo en tal sentido que el consentimiento de la gestante deba ser prestado libremente tras el nacimiento del niño y no conseguido mediando pago u otra compensación de naturaleza económica.

En clara continuidad con lo expuesto el Alto Tribunal considera que “las normas que regulan la maternidad subrogada integran el orden público internacional”, caracterizado por ser un orden público que el propio Tribunal califica de “atenuado”, aunque siempre en menor grado cuando median más estrechos vínculos que relacionan la situación jurídica en cuestión con nuestro

país, consideración que conduce a la Sala a valorar la intensidad de los vínculos concurrentes en el supuesto objeto de controversia sometido a su enjuiciamiento, llegando a la conclusión de que los referidos vínculos en el caso de autos no son intensos pues "los recurrentes, nacionales y residentes en España se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España". La vinculación de la situación jurídica debatida con el Estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la "huida" de los solicitantes del ordenamiento español. Y teniendo en cuenta que la norma reguladora de la reproducción asistida resulta relativamente reciente en el tiempo⁴⁹ y se aprobó tras un intenso debate social, tal circunstancia conduce a concluir que el grado de atenuación del orden público internacional del Derecho español es, en este supuesto, reducido.

En otro orden de cosas, los recurrentes consideran que el interés superior del menor exige el reconocimiento de la filiación a su favor por ser, por naturaleza, los mejores padres que los menores pueden tener frente a la mujer que los alumbró que únicamente asumió el encargo de gestación convenido, y porque el menor tiene derecho a una identidad única que debe ser respetada por encima de las fronteras estatales. Al respecto, la Sala comparte que el interés superior del niño constituye un principio esencial consagrado en el art. 39 de nuestra Norma Fundamental, en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y también en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero no participa del argumento de los recurrentes relativo a que son los mejores padres que el menor puede tener, considerando que de acogerse tal criterio ello conduciría a la conclusión de que "el legislador español, al considerar nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuir la condición de madre a la mujer que da a luz al niño, no reconociendo por tanto la relación de filiación respecto de los padres intencionales o comitentes, ha vulnerado el interés superior del menor", y que debe prevalecer "la determinación de 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, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición que estuviera interesada en él". Es por lo que el TS considera que "la invocación indiscriminada del "interés del menor" serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubieran producido para situar al menor en el ámbito de esas personas

⁴⁹ En concreto, se trata de la Ley 23/1988, de 22 de noviembre, y de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, posteriormente modificada por la Ley 19/2015, de 13 de julio.

acomodadas”. En definitiva, el Tribunal considera que el interés superior del niño “no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales en nuestro país y en los de su entorno y en Convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y a las relaciones familiares, como es el 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”.

Tampoco acoge el Alto Tribunal el argumento del recurso relativo a la desprotección en que quedan los menores, toda vez que el objeto del procedimiento seguido no es la decisión sobre la integración de los menores en la familia que los recurrentes han constituido, no obstante lo cual, de conformidad con la doctrina jurisprudencial del TEDH, “si tal núcleo familiar existe y los menores tienen relaciones familiares de facto con los recurrentes, la solución habría de partir de ese dato para permitir su desarrollo y protección”⁵⁰.

Por cuanto se refiere al invocado argumento de la identidad única, el Tribunal Supremo considera que las resoluciones del TJUE invocadas en el recurso⁵¹ no son fundamento suficiente, pues en los supuestos que las mismas resuelven sí que concurría una vinculación efectiva de los menores con dos Estados diversos⁵², mientras que en el supuesto enjuiciado por la Sala no concurre dicha vinculación efectiva de los menores con los Estados Unidos.

Con precisa referencia a la invocada vulneración del derecho al respecto de la vida privada y familiar, el Tribunal Supremo considera que, conforme a la jurisprudencia del TEDH la señalada vulneración no se produce, toda vez que siendo la prohibición de la maternidad subrogada una “injerencia en la vida familiar”, no obstante, la situación considerada reúne los requisitos que por el TEDH se exigen para entenderla justificada⁵³.

50 Con tal propósito el TS apunta algunos cauces legales a los efectos de evitar la desprotección del menor; así, el previsto en el art. 10 de la Ley 14/2006 (reclamación de la paternidad respecto del padre biológico), el prevenido en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que será inscrito inmediatamente después del nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad y algún otro expediente legal tal como el acogimiento familiar o la adopción.

51 SSTJUE en los casos *García Avello* y *Grunkin-Paul*, de 2 de octubre de 2003 -asunto C-148/02- y 14 de octubre de 2008 -asunto C-353/06-, respectivamente.

52 En uno de los supuestos por ser diverso el Estado de residencia y el de la nacionalidad, y en el otro por la distinta nacionalidad de los padres.

53 STEDH de 28 de junio de 2007, caso *Wagner* y otro vs. Luxemburgo, en la que se dispone, como requisitos que justifican la señalada injerencia, los siguientes: 1) que se encuentre prevista en la ley, toda vez que la misma exige para el reconocimiento de decisiones extranjeras el respeto al orden público internacional; y 2) que sea necesaria en una sociedad democrática, al proteger el interés del menor tal y como este resulta

Con posterioridad a la STS, Sala I^a, de 6 de febrero de 2014, que rechazó la inscripción de los nacidos fuera de España mediante un contrato de maternidad subrogada, el Centro Directivo se manifestó resueltamente en contra de que la misma pudiera mermar o restringir la vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en prueba de lo cual se expresan las Resoluciones dictadas con posterioridad al pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Por otra parte, la antigua DDGRN, en respuesta a una consulta planteada, emitió un Informe, datado en 11 de julio de 2014, en relación al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución. Mediante el referido Informe, la entonces DGRN declara que “en el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello.” Y todo ello, según indica el Centro Directivo, “con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica”.

Como ha quedado expuesto, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, se aprobó con el anunciado propósito de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor nacido de un convenio gestacional. Y con tal fin, en la misma se dispusieron los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Así, según lo señalado, la Instrucción vino a disponer, como requisito previo, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente, que responde a 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 la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación que encubra un tráfico internacional de menores. Pues bien, a tenor del señalado informe de 11 de julio de 2014, la antigua DGRN viene a señalar, con manifiesto

configurado por el ordenamiento y otros bienes jurídicos tales como la dignidad moral de la mujer gestante e impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

desajuste a la realidad jurídica, que “la Instrucción (en referencia a la de 5 de octubre de 2010), como recoge su Preámbulo, incorpora la doctrina consolidada del Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable al español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción. Por tanto, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta, de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción”.

El Informe de referencia, además, declara lo que sigue: “En estos supuestos en que se admite el reconocimiento, a fin de garantizar la ejecución de la correspondiente sentencia judicial extranjera en España a través de su inscripción en el Registro Civil español, tendrá lugar de forma incidental en el propio trámite la calificación por parte del encargado del Registro, y en dicho control incidental deberán constar, conforme a la DIRECTRIZ PRIMERA núm. 3 de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, los siguientes extremos: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubiesen presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiese basado su competencial judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se hubiese producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”. No obstante lo indicado: “Por el contrario, en los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación,

reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados por el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción y artículos 764 y siguientes de la LEC, ya que conforme a la DIRECTRIZ SEGUNDA de la misma Instrucción: 'En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante'".

Por último, según el Centro Directivo "la conclusión anterior, favorable al mantenimiento de la vigencia y aplicabilidad de la Instrucción de este Centro Directivo de 5 de octubre de 2010, queda además reforzada por los recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la materia [sentencias 65192/11 (Menesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/ Francia)], en los que se declara que viola el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo en un país cuya legislación, aplicable al caso según las normas de conflicto francesas, admite la legalidad de tal filiación declarada mediante sentencia judicial".

La inmediatez de la emisión del Informe de 11 de julio de 2014 por parte de la antigua DGRN tras la declaración del Alto Tribunal que en este apartado se considera se evidencia como actuación reactiva del Centro Directivo frente a la doctrina jurisprudencial emanada del TS que se mantendrá en resoluciones posteriores.

El Auto de la Sala 1ª del TS de 2 de febrero de 2015.

Tras el dictado de las SSTEDH de 26 de junio de 2016 -casos Menesson y Labassee- a las que se hará referencia en un apartado posterior-, la Sala Primera del Tribunal Supremo procedió al dictado del Auto de 2 de febrero de 2015⁵⁴, que tuvo por objeto la resolución del recurso extraordinario de nulidad por vulneración de derechos fundamentales que se planteó contra la STS de 6 de febrero 2014. En la resolución ahora considerada la Sala manifiesta que su Sentencia no ha vulnerado el derecho a la vida familiar y privada de los menores, consagrado en el art. 8 de la Convención europea de Derechos Humanos, por entender que las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2016 no resultan aplicables al supuesto español, atendida la diversidad legislativa existente entre ambos países en materia de reconocimiento

54 ATS de 2 de febrero de 2015. Pleno. Roj: ATS 335/2015-ECLI:ES:TS:2015:335⁵. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

de la filiación y que, según señala nuestro Alto Tribunal, tras exponer también las similitudes concurrentes, se concretan en lo que seguidamente consta expuesto:

Similitudes y diferencias entre los supuestos franceses y el caso español.

