

Dossier jurídico
Derecho Civil

Gestación subrogada



tirant
PRIME

Dossier jurídico

Gestación subrogada.

Almudena Sanabria, Autora.

INTRODUCCIÓN

La definición de gestación subrogada implica que una mujer, conocida como gestante, accede a gestar al hijo de otra persona o pareja. Los futuros padres del bebé se llaman habitualmente padres de intención.

Siempre que sea posible, los óvulos y espermatozoides serán aportados por los padres de intención, de manera que el futuro hijo será biológicamente suyo. Si no es posible que la madre aporte el material genético, se recomienda recurrir a una donante.

La situación ideal es que la gestante solamente aporte el útero para mantener el embarazo y dar a luz al futuro bebé.

Después del parto, el bebé es entregado a los padres de intención. Previamente, debe haberse firmado un contrato entre ambas partes por el cual la gestante renuncia al derecho de la maternidad.

En función de cómo se consiga el embarazo de la gestante, distinguimos entre dos tipos de gestación por sustitución:

Gestación subrogada tradicional o parcial: la gestante es, además, la mujer que aporta la carga genética. Generalmente se refiere a la gestación subrogada realizada a través de una inseminación artificial con semen del futuro padre aunque también podría tratarse de una FIV con óvulos de la gestante.

Gestación subrogada gestacional o completa: la gestante no cede sus óvulos para la creación del embrión que va a gestar, sino que la dotación genética proviene de la futura madre o en algunos casos de una donante de óvulos.

No suele darse la gestación tradicional por la implicación excesiva de la gestante y las trabas legales

GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

La ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006) indica en su artículo 10 que el contrato de gestación subrogada es nulo de pleno derecho y que la mujer que da a luz es considerada la madre legal del bebé.

Por tanto, las personas y parejas que necesitan de este método para poder tener un hijo han de viajar a países cuya legislación permite la aplicación de este método reproductivo para extranjeros.

Los destinos más comunes son Estados Unidos, Canadá, Ucrania, Rusia y Georgia. Cada uno de estos países tiene sus propias condiciones legales respecto al proceso de gestación subrogada.

El mayor problema se produce cuando un bebe nace legalmente en otro país y vuelve a España.

No suele haber complicaciones si las personas vuelven con una sentencia judicial o un documento que acredite que el bebé es suyo.

El artículo 113 del Código Civil recoge que “la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado”.

Así, la filiación es reconocida en España por genética, y en muchas ocasiones se trata de parejas en las que al menos uno de los integrantes puede aportar material genético, como el esperma.

La otra persona, al no haber aportado material genético, tendría que adoptar al bebé y sucedería lo mismo en el caso de que ninguna de las dos partes interesadas, o si se trata de un individuo, hubieran dado sus óvulos o esperma, como recogió el Tribunal Supremo. (Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/2021) Roj: STS 1153/2022 (TOL8.898.029)

El pleno de la Sala Primera ha resuelto en esta sentencia un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia que había declarado la filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica de un niño nacido de una gestación por sustitución, sin aportar material genético propio, llevada a cabo en México mediante un contrato en el que intervino una agencia mediadora.

El Tribunal Supremo ya declaró en su sentencia de pleno 835/2013 (STS (Pleno) nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014. TOL4.100.882) que los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos

fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público.

Estos contratos son nulos de pleno derecho conforme al art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y vulneran gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

No obstante, en España se puede inscribir en el Registro Civil español el nacimiento y filiación de un menor nacido en un país extranjero mediante gestación por sustitución si se cumplen estas condiciones:

- Junto con la solicitud de inscripción de nacimiento del menor se debe aportar una resolución judicial dictada por un Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur.

Así, para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

- Se deben cumplir, además, los requisitos establecidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución para las resoluciones judiciales extranjeras.

NORMATIVA

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

«Artículo 10. Gestación por sustitución.

- 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
- 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.»*

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

Esta ley Orgánica redefine esta práctica como una forma de violencia contra las mujeres, prohibiendo su promoción y publicidad comercial

“Del mismo modo, como Estado, debemos reafirmar el compromiso de respuesta frente a vulneraciones graves de los derechos reproductivos que constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres, como la gestación por subrogación. Estas prácticas, si bien ya resultan ilegales en España, donde la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, considera nulo el contrato por el que se convenga la gestación y expresa que la filiación será determinada por el parto, se siguen produciendo, amparándose en una regulación internacional diversa, ante lo cual se ha de reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva, y tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución”

Por último, se añade un título III, «Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos» en el capítulo III recoge medidas de prevención y respuesta frente a formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, previendo, en particular, actuaciones frente al aborto forzoso y la esterilización y anticoncepción forzosa y dirigidas a la prevención de la gestación por subrogación o sustitución.

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Artículo 32. Prevención de la gestación por subrogación o sustitución. Ver observaciones de vigencia Documentación relacionada

1. La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda 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. Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como 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.

Artículo 33. Prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución. Ver observaciones de vigencia Documentación relacionada

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

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

Título II. De la publicidad ilícita y de las acciones para hacerla cesar

Artículo 3. Publicidad ilícita.

Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento, coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomenta estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, así como la que promueva la prostitución.

*Igualmente, se considerará incluida en la previsión anterior la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la **gestación por sustitución**.*

Artículo 6. Acciones frente a la publicidad ilícita.

1. Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia

desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Si el contenido de la publicidad incumple los requisitos legalmente exigidos en esta o cualquier otra norma específica o sectorial, a la acción de cesación prevista en esta Ley podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera.

2. Adicionalmente, frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer o por promover las prácticas comerciales para la gestación por sustitución, están legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal:

- a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.*
- b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.*
- c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.*
- d) El Ministerio Fiscal.*

Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución

Segunda.

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.

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.

Código Civil

«Artículo 113

La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.»

Legislación internacional

El Boletín del Parlamento Europeo (febrero de 2025) describe la situación legal europea, señalando que algunos países permiten subrogación altruista (p. ej. Grecia, Portugal, Irlanda), mientras otros la prohíben directamente.

Subraya que la UE exige que los Estados ofrezcan vías para proteger a menores ante la imposibilidad de reconocer legalmente su filiación

Pregunta parlamentaria | Respuesta a la pregunta E-002599/24 | E-002599/2024(ASW) | Parlamento Europeo

Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Directiva (UE) 2024/1712, modificada en junio de 2024, incluye explícitamente la explotación derivada de la gestación subrogada dentro del tipo penal de trata de seres humanos, lo que permite a los Estados aplicar sanciones en consecuencia

Convención sobre los Derechos del Niño, , de 20 de noviembre de 1989

«Artículo 35: «Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma»

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000

«Artículo 2: A los efectos del presente Protocolo:

a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;

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 la política de la Unión Europea al respecto, se declarará:

«[La Unión Europea] Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos».

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo. (Sentencia Sala Primera, de 04/12/2024 RES:1626/2024) TOL10.298.543

Reconocimiento de una sentencia extranjera que valida un contrato de gestación subrogada y atribuye la paternidad de los nacidos a los padres de intención es contrario al orden público.

El TS subraya que lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté "validado" por una sentencia extranjera, pueda determinar una relación paternofilial.

Recuerda el TS su anterior doctrina, contenida en la SSTS 835/2013 de 6 febrero 2014 y 277/2022 de 31 marzo, en las que justifica extensamente las antedichas afirmaciones y la contrariedad con el orden público del contrato de gestación subrogada y con la pretensión de que una filiación pueda quedar determinada por tal contrato. Procede, además,

citar la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015 en su apartado 115, en la que se condena la práctica de gestación subrogada.

Por otra parte, concluye el TS, ni siquiera consta que los menores estén integrados con los demandantes en un núcleo familiar estable. No se ha aportado prueba de tal extremo y el propio desistimiento del recurso formulado por uno de los demandantes así como las circunstancias puestas de manifiesto por el Ministerio Fiscal en su informe, introducen serias dudas sobre tal extremo.

En relación con la supuesta vulneración del principio superior de protección de los menores, el TS recuerda lo declarado en anteriores sentencias, pues la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia. Así, las SSTs 45/2022 de 27 enero; 558/2022 de 11 julio y 754/2023 de 16 mayo.

Tribunal Supremo. (Sentencia Sala Primera, de 17/09/2024 RES:1141/2024 REC:8567/2023) TOL10.196.690

El Supremo autoriza la modificación del lugar de nacimiento en casos de gestación subrogada. Modificación de la mención del lugar de nacimiento en el Registro Civil.

Se permite a los padres de un menor nacido mediante gestación subrogada cambiar el lugar de nacimiento registrado por el del domicilio familiar en España.

La ley vigente del Registro Civil contemplaba la posibilidad de modificar el lugar de nacimiento en casos de adopciones internacionales. Sin embargo, esta normativa no incluía expresamente a los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero. En el caso, los padres biológicos del menor solicitaron la modificación del lugar de nacimiento registrado por el del domicilio de la familia en España. Alegaron que el país de origen no tenía ninguna vinculación personal o familiar con el niño.

Este cambio fue denegado inicialmente por el Registro Civil y ratificado por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Tras la desestimación de la demanda en primera instancia y en apelación, los padres interpusieron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

EL Tribunal ha considerado aplicable por analogía el artículo 16.2 de la Ley del Registro Civil, que permite en adopciones internacionales modificar el lugar de nacimiento por el del domicilio familiar. El razonamiento jurídico se apoya en los artículos 4.1 del Código Civil, que permite la aplicación analógica de las normas, y en la analogía con los casos de adopciones internacionales, ya que el lugar de nacimiento en un país extranjero podría revelar circunstancias sensibles sobre el origen del menor.

El Tribunal también ha invocado preceptos constitucionales fundamentales, como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 de la Constitución), el principio de no discriminación (art. 14) y el derecho a la protección de los hijos por parte de los poderes públicos (art. 39.2).

Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Primera, de 25/03/2025 RES:496/2025 REC:5545/2024) TOL10.466.219

El Supremo desestima la impugnación de la filiación materna de la madre gestante, en el caso de dos menores nacidas con base en un contrato de gestación subrogada, inscrita en el Registro Civil español.

Reitera que en España la filiación materna se determina exclusivamente por el parto, ratificando la aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006. En un caso donde el padre solicitaba impugnar la maternidad de la gestante (para eliminar el apellido en el Registro Civil), el Tribunal desestimó la demanda. Sostiene que el interés superior del menor no puede justificar la eliminación del vínculo legal con la madre gestante

Tribunal Supremo. (Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/2021) Roj: STS 1153/2022 . TOL8.898.029

"Protección del