Las similitudes entre la sentencia del Tribunal de Casación francés y la sentencia de esta Sala cuya nulidad se solicita se circunscriben a que ambas deniegan la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución.

Pero a partir de ahí, las diferencias son importantes, tal y como el TS señala.

(i) Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (*fraus omnia corrumpit*, el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo en sus sentencias de los casos Labassee y Mennesson), por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así se declara en la sentencia revisada, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar *de facto* (lo que es muy posible pero no ha sido el objeto del recurso, pues los demandados fundaron su oposición a la demanda del Ministerio Fiscal en la procedencia de transcribir las actas de nacimiento de California tal como allí fueron extendidas), la sentencia acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción (que, si uno de los solicitantes de la nulidad de actuaciones fuera padre biológico, no requeriría siquiera propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino solo el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor, ex art. 176 CC) o, de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento.

(ii) En Francia, las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia de la Sala acordó que sólo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar *de facto* (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quedara determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto

de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos.

(iii) El Tribunal de Casación francés afirma que, ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. La sentencia del TS, por el contrario, afirma que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español (art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), y evitando en todo caso su desprotección, para lo que se instó al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar *de facto*.

(iv) En los asuntos franceses, los comitentes habían solicitado que se determinara la filiación de las niñas no sólo con base en las actas de nacimiento expedidas en Norteamérica (generadas a partir de la existencia de sendos contratos de gestación por sustitución que, una vez homologados judicialmente sus efectos, dieron lugar a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil con determinación de la filiación respecto de los padres comitentes), sino que en ambos casos se pidió, de modo alternativo o subsidiario, que se determinara la filiación paterna biológica respecto del marido, pues constaba que tanto el Sr. Labassee como el Sr. Mennesson eran los padres biológicos de las respectivas niñas. Y en el caso del matrimonio Labassee, se solicitó también que se realizara la inscripción de la filiación con base en un acta de notoriedad de posesión de estado civil puesto que constaba que el matrimonio Labassee había criado y educado a la niña desde su nacimiento. El Tribunal de Estrasburgo hace constar que en ambos casos está constatado que los matrimonios demandantes y las niñas fruto de la gestación por sustitución por ellos contratada formaban sendos núcleos familiares *de facto*. El litigio que dio lugar al recurso resuelto por el TS es distinto. Consistió en una impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la inscripción en el Registro Civil con base en las actas de nacimiento de California. En este litigio, los demandados sostuvieron la regularidad del reconocimiento en el Registro Civil español de la inscripción extranjera, alegando que el hecho de que los niños hayan sido fruto de un contrato de gestación por sustitución no impide que se reconozca en España la relación de filiación reconocida a los comitentes en el ordenamiento de California. No se han introducido adecuadamente en el debate, mediante la correspondiente alegación y prueba, las circunstancias concretas de los menores y de sus relaciones familiares tales como si alguno de los recurrentes es el padre biológico, si los niños están integrados actualmente en un núcleo familiar con los recurrentes. En tales circunstancias, impugnada por el Ministerio Fiscal la inscripción registral, defendida su legalidad por los hoy promotores del incidente, planteada la conformidad del

contenido de la inscripción registral extranjera con el orden público internacional español, la cuestión relevante consistía en la aptitud de la relación resultante de una gestación por subrogación contratada en el extranjero, una vez que ha sido homologada judicialmente y ha dado lugar a la correspondiente inscripción registral en el Estado donde tuvo lugar la gestación y el nacimiento, para determinar en España la relación de filiación entre los niños así nacidos y los comitentes, esto es, las personas que contrataron la gestación por subrogación con la futura madre gestante y fueron reconocidos como padres, con base en tal relación jurídica, por el ordenamiento extranjero. Y el TS decidió que, en tales circunstancias, dicha relación jurídica no podía ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico por resultar contraria a las normas actualmente vigentes que integran el orden público internacional español, como son las que regulan la filiación y las normas esenciales sobre técnicas de reproducción humana asistida. Ahora bien, para proteger el interés del menor, y dado que era probable que alguno de los recurrentes fuera padre biológico de los niños, y que estos estuvieran integrados en un núcleo familiar *de facto* con los recurrentes, se instó al Ministerio Fiscal a proteger a los menores y a procurar su integración en ese núcleo familiar, en el caso de que efectivamente existiera, puesto que los niños no pueden cargar con las consecuencias negativas derivadas de que los recurrentes hayan acudido al contrato de gestación por subrogación, considerado radicalmente nulo por el ordenamiento jurídico español, que también dispone que la filiación materna es la que resulta del parto y deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Y es que la sentencia de la Sala no anula la inscripción de la filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución respecto de los comitentes para obligarles a dar un rodeo, 'cumplir unas formalidades' y llegar al mismo sitio. La cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor, según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes porque el legislador ha entendido que es lo más adecuado para proteger el interés del menor, es la filiación biológica (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su identidad, y así es destacado por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo), y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar *de facto* en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo los derivados de la adopción, en la que el interés del menor se controla y protege por el juez que la constituye (art. 176 CC). Y esta cuestión no resultó planteada en el proceso.

En suma, como señala autorizada doctrina⁵⁵, la revisión de la Sentencia del TEDH de 21 de julio de 2016 -caso Foulon y Bouvet- no permite sostener que

55 Cfr. DÍAZ FRAILE, J. M.: "La gestación por sustitución", cit., p. 123.

sus argumentos desvirtúen los del Tribunal Supremo español, toda vez que ya en la antedicha Sentencia la Corte de Casación francesa vino a alegar el cambio de criterio producido mediante las Sentencias de 3 de julio de 2015, en el sentido de admitir la inscripción del acta registral extranjera relativa al nacimiento mediante gestación por sustitución en el supuesto de que de la misma se acreditara la filiación del padre biológico, resultando ante este viraje que los recurrentes tendrían la posibilidad de determinar su vínculo parental mediante el reconocimiento de la paternidad o la posesión de estado, frente a lo cual el TEDH declara el “carácter hipotético de la fórmula empleada” por el Estado francés y la circunstancia de que la interpretación señalada resulte contradicha por los recurrentes sin que la contraparte responda a sus argumentos, resultando, en consecuencia, que el TEDH venga a concluir la falta de concurrencia de razones para resolver de manera diversa a como se hizo en los asuntos resueltos por las Sentencias de 26 de junio de 2014.

*La STS, Sala Iª, de Pleno 277/2022, de 31 de marzo de 2022*⁵⁶.

En la resolución ahora considerada el objeto del recurso de casación se localiza en la interposición, por parte del padre, de una demanda mediante la que se ejercita acción de determinación legal de filiación materna por posesión de estado respecto de un menor de edad, nacido en Tabasco, México, mediante gestación subrogada, resultando que, tras su nacimiento, el menor se traslada a España con su madre, la hija del demandante, y desde entonces reside bajo su tutela y cuidado en el domicilio familiar en Madrid, donde había convivido también el demandante durante los dos años anteriores a la demanda. La demanda argumenta que la solicitante de filiación materna venía ejerciendo de modo real y efectivo como madre del menor gestado por subrogación desde su nacimiento, atendiéndolo en todo, de acuerdo con sus necesidades presentes, y también se encontraba en situación de poder atenderlas en un futuro, vistas sus circunstancias personales y económicas; y también concitaba la consideración de madre legal para la legislación mexicana, país cuya nacionalidad se atribuye al menor de edad, al no habersele concedido la española. Solicita la parte actora el dictado de sentencia declarativa de ser la madre del menor; que se ordene la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que le fueron impuestos al menor al nacer; y que se le condene a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre.

En la instancia se desestima la demanda, con fundamento en que no puede aplicarse el principio de la consideración primordial del interés superior del menor para contrariar la ley, sino para conseguir su aplicación, pues el art. 10 de

⁵⁶ STS, Sala Iª, Pleno, 277/2022, de 21 de marzo de 2022. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sazará Jimena, rec. núm. 907/2021, Roj: STS 153/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1153.

la LTRHA impide el reconocimiento de la filiación pretendida por el demandante, al establecer que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será la determinada por el parto, resultando nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación.

En apelación, la Sección 22ª de la AP de Madrid estima el recurso planteado, revocando la resolución apelada y acogiendo las pretensiones de la demanda, con fundamento en que, no resultando viable el recurso a la adopción, ni existiendo padre biológico identificado -por ser el material genético procedente de donante desconocido- que permita el ejercicio de la acción de filiación respecto del mismo, ni siendo tampoco posible acudir a la vía del acogimiento familiar, ni a la del art. 176.2 CC, toda vez que ello supondría conducir al menor a lo que el TEDH considera “una incertidumbre inquietante”, debe protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada. Es por lo que se acuerda declarar que la demandada es la madre del menor nacido en 2015 en México, ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente respetando los apellidos que al menor se le impusieron al nacer y constan en la documentación registral extranjera, condenándola a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre.

Por parte del Ministerio Público se recurre en casación y el Pleno de la Sala Primera resuelve el supuesto sometido a su enjuiciamiento mediante el dictado de la Sentencia ahora revisada, determinando la filiación del menor nacido en México fruto de un contrato de gestación por sustitución, por cuanto que estos contratos “vulneran los derechos fundamentales de la mujer gestante y del niño gestado”. Además, el Alto Tribunal considera que la satisfacción del interés superior del menor en este caso conduce a que el reconocimiento de la relación de filiación a la madre comitente deba obtenerse por la vía de la adopción, por tratarse de un procedimiento que satisface el interés superior del menor como exige el TEDH, y también permite salvaguardar los derechos fundamentales que el propio TS ha venido considerando dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general, que resultarían gravemente lesionados de facilitarse la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución que pueden asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías, y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad sobre el menor.

Las SSTs, Sala 1ª, de 4 de diciembre de 2024 y de 25 de marzo de 2025.

A pesar de que nuestro Alto Tribunal pudo haber aparentado un cambio de criterio en la STS, Sala 1ª, de 17 de septiembre de 2024⁵⁷, al permitir que los padres de un niño nacido por convenio de gestación subrogada en el extranjero registraran el domicilio familiar en España como lugar de nacimiento, priorizando el interés superior del menor y su integración social, en lo que podría considerarse *prima facie* como una variación de su posición contraria a la hasta entonces mantenida, las SSTS, Sala 1ª, de 4 de diciembre de 2024 y de 25 de marzo de 2025 vinieron a ratificar la posición ya consolidada.

En la STS de 4 de diciembre de 2024⁵⁸, el Pleno de la Sala 1ª resuelve el recurso de casación planteado por los comitentes, declarando la imposibilidad de reconocer una sentencia extranjera que valide un contrato de gestación subrogada, por tratarse de cuestión atinente al orden público español, toda vez que tal circunstancia constituye una causa de denegación del reconocimiento de la resolución extranjera prevista en el art. 46.1ª) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Judicial Internacional en materia civil⁵⁹. Además, la Sala considera que 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; en concreto, se considera que

57 STS, Sala 1ª, Pleno, 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sazará Jimena, rec. núm. 8567/2023, Roj: STS 4370/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4370. En el supuesto sometido al enjuiciamiento de la Sala se plantea oposición a una Resolución de la DGSJYFP. El Tribunal acuerda la desestimación de la petición de modificación en el Registro Civil de la mención del lugar de nacimiento de un menor nacido en el extranjero mediante gestación subrogada cuya filiación paterna es la biológica y la filiación materna ha sido determinada por la adopción por parte del cónyuge del padre. Se alude a la doctrina del TC en relación a que la filiación forma parte del ámbito propio y reservado de lo íntimo, por lo que existe un derecho propio a la intimidad, constitucionalmente protegido. Y se considera que a esta consideración responde, precisamente, la ausencia de publicidad de la filiación adoptiva o de las circunstancias que descubran tal carácter, que se extienda una inscripción principal de nacimiento que solo refleje los datos derivados de la adopción, y que conste como lugar de nacimiento del adoptado al del domicilio de los adoptantes. Así las cosas, la justificación para que conste como lugar de nacimiento el del domicilio de los padres no es el carácter internacional de la adopción sino el hecho de que cuando el parto ha tenido lugar en el extranjero la publicidad de este dato puede resultar indicativa del carácter adoptivo de la filiación. Por otra parte, se considera la aplicación analógica de la previsión contenida en los art. 16.2 y 20.1 LRC al supuesto en el que, aunque la adopción no es internacional, el lugar de nacimiento es un país remoto con el que los padres carecen de relación, pues ello denotaría el carácter adoptivo de la filiación y las circunstancias del origen del menor. En consecuencia, el Alto Tribunal hace prevalecer la protección del derecho a la intimidad personal y familiar del menor.

58 STS, Sala 1ª, Pleno, 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sazará Jimena, rec. núm. 7904/2023, Roj: STS 5879/2024-ECLI:ES:TS:2024. Cfr. ESTELLÉS PERALTA, P. M.ª: "Otra vuelta de tuerca del Tribunal Supremo a la maternidad subrogada", Tribuna, *Instituto de Derecho Iberoamericano*, publicada el 18 de febrero de 2025.

59 Como señala CARRILLO LERMA, C.: "Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la STS de España, núm. 1626/2024, de 4 de diciembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 39, enero 2025, pp.720-741, la STS 4 diciembre 2024 no supone un cambio muy significativo en la doctrina de la Sala Primera sentada en sus anteriores decisiones en materia de gestación subrogada; no obstante, introduce algunos matices importantes, en especial, que el interés del menor debe interpretarse dentro del marco del orden público español, lo que, según la autora, no deja de ser contradictorio con la jurisprudencia del TEDH en la materia.

tanto madre como descendencia son tratados como mercancía y otros derechos y garantías se ven comprometidos

(entre otros, la salud de la mujer gestante, el derecho del menor a conocer sus orígenes (art. 7 CDN), o la falta de control sobre la idoneidad de los progenitores de intención)⁶⁰. Finalmente, se argumenta que el interés superior del menor debe satisfacerse siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico y del orden público. Específicamente, en esta materia, ello se identifica con que se verifique la ruptura de todo vínculo con la madre gestante, que se pueda determinar la filiación paterna biológica de uno de los progenitores de intención y que el menor forme parte de un núcleo familiar estable. Y tales objetivos en España se alcanzan mediante el recurso a tres instituciones jurídicas: filiación biológica paterna, adopción y acogimiento familiar; así como también mediante la intervención del Ministerio Fiscal en esta categoría de asuntos y de

las funciones que el ordenamiento jurídico le otorga en cuanto a la protección de las personas menores de edad⁶¹.

La STS 496/2025, Sala 1ª, de 25 de marzo de 2025⁶², resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en un litigio relativo a la impugnación de una filiación materna respecto a dos menores nacidas mediante gestación por sustitución en extranjero. El supuesto tiene su origen en un contrato de gestación por sustitución suscrito en el estado de Tabasco (México), ratificado ante notario en el año 2015, entre un ciudadano español y una gestante mexicana, quien aceptó gestar sin aportar material genético, a cambio de una compensación económica, renunciando a la patria potestad, al ejercicio de la guarda y custodia sobre los menores nacidos y a cualquier vínculo legal o jurídico en relación a los mismos. Con posterioridad, y aunque el Registro Civil de Tabasco inscribió a los menores con los apellidos paternos, el

Consulado Español en México denegó la inscripción al no constar la imposibilidad de verificar el nombre de la madre gestante. Posteriormente, el padre acude al

60 En el mismo sentido, el Alto Tribunal considera vulneradas otras normas, tales como el 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, y la Ley 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 en la Sentencia se citan resoluciones e informes jurídicamente no vinculantes: el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014), y el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

61 A tal efecto, se cita el Dictamen Consultivo del TEDH (Gran Cámara), de 10 de abril de 2019, demanda n. PI6-2018-001, para argumentar que las soluciones ofrecidas por el Derecho español satisfacen el interés del menor al mismo tiempo que respetan los derechos fundamentales tanto de este como de la madre gestante.

62 STS, Sala 1ª, 496/2025, de 25 de marzo de 2024. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sazará Jimena, rec. núm. 5545/2024, Roj: STS 1262/2025-ECLI:ES:TS:2025:1262.

Registro Civil español y solicita conjuntamente con la gestante la inscripción de nacimiento en favor de ambos. Ya en España, el padre promovió una acción de impugnación de la filiación materna, solicitando que se eliminara a la gestante como madre legal, y subsidiariamente, su exclusión de la patria potestad. La demanda fue desestimada en primera instancia, si bien la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación, revocando la filiación de la madre gestante. El Ministerio Fiscal recurrió en casación, cuestionando la legalidad de la referida revocación por contravenir la normativa española y el orden público. Y el Tribunal Supremo acoge el recurso y, manteniendo su criterio ya consolidado en resoluciones anteriores, confirma los extremos siguientes: (i) La filiación materna viene determinada por el parto, con independencia de la aportación genética, pues la filiación materna no adoptiva se determina por el parto; (ii) El interés superior del menor no constituye causa que posibilite al juzgador atribuir una filiación, sino que ha sido configurado legalmente por el legislador, quien debe valorar en abstracto este interés junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo); (iii) La supresión de la filiación de la gestante supondría una vulneración del derecho del menor a conocer a sus progenitores (art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño); (iv) El contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente el orden público, cosifica a la mujer gestante y al niño, y no puede ser reconocido en el ordenamiento español.

La STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero de 2024.

En concordancia con los pronunciamientos del TEDH relativos a la determinación de la filiación en supuestos en los que por un Estado miembro se ha denegado el reconocimiento de la filiación establecida por un ordenamiento en el que se admite la gestación por sustitución, y en los que se ha alegado, de manera esencial, la vulneración del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), en la STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero de 2024⁶³, el Pleno del TC viene a resolver un recurso de amparo en favor de una madre intencional a la que la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la resolución recaída en la instancia en una alzada provocada por el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal -que consideraba que el pretendido padre previamente debía determinar su vínculo biológico (art. 10.3 LTRHA) antes de instar la adopción de la madre de intención-, denegó la constitución de un vínculo parental de adopción respecto del hijo biológico de su esposo, nacido en 2016 mediante un convenio de gestación por sustitución perfeccionado con una gestante ucraniana⁶⁴. Lo peculiar

63 STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero de 2024. Pleno. Recurso de amparo 5067-2019, “BOE” núm. 82, de 3 de abril de 2024. Ponente: Excm. Sra. Dña. Inmaculada Montalbán Huertas.

64 Mediante el recurso de amparo planteado se impugna el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que revocó el del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 estimatorio de la pretensión de constitución del vínculo adoptivo entre el menor y la madre intencional, esposa de su padre biológico, y asimismo se impugna

del supuesto es que, estando pendiente el recurso de apelación planteado por el Ministerio Fiscal, por el mismo juzgado de instancia ya se había acordado, mediante Auto que alcanzó firmeza, la adopción por la parte actora del segundo hijo de su esposo, también nacido en Ucrania mediante gestación por sustitución en 2017, toda vez que, curiosamente, respecto del Auto por el que se acordó la adopción de este segundo menor el Ministerio Público no interpuso recurso de apelación⁶⁵.

En la demanda de amparo se invocaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante que alegaba la lesión del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24.I CE), así como la de otros derechos -igualdad e intimidad personal y familiar- cuya invocación no resultó acogida, y también desatención del interés superior del menor que, como es sabido, constituye el principio rector de cualquier decisión que le afecte. La Sección Primera del TC apreció la existencia de especial trascendencia constitucional (art. 50.I LOTC) toda vez que el recurso planteaba una cuestión afectante a un aspecto de un derecho fundamental sobre el que no existía doctrina, y también porque la materia posibilitaba al tribunal aclarar o variar su doctrina, como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales; y acordó la admisión a trámite del recurso de amparo que, finalmente, resultó estimado, al considerar el Pleno del TC que ésta era la cuestión principal a dilucidar, vinculada al reconocimiento de la filiación como uno de los elementos básicos que conforman la identidad de la persona (art. 10 CE), y con la protección de la familia y los menores (art. 39 CE)⁶⁶. Además, la STC (Pleno) 28/2024, declara que, cuando se encuentran en juego los valores superiores del ordenamiento jurídico o los derechos fundamentales

la Providencia por al que se inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones. Según consta expuesto, nuestros tribunales usualmente admiten constituir el vínculo adoptivo siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos legales que justifican su procedencia. Ello es así, como también se ha indicado, de conformidad con la doctrina jurisprudencial del TEDH que acoge la necesidad de reconocer el vínculo de filiación con la pareja del progenitor biológico, siempre y cuando ello sea acorde con la preservación del interés del menor, y ello a fin de no vulnerar su derecho a la vida privada y familiar (ex art. 8 CEDH).

- 65 Recoge un completo y sugerente comentario a la STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero de 2024 VAQUERO PINTO, M. J.: "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 STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 126, 2024, pp. 1-23. Como atinadamente señala esta autora, "existe un error en el presupuesto de partida que motivó la decisión de la Audiencia Provincial pues, siendo cierto que el Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de inscripción de una certificación registral extranjera en los casos de gestación por sustitución, en el supuesto en cuestión ya se había inscrito al menor como hijo del padre intencional en el Registro Civil Consular. La Audiencia Provincial, incurriendo en un exceso de celo, no se limitó a verificar que concurrían los requisitos legales para constituir la adopción. La rechazó alegando la posibilidad de fraude, a pesar de que la inscripción permite acreditar la filiación y constituye prueba plena de los hechos inscritos (arts. 113 CC y 17.I LRC/2011) y se presume que los mismos son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado (arts. 16.2 y 19 LRC/2011), y no se había planteado ninguna acción dirigida a rectificar el asiento registral ni a impugnar la paternidad (cfr. arts. 137 CC, 16.3, 90, 91 LRC/2011)".
- 66 Y es que el deber de motivar las resoluciones constituye una exigencia constitucional (art. 120.3 CE) y también del principio de legalidad, por así demandarlo la seguridad jurídica, y es, asimismo, una exigencia de los propios derechos fundamentales entre los que se incardina el derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, cfr., por todas, las SSTC 214/1999, de 29 de noviembre de 1999, 164/2002 de 17 de septiembre de 2002, 228/2005 de 12 de septiembre de 2005, 87/2022 de 28 de junio de 2022, 39/2023 de 8 de mayo de 2023 y 131/2013 de 23 de octubre de 2023.

sustantivos, incluido el supuesto en que se implica el interés superior del menor, el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente⁶⁷.

Fiel reflejo de la tan señalada divergencia de posiciones que suscita el debate sobre la materia, la STC (Pleno) 28/2024 ahora considerada, al igual que una buena parte de las resoluciones atinentes a cuestiones vinculadas con la maternidad subrogada contiene voto particular; en este caso de una de las magistradas del TC, Excm. Sra. Dña. María Luisa Balaguer Callejón, en atención al cual la fundamentación de la resolución basada en la revisión del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho “invisibiliza el problema estructural que existe en el ordenamiento español respecto del fenómeno de la gestación por sustitución o para otros, realizado en el extranjero por mujeres no protegidas por las garantías básicas de nuestro sistema constitucional”.

En mi opinión, contrariamente a lo que se ha expresado por algún autor, esta STC en modo alguno “confirma la validez y eficacia jurídica de los convenios gestacionales realizados por españoles en país extranjero que los admita y regule”⁶⁸, pues, además de no alumbrar el debate existente en la materia, no es misión de este órgano -el TC- al resolver un recurso de amparo verter un juicio acerca de la legalidad de una norma cuya constitucionalidad, por cierto, no se ha sometido a su consideración, sino preservar los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la CE de posibles vulneraciones causadas por disposiciones sin rango de ley, actos jurídicos y vías de hecho del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos institucionales o corporativos, determinando o concretando, siempre a la luz del texto constitucional, el derecho o libertad concernido, todo ello siempre en atención a los elementos facticos que presenta el supuesto concreto. En el caso en cuestión, lo que se valora es que la denegación por parte de la Audiencia Provincial de Madrid de la constitución del vínculo de adopción que se interesa resulta inmotivada e irrazonable, constituyendo en sí misma la propia sentencia un referente que permite fundar, con carácter general y de conformidad con la posición más extendida en nuestros tribunales, un criterio contrario a la negativa a constituir un vínculo adoptivo entre los menores y la pareja del progenitor biológico, siempre que no concurran razones que así lo justifiquen. Como declara el TC, al “verter dudas la Audiencia Provincial sobre la paternidad y derivar de las mismas la denegación de la adopción, incurre en una motivación manifiestamente irrazonable”⁶⁹.

67 Cfr. SSTC 9/2020, de 28 de enero de 2020 y 113/2021, de 31 de mayo de 2021.

68 VELA SÁNCHEZ, A. J.: “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*, núm. 10487, 17 de abril de 2024, pp. 1-26.

69 Como certeramente señala VAQUERO PINTO, M.J.: “La adopción del menor nacido por gestación por sustitución”, cit., p. 18, “las fugas de un sistema jurídico —no sabemos a ciencia cierta si el padre

4. La jurisprudencia del TEDH. Especial referencia a las sentencias de 26 de junio de 2014, 21 de julio de 2016 y de 24 de enero de 2017. Resoluciones posteriores.

El debate que plantea la cuestión del reconocimiento transfronterizo de la filiación de los nacidos a través de procedimiento de la gestación subrogada también ha sido objeto de consideración por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en algunas interesantes resoluciones de las que seguidamente y de manera sucinta paso a dar cuenta.

En fecha 26 de junio de 2014 el TEDH dictó dos sentencias, recaídas en los asuntos 65192/11 /Mennenson vs. Francia) y 65941/11 (Labasse vs. Francia), en las que declara que resulta contraria al art. 8 de la Convenio Europeo de los Derechos Humanos la negativa del Estado francés al reconocimiento de la filiación de los nacidos en país extranjero mediante gestación por sustitución, en un supuesto en el que los progenitores han recurrido a este procedimiento de generación en un país cuya legislación -de aplicación al supuesto de conformidad con las normas de conflicto francesas- admite su legalidad en tanto que la filiación resulte declarada por sentencia. Es de significar que en los supuestos enjuiciados por el Estado que deniega la inscripción de la filiación se aplican las reglas propias del conflicto de leyes y no el expediente del reconocimiento. En estos casos el Estado francés negó el reconocimiento de la filiación que resultaba de las resoluciones judiciales respecto del padre de intención que también lo era biológico, impidiendo asimismo la constitución de una filiación a favor de los comitentes a través de la adopción subsiguiente del menor; incluso en el supuesto de que quedara acreditada la posesión de estado de hijo de la manera legalmente establecida en la legislación francesa. En las dos resoluciones referidas, de 26 de junio de 2014, el TEDH analiza con detalle la vulneración del art. 8 de la Convención vinculándolo con el principio de respeto a la vida privada de los nacidos, concluyendo que los menores se hallan en una evidente “situación de incertidumbre jurídica” motivada por la circunstancia de encontrarse identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes en tanto que tal condición resulta rechazada por el ordenamiento francés, contradicción que resulta atentatoria “al reconocimiento de su identidad”, a pesar de ser el padre biológico de nacionalidad francesa cualidad que, por lo expuesto, les ha sido negada a los menores, impidiéndoles también por ello el acceso a cualquier derecho hereditario que por ley les correspondería. Considera el Tribunal que la situación descrita vulnera el interés superior de los menores en cuestión, cuyo respeto debe determinar cualquier decisión adoptada que en su vida pueda afectarles, concluyendo con la declaración de existencia de violación

intencional es el padre biológico, como tampoco lo sabemos en la mayoría de casos atendidas las formas de determinación de la paternidad ex art. 116 y 120 CC— no pueden frenarse volviendo a ignorar el mismo, y negando al asiento registral el valor que le reconoce el ordenamiento, sin discutirlo por los cauces oportunos”.

del derecho de los menores al respecto de su vida privada, en clara contravención del art. 8 de la Convención.

Con posterioridad a las SSTEDH de 26 de junio de 2014 la Corte de Casación francesa modificó su criterio expresando su nueva doctrina a través de las declaraciones contenidas en dos Sentencias de 3 de julio de 2015 en las que, asumiendo el planteamiento del TEDH, se admite la inscripción en el Registro Civil francés de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución en las que concurría una previa acreditación de la filiación biológica. No obstante, con carácter previo al apuntado cambio de criterio, los tribunales franceses denegaron el acceso al Registro Civil francés de algunas otras inscripciones de nacimiento, en concreto las que se produjeron mediante Sentencia de 13 de septiembre de 2013, dictada por la corte de Casación, que también resultó recurrida ante el TEDH que de nuevo condenó al Estado francés en Sentencia de 21 de julio de 2016 -caso Foulon y Bouvet-, resolutoria de los procedimientos acumulados. En este caso, toda vez que el cambio de criterio ya había sido asumido por los tribunales franceses, el pronunciamiento del TEDH se constreñía a determinar si la posibilidad de acudir a otros expedientes legales para determinar la filiación -reconocimiento de la filiación biológica o posesión de estado- resultaba cauce idóneo y suficiente para acoger la justificación de la injerencia en el derecho a la vida privada de los menores. El TEDH entendió que esto no era así, rechazó los fundamentos expuestos por el Estado francés.

Finalmente, el TEDH en su Sentencia de 24 de enero de 2017 -asunto Paradiso y Campanelli vs. Italia-, dictada por la Gran Sala con fundamento en el art. 43 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que tiene por antecedente la dictada por la Sección Segunda en 27 de enero de 2015, presenta un cambio de criterio respecto de su doctrina anterior por cuanto que admite no sólo la injerencia en la vida del menor al negarse el reconocimiento de la filiación determinada en Rusia, que fue el país en el que se produjo la gestación por sustitución, sino que también acepta la existencia de injerencia en la vida familiar al considerar a tales efectos la separación física y jurídica definitiva del menor respecto de sus padres de intención a quienes se les priva de la custodia del niño a los efectos de que se de comienzo a un procedimiento de adopción por otra familia⁷⁰.

70 En este supuesto el elemento fáctico básico es el constituido por la inexistencia de vínculo biológico entre los comitentes y el menor, vinculado a la violación por parte de los padres de intención de la prohibición de utilizar los gametos donados dispuesta por la legislación italiana, así como la contravención de las normas sobre adopción internacional, concluyendo el TEDH que la Convención no consagra el derecho a ser padres y que asumir la consideración de padres adoptivos de los comitentes implicaría legalizar la situación fáctica generada por ellos mismos en clara vulneración de la normativa italiana. Acerca de la importancia del dato de hecho cfr. GARCÍA SAN JOSÉ, D.: "La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución", *Revista española de Derecho Constitucional*, Año núm. 38, núm. 113/2018, pp. 103-130.

Como último dato de interés, cabe mencionar que, más recientemente, en 10 de abril de 2019, el TEDH publicó una opinión no vinculante sobre la materia⁷¹ y, a instancia del Estado francés, vino a declarar que los países deben garantizar que la madre intencional pueda convertirse en la madre legal del menor, en concordancia y con respeto a lo regulado en el art. 8 de la Convención de Roma, aunque se entiende que no es posible exigir a los países que prevengan dicho reconocimiento mediante un trámite de inscripción registral. En consecuencia, debe señalarse que la posibilidad contemplada por la legislación española de adopción por parte de la madre comitente resulta conforme con la interpretación del Tribunal de Estrasburgo⁷².

Con fundamento en la referida opinión consultiva el Tribunal de Estrasburgo ha resuelto varios supuestos, considerando la existencia de vulneración del art. 8 CEDH al no permitirse el establecimiento de la filiación -adopción- respecto de la pareja del progenitor biológico, o por haber tenido lugar tras un tiempo muy prolongado⁷³.

En el supuesto resuelto por la STEDH 24 de marzo de 2022, caso A.M. contra Noruega resulta que una pareja heterosexual principió un proyecto de gestación por sustitución en Estados Unidos con aportación de material genético del varón que prosiguió tras su separación. En tales circunstancias el progenitor biológico pudo reconocer su paternidad, pero la esposa no pudo optar a la adopción por faltar el consentimiento del padre intencional que por entonces ya tenía otra pareja. Pues bien, el Tribunal de Estrasburgo declara que no fue la intervención de las autoridades lo que impidió que la esposa siguiera en contacto con el menor y no considera un problema la circunstancia de que la adopción de un menor, como norma general en el derecho interno, exija el consentimiento de aquellos que tienen atribuidas responsabilidades parentales. En consecuencia, no se aprecia vulneración del art. 8 de la CEDH.

71 Advisory Opinion, Gran Sala, 10 de abril de 2019. Petición núm. PI6-2018-001.

72 En este ámbito cabría considerar la solución implantada por Portugal, ya expuesta en otra parte del trabajo, mediante la Ley 25/2016, de 22 de agosto, país en el que, si bien se ha acogido la maternidad subrogada, se ha hecho de manera excepcional en los supuestos en que por carencia de útero u otro problema médico la mujer carezca de la posibilidad de concebir, o bien justifique una situación clínica que lo haga aconsejable. En estos casos el contrato deberá ser necesariamente gratuito y utilizarse, al menos, los gametos de alguno de los comitentes, so pena de nulidad civil o incluso de sanción penal en las situaciones en que no se respeten las previsiones legales, y contemplándose, en todo caso, la posibilidad de compensar los gastos médicos y, a los efectos de garantizar la plena autonomía de la madre gestante, previendo la imposibilidad de perfeccionar el convenio de gestación por sustitución cuando concorra una relación de dependencia entre las partes, bien sea ésta laboral o bien de prestación de servicios.

73 Cfr. SSTEDH de 6 de diciembre de 2022, caso K.K. y otros contra Dinamarca (TEDH 2022, 168), de 22 de noviembre de 2022, caso D.B. y otros contra Italia (TEDH 2022, 176) y de 31 de agosto de 2023, C. contra Italia (TEDH 2023, 90).

Por su parte, la STEDH de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia⁷⁴ resuelve el supuesto de dos mujeres casadas que carecían de vinculación genética con el menor al que se le nombró un tutor, aunque posteriormente fueron las dos mujeres quienes asumieron su acogimiento que resultó mantenido tras el divorcio. La adopción interesada en su momento no resultó constituida al constar pendiente una solicitud de registro de la filiación que resultó desistida tras la crisis matrimonial. Las mujeres manifestaron que rechazar su inscripción como madres implicó una vulneración del art. 8 CEDH y que su relación con el menor no se encontraba protegida mediante el acogimiento. Al respecto, el TEDH declara que el derecho al respeto de la “vida familiar” no asegura el mero deseo de constituir una familia, sino que presupone la existencia de una familia que, en supuesto, consta acreditada. Considera el Tribunal que el Estado demandado adoptó medidas para que el menor fuera acogido por las madres intencionales y todavía resultaba posible la constitución de un vínculo de adopción, si bien únicamente por parte de una de ellas, no concurriendo obstáculos reales y prácticos en el disfrute de la vida familiar. En definitiva, la Sala considera que el no reconocimiento de un vínculo parental formal fue el resultado de una justa ponderación entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida familiar y los intereses generales que el Estado pretendía proteger mediante la prohibición de la gestación subrogada, de manera que actuó dentro del margen de apreciación que se le concede.

Es de significar que, con carácter general, el TEDH considera incompatible con el interés del menor el desconocimiento de su filiación respecto del progenitor biológico, si bien esta declaración se ha vertido únicamente respecto del padre intencional, pero no respecto de la madre de intención que aporta el óvulo en la gestación por sustitución. Desde esta consideración el único supuesto relativo a una madre de intención y genética es el resuelto por la STEDH de 16 de julio de 2020, caso D. contra Francia⁷⁵ en el que se formaliza un convenio de gestación por sustitución en Ucrania con aportación de gametos por parte de la madre intencional. En esas circunstancias resulta que el Derecho francés ya reconocía la filiación del padre biológico y posibilitaba la adopción a la madre intencional. Así las cosas, el TEDH considera que la adopción del hijo del cónyuge constituye un mecanismo eficaz que permite constituir el vínculo de filiación sin vulneración alguna del art. 8 de la CEDH, significando que los actores en ningún momento informaron acerca de la circunstancia de su vínculo genético con el menor, si bien invocaron la discriminación del mismo (art. 14 CEDH) por quedar sometido a la adopción, solución que no se aplica a otros menores nacidos en el extranjero cuyo nacimiento no se ha producido por gestación subrogada. A pesar de ello el

⁷⁴ TEDH 2021, 63.

⁷⁵ Caso núm. 11288/18, D. contra Francia, cuyo texto íntegro puede verse en <https://hudoc.echr.coe.int>

Tribunal de Estrasburgo entiende que la señalada diversidad de trato se funda en una justificación razonable que es evitar los riesgos de la gestación por sustitución.

II. EL CAMBIO DE POSICIÓN DE LA DGSJYFP. LA INSTRUCCIÓN DE 25 DE ABRIL DE 2025.

I. Exposición del contenido de la Instrucción de 25 de abril de 2025.

La Instrucción de la DGSJYFP de 25 de abril de 2025⁷⁶, ahora revisada, altera sustancialmente la posición del Centro Directivo en relación con la inscripción de la filiación de los hijos nacidos a consecuencia de un convenio gestacional formalizado en el extranjero, reemplazando el criterio impuesto por la Instrucción de la antigua DGRN, de 5 de octubre de 2010 que, como quedó expuesto, admitía la inscripción cuando al menos uno de los comitentes fuera español y a la solicitud se acompañara una resolución judicial extranjera del país de origen en la que constara determinada la filiación del nacido respecto de los padres intencionales, si bien se impedía cuando se presentaba 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.

Esta Instrucción, que deroga el criterio previo, se refiere inicialmente al vigente régimen jurídico del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento, del que parte como premisa de posteriores declaraciones y, al respecto, señala: “La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida establece en su artículo 10 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. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será la determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. 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 así la inscripción del nacido/a 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 hijo. El procedimiento se regula en los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y son competentes los tribunales españoles en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Señalando, seguidamente que: “A pesar de la regulación legal descrita, lo cierto es que se dan casos de personas de nacionalidad española que acuden a países en los que la técnica de la gestación subrogada está permitida y, una vez ocurrido el nacimiento, solicitan

76 BOE núm. 105, del jueves 1 de mayo de 2025.

su inscripción en el Registro Civil español con la filiación derivada del contrato celebrado en el país extranjero, bien solicitando la transcripción de la certificación de inscripción que consta en el registro extranjero o bien invocando el contenido de una resolución judicial extranjera que determina la filiación respecto de las personas españolas reclamantes". Con esta última precisión se hace alusión a las dos posibles situaciones dimanantes de un contrato de gestación por sustitución hecho por españoles en país extranjero y que proyectaban eficacia diversa al tiempo de verificar la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español, toda vez que, en tanto la filiación jurídica reconocida mediante sentencia firme extranjera tenía acceso al Registro Civil, la que sólo constaba en certificación registral extranjera no alcanzaba tal virtualidad y exigía el ejercicio previo de una acción de reclamación de la paternidad (art. 10.3º de la LTRHA) y, en su caso, la formalización de la consecuente adopción del nacido por parte del otro progenitor comitente.

Posteriormente la Instrucción se refiere a la previa de la anterior DGRN de 5 de octubre de 2010, "en la que se establecían los criterios para determinar las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacimientos ocurridos en el extranjero mediante gestación subrogada cuando uno de los progenitores es de nacionalidad española" y cuyo "propósito (...) iba encaminado, fundamentalmente, a dotar de plena protección jurídica al interés superior de los menores, así como a proteger otros intereses concurrentes en esos supuestos de gestación por sustitución", con lo que por el Centro Directivo se aclaraba "que en ningún caso se puede permitir que la inscripción registral dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores y exigía que no resultara vulnerado en ningún caso el derecho del menor a conocer su origen biológico, según recogen el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional y la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999". De esta manera y a los efectos de asegurar "la protección de los intereses mencionados, la Instrucción de 2010 requería, como requisito previo e imprescindible para la inscripción de los nacimientos mediante gestación subrogada, la presentación de una resolución judicial dictada por un tribunal competente que permitiera garantizar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado, el pleno respeto a los requisitos previstos en la normativa del país de origen y que no existiera simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubriera una situación de tráfico internacional de menores. Y, en relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación dictada por un tribunal extranjero, la Instrucción requería la obtención del exequatur de esa sentencia extranjera. No obstante, de acuerdo con 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 exequátur, bastando a esos efectos el reconocimiento incidental de la resolución por parte de la persona encargada del registro como requisito previo a la inscripción (de la filiación). En definitiva, quedaba establecido que cuando se solicitara una inscripción de nacimiento ocurrido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin aportar una resolución que determinara la filiación reconocible incidentalmente o por exequátur, la inscripción debía ser denegada, sin perjuicio de que los solicitantes pudieran intentar la inscripción a través de los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Con precisa referencia a la Instrucción de la anterior DGRN de 18 de febrero de 2019, vigente hasta la de 25 de abril de 2025, ésta última señala que en la previsión de 2019 se "mantuvo la posibilidad de practicar la inscripción siempre que constara la existencia de una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente firme y dotada de exequátur o que hubiera superado el debido control incidental en los términos previstos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010". Ciertamente, como ya se vio, después de la Instrucción de 18 de febrero de 2019 la de 5 de octubre de 2010 no vio alterada su eficacia jurídica, con la pretensión manifiesta de alcanzar la plena protección jurídica del interés superior del menor y su filiación jurídica, en el supuesto de perfección por parte de ciudadanos españoles de un convenio de gestación subrogada en un país extranjero cuyo ordenamiento lo regulara, protegiendo así sus derechos a la identidad y a la vida privada y familiar⁷⁷. En suma, la Instrucción ahora expuesta, de 28 de abril de 2025, admite expresamente que el criterio por el que se dispone el acceso al Registro Civil de la filiación consecuencia de gestación subrogada establecido por la derogada Instrucción de la antigua DGRN de 5 de octubre de 2010 venía "a dotar de plena protección jurídica al interés superior de los menores, así como a proteger otros intereses concurrentes en esos supuestos de gestación por sustitución".

Alude irremediabilmente la Instrucción comentada a las SSTS, Sala I^a, de 4 de diciembre de 2024 y de 25 de marzo de 2025. En cuanto a la primera, la Instrucción señala que: "Pues bien, la situación ha cambiado a partir de la publicación de la sentencia de la Sala Primera (Pleno) del Tribunal Supremo 1626/2024, de 4 de diciembre, que ratifica la denegación del reconocimiento de efectos a una sentencia extranjera en un caso de gestación subrogada. El Tribunal declara, en su fundamento de Derecho quinto, que la concreción de lo que en cada caso

77 Así la anterior DGRN vino a ratificar su doctrina mediante la Resolución de 19 de diciembre de 2014, confirmada por otras posteriores -3 de noviembre de 2017, 16 de marzo de 2018, 11 de enero de 2021, entre otras- que reiteraron los requisitos a los que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 condicionaba la inscripción del nacimiento de un menor derivado de un convenio gestacional. Estas condiciones también fueron recogidas por Resoluciones posteriores de la nueva DGSJFP (cfr., por todas, las de 29 de septiembre de 2022, 5 de diciembre de 2022 y 15 de diciembre de 2022).

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 sentencia advierte a continuación que (...) la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de

gestación por sustitución suscrito por los recurrentes (...) La protección del interés de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación [extranjera], sino que habrá de partir (...) de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores. Por tanto, la protección que ha de otorgarse (...) 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, estableciendo la relación de filiación mediante la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar. Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado en concreto (...) pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales (...) que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial (...). Es decir, la Instrucción de 28 de abril de 2025 considera que el convenio gestacional es contrario a la dignidad del nacido, toda vez que se le trata como mercancía, tal y como confirma la STS de 4 de diciembre de 2025 al declarar que el niño, “al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se “cosifica” pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante (y, en este caso, también su marido) se obliga a entregar al comitente o comitentes”.

A continuación, la Instrucción de 28 de abril de 2025, recogiendo la argumentación vertida por el TS en algunas de sus resoluciones que expresamente cita, conviene que el contrato de gestación por sustitución infringe el orden público español, pues “cosifica tanto a la mujer gestante como al menor y vulnera principios fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Así, la Ley Orgánica 1/2023, que modifica la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, considera, tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres y en el mismo sentido se pronuncia la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015 sobre el informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto”.

Señala la Instrucción que considerando “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, esta Dirección General acuerda establecer y hacer públicas las siguientes directrices:”

PRIMERA DIRECTRIZ. La Primera Directriz de la Instrucción ahora considerada expresa el siguiente contenido derogatorio: “Dejar sin efecto las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”.

SEGUNDA DIRECTRIZ. La Segunda Directriz de esta Instrucción señala 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 relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente”.

TERCERA DIRECTRIZ. La Tercera Directriz dispone 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 “BOE” no se practicarán”.

CUARTA DIRECTRIZ. Por último, la Cuarta Directriz de la Instrucción de 28 de abril de 2025 establece que: “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”.

En consecuencia, a partir de la Instrucción de la DGSJYFP se excluye la idoneidad de cualquier documentación jurídica extranjera para poder inscribir en el Registro Civil español la filiación jurídica derivada de un convenio de gestación por sustitución realizado por españoles en un país extranjero que lo admita y regule expresamente, y todo ello por aplicación directa del art. 10.1º LTRHA que expresamente declara la nulidad del convenio gestacional y recogiendo la contraria doctrina consolidada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo. De manera que, a los efectos de la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los menores nacidos a consecuencia de un convenio gestacional perfeccionado en

país extranjero que lo permita, sólo quedará la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por parte del progenitor varón (ex art. 10.3º LTRHA), aunque no la acción de reclamación de la maternidad (por impedirlo el art. 10.2º LTRHA). Por consiguiente, de conformidad con las previsiones legales de nuestro ordenamiento, las mujeres comitentes deberán acudir, exclusivamente, al expediente jurídico de la adopción si pretenden alcanzar la condición de madres.

Realmente, para este viaje (de la ley a la ley) no se necesitaban alforjas.

2. Comentario crítico de la Instrucción de 25 de abril de 2025.

Como quedó apuntado, la práctica registral instaurada por la Instrucción de la antigua DGRN de 5 de octubre de 2010, además de ser contraria a la jurisprudencia del TS (art. 1.6 CC), suscitaba fundadas dudas relativas a su ajuste a la legalidad vigente, pues abiertamente contravenía la previsión contenida en el art. 10.1 de la Ley 4/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que expresamente dispone 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 tercero, instaurando una vía alternativa para posibilitar la inscripción orillando claramente la previsión legal fundada en el respeto a la mujer y al niño que nunca pueden ser objeto de tráfico⁷⁸. Y es que el convenio gestacional claramente se enfrenta al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, por cuanto que se proyecta sobre las facultades reproductivas y de gestación de la mujer, convirtiendo la maternidad en objeto de tráfico jurídico y mercantilizando la relación de filiación al cosificar a los sujetos intervinientes. La gestación por sustitución se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, pues altera las previsiones normativas determinantes de la constitución de la relación jurídica paternofilial. Por otra parte, la nulidad del contrato gestacional provoca que, legalmente siempre deba considerarse como madre a la gestante (art. 10.2 de la Ley 14/2006), si bien deja “a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” (art. 10.3 de la Ley 14/2006). En definitiva, resulta que el padre biológico siempre podrá ejercitar la acción de reclamación de paternidad y posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo

78 Como atinadamente señala DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Maternidad subrogada: radical cambio de posición de la DGFPJ”, cit., se trataba de una actuación errónea porque (i) parecía presuponer la existencia de un “derecho” a tener un hijo; y (ii) partía de una comprensión equivocada del principio del interés superior del menor (aspecto éste al que me he referido precedentemente); y, en definitiva “estaba creando una regla general que prestaba cobertura administrativa a un “turismo reproductivo”, el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10.1 de la Ley 14/2006), que, claramente, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma ésta, que creo que debe ser considerada de orden público; y ello, en la medida en que responde al principio, ampliamente mayoritario en los países de la Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer”.

podrá ser adoptado por la mujer de aquél, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC.

La Instrucción de 25 de abril de 2025, que viene a derogar la práctica instaurada por la de 5 de octubre de 2010, justifica el cambio de criterio del Centro Directivo en la circunstancia de que, después de la STS (Pleno) 4 diciembre 2024⁷⁹ (ya revisada), “la situación ha cambiado”. Sin embargo, como ha quedado expuesto, en la precitada Sentencia el Alto Tribunal no hace sino mantener su doctrina ya consolidada, al denegar el exequátur de la sentencia de un tribunal de Texas que validaba un contrato de gestación subrogada y atribuía la paternidad de los nacidos a los varones comitentes, y lo hacía por ser el reconocimiento de dicha resolución extranjera “contrario al orden público español” (sustrato común de su constante argumentación), todo ello con fundamento en el art. 46.I.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. En consecuencia, resulta palmario que no es el Tribunal Supremo que cambia de postura forzando a la DGFPYSG a este viraje, como se presenta, sino el propio Centro Directivo que, asumiendo la previsión legal (nulidad de pleno derecho del convenio gestacional) y su necesario corolario (rechazo de la inscripción de la filiación del menor nacido a consecuencia de convenio gestacional en país extranjero que lo permite y regula), rectifica la práctica registral por ella misma instaurada y se manifiesta contraria a la inscripción de la filiación basada en una resolución judicial extranjera dictada por un tribunal nacional del país en que se ha practicado la gestación por sustitución, proscrita por el ordenamiento español. Y así, en su DIRECTRIZ SEGUNDA la Instrucción expresa con rotundidad 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 relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente”; indicando, consecuentemente, en la DIRECTRIZ TERCERA 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”.

En definitiva, resulta que con la Instrucción de 25 de abril de 2025 la actuación administrativa se ajusta a la previsión legal según la misma ha venido siendo interpretada por la doctrina jurisprudencial. De este modo, para la determinación de la filiación de los nacidos por gestación subrogada no cabe otro procedimiento que el de recurrir a los cauces ordinarios de determinación de la filiación legalmente

79 STS, Sala Iª, Pleno, 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sazará Jimena, rec. núm. 7904/2023, Roj: STS 5879/2024-ECLI:ES:TS:2024.

previstos en nuestro Derecho. Y, reitero, para este viaje, de la ley a la ley, no resultaba preciso equipaje alguno.

III. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA.

En el juicio ético que suscita el debate acerca de la aceptación o rechazo de la gestación subrogada convergen planteamientos muy dispares pues, como se ha señalado por destacada doctrina, la gestación por sustitución se presenta como coto feraz de contiendas por su idoneidad para generar posiciones enfrentadas⁸⁰.

Sin duda, la cosificación del cuerpo femenino plasmada en la circunstancia de que la mujer venga a prestar su vientre renunciando a su maternidad a los efectos de que sean otras personas quienes determinen la paternidad/maternidad del nacido a su favor, con la consiguiente desintegración de la idea misma de gestación vinculada a la de maternidad según resulta configurada en nuestro entorno cultural⁸¹, asociada a la defensa de los intereses del menor⁸² cuya identidad resulta desvirtuada, así como la circunstancia del precio o contraprestación económica que puede mediar en el convenio entre la gestante y los comitentes, determinante de posibles situaciones de explotación de las mujeres que se prestan a ser madres de alquiler, a veces incluso poniendo en riesgo su propia vida, especialmente en entornos de economías desfavorecidas, y también el negocio generado a través de las mismas para enriquecimiento de algunos, son elementos que realzan la discusión ética que la cuestión plantea.

Por no hablar del destacado impacto psicológico que para la gestante conlleva el embarazo y posterior cesión del nacido a un tercero, atendida la circunstancia de que “la gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes” sobre lo que cabe significar la ausencia de “suficientes estudios que hayan hecho un seguimiento a largo plazo de los niños nacidos por maternidad subrogada: de sus eventuales problemas psicológicos o de otro tipo asociados a este origen, o de la relación con

80 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Gestación por sustitución y orden público”, *Indret.com*, 2017, pp. 165-200.

81 Ciertamente, el principio ya declarado en el Derecho Romano acerca de que *mater semper certa* est no resulta limitado al solo propósito de verificar una realidad biológica, sino también a constatar una realidad fáctica, localizada en la circunstancia de que toda persona tiene una madre conocida salvo casos en que la progenitora haya ocultado intencionadamente su gestación, sancionando de este modo un criterio normativo, consistente en que la progenitora del niño va a ser su madre legal. De este modo el Derecho opta por establecer una continuidad entre la maternidad genética, la fisiológica y la legal, resultando que si bien el principio inicialmente se basa en una base biológica a último la supera sobradamente, al establecer la presunción de que la progenitora de un nacido es la persona que mejor lo puede atender, al ser su madre. Y este criterio se ha venido manteniendo tradicionalmente, aunque históricamente de manera puntal se localicen posiciones en orden a desvincular la gestación de la maternidad, debiéndose significar que, incluso con la irrupción de las técnicas de reproducción asistida, que permiten disociar la maternidad genética de la fisiológica, el criterio ha permanecido legalmente incólume, pues madre siempre lo es la del alumbramiento, la mujer que pare al nacido.

82 Sobre el principio básico del *favor filii*, cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”, cit., pp. 25-51; y *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, cit., pp. 36-54.

la madre gestante que tanto ellos como los padres puedan tener"⁸³. Y también de la señalada cosificación de los menores sobre los que parece prescindirse de su consideración de seres humanos, merecedores del reconocimiento y valoración que demanda su dignidad, para convertirse en objeto de satisfacción de los deseos que los comitentes albergan de ser padres pagando en ocasiones un altísimo precio por ello y, en tales casos, convirtiendo al niño en mero objeto del tráfico del mercado.

La polémica alcanza al extendido turismo gestacional que se evidencia en desplazamientos desde los países en que se prohíben los contratos de gestación por sustitución hacia aquellos caracterizados por su legislación permisiva, de posible realización por parte de quienes tienen los recursos económicos para hacerlo o, en términos de mayor llaneza, pueden pagarlo, lo que vuelve a poner en tela de juicio la derivación mercantilista del fenómeno.

Por otra parte, no cabe desatender la circunstancia de que, nacido el menor gestado mediante un convenio de maternidad por sustitución, en el supuesto de que la legislación de los países de los que son nacionales los comitentes prohíba el contrato de gestación subrogada con el consiguiente rechazo al reconocimiento de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante la señalada práctica, se plantea la cuestión de la flagrante violación de los derechos de menor al que se le niega la determinación de su filiación situándolo en una manifiesta e injusta situación de vulnerabilidad, tanto en el supuesto de que los comitentes sean padres biológicos como en el caso de que no lo sean. Admitir como remedio la determinación, en todo caso, de la filiación así conseguida no resuelve el fondo de la cuestión de señalada índole ética.

El panorama descrito conduce a una doble conclusión, cuya primera vertiente sería la de que en materia de gestación por sustitución resulta preciso consolidar una posición general en cuya consideración debe valorarse cada aspecto del caso concreto siempre en la ineludible búsqueda del (verdadero) interés del menor; si bien ello no impide alcanzar la consecuencia final que conduce a declarar la imperiosa necesidad de una solución legal que permita coordinar las soluciones jurídicas ofrecidas por los ordenamientos internos con los efectos de su inevitable proyección internacional. Así, desde el punto de vista del Derecho nacional, partiendo de la premisa invariable del criterio legalmente asumido de atribución de la maternidad por razón del parto (arts. 44 y 46 de la Ley del Registro Civil) vinculado al régimen de prohibición de los contratos de gestación subrogada (art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo), cabe plantearse si la tan publicitada aportación administrativa que determina la Instrucción de 28 de abril de 2025

83 Cfr. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017, ya mencionado, pp. 26-27.

de la DGFPYSJ con el anunciado (y tan cacareado) propósito de dotar de eficaz, y singularmente tutelada, protección a la gestante y de preservar los derechos del nacido como sujetos más vulnerables y, por consiguiente, merecedores de una singular protección⁸⁴, ha supuesto realmente un avance necesario o nada añade a la previsión legal que el criterio del Centro Directivo plasmado en su declaración de 2010 pretendía eludir. Desde la perspectiva transfronteriza la salida pasa, necesariamente, por una solución de naturaleza internacional -plasmada, por ejemplo, en un convenio de este mismo carácter, al modo que sucede en el ámbito de la adopción internacional-, toda vez que “la respuesta de ámbito global es la única que puede evitar, o cuanto menos minimizar, situaciones de explotación de beneficios irregulares por parte de terceros intermediarios poco escrupulosos” y, además, es “la que mejor puede enfrentarse a los peligros sanitarios y de otra índole que pueden amenazar a las madres de sustitución y a los niños nacidos de ellas”⁸⁵. Y puesto que la propia Unión Europea ha declarado su incompetencia para legislar en materia de estado civil con interferencia en las propias normas de cada Estado miembro ni siquiera con el propósito de su armonización⁸⁶, cabría plantearse como solución posible en el ámbito europeo, a pesar de su alcance limitado, la del reconocimiento mutuo de estado civil entre los Estados⁸⁷, o la adhesión al acuerdo internacional en el que se ocupa la Conferencia de Derecho Internacional privado de la Haya que ya en 2011 inició trabajos sobre la materia aunque con resultados todavía no consolidados y en muchos aspectos fundadamente criticables⁸⁸.

84 Cfr. GARCÍA RUBIO, M.ª P. y HERRERO OVIEDO, M.: “Maternidad subrogada”, cit., pp. 85-86.

85 Cfr. GARCÍA RUBIO, M.ª P. y HERRERO OVIEDO, M.: “Maternidad subrogada”, cit., pp. 87-88.

86 Cfr. BRUNET, L. y otros: *Estudio para la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo*, 2013, pp. 1-14.

87 DÍAZ FRAILE, J. M.ª: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español.”, cit., p. 129.

88 En el ámbito de La Conferencia de La Haya, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de 2015 (CAGP) decidió crear un Grupo de Expertos para estudiar la posibilidad de continuar el trabajo en esta área. La CAGP decidió que el Grupo de Expertos debía ser geográficamente representativo y constituido en consulta con los Miembros. En marzo de 2020, el Grupo de Expertos renovó su mandato por dos años y aprobó la continuación del trabajo de conformidad con el último informe del Grupo, recordando que la labor futura debería dedicarse a la elaboración de los dos instrumentos siguientes: (i) un instrumento general de derecho internacional privado que trata del reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras sobre la filiación; y (ii) un protocolo separado que trata del reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras sobre la filiación otorgada como resultado de los convenios de subrogación de carácter internacional. El proyecto de protocolo tiene por objeto el reconocimiento automático de las sentencias extranjeras sobre la filiación. Además, incluye un capítulo 5, criticable en muchos de sus aspectos, que define todo el proceso gestación por sustitución (art. 15: madre de alquiler; art. 16: padres de intención; art. 17: contratos; art. 18: aspectos financieros; art. 19: vínculo genético; art. 20: orígenes; art. 21: filiación); pero su consideración podrá ser objeto de otro trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Gestación por sustitución y orden público", *Indret.com*, 2017.

BELLVER CAPELLA, V.: "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *SCIO Revista de Filosofía*, núm. II/2015, noviembre.

BRUNET, L. y otros: *Estudio para la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo*, 2013.

CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1/2011.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.:

- "El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar", *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, coord. por Juan Manuel Llopis Giner, ed. Práctica de Derecho, Valencia, 2003.
- "El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar", *Sepín Familia y Sucesiones*, septiembre 2003.
- "La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida Comentario a la RDGRN de 8 de febrero de 2017", *Actualidad Civil*, núm. 4/2017.
- *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2ª ed., La Ley-grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2000.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

- "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida", AA.VV.: *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 2ª, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*.

Scritti in onore di Giovanni Furguele, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017.

- "Maternidad subrogada: radical cambio de posición de la DGFPJSJ. La Instrucción de 28 de abril de 2025", Tribuna, IDIBE, publicada el 14 de mayo de 2025.

DÍAZ FRAILE, J. M.^a: "La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea", *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 1/2019.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.^a: "Otra vuelta de tuerca del Tribunal Supremo a la maternidad subrogada", Tribuna IDIBE, publicada el 18 de febrero de 2025.

FERRER VANRELL, M. P.: "La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución", *Revista de Derecho, empresa y sociedad (REDS)*.

GARCÍA RUBIO, M.^a P. y HERRERO OVIEDO, M.: "Maternidad subrogada, dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52/2018.

GARCÍA SAN JOSÉ, D.: "La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución", *Revista española de Derecho Constitucional*, Año núm. 38, núm. 113/2018.

HERMIDA BELLOT, B.: "Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, y el Comité de Derechos del Niño", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 767/2018, mayo-junio.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *Indret.com*. julio 2009.

VAQUERO PINTO, M. J.: "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 STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero*", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 126, 2024.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "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*, núm. 10487, 17 de abril de 2024.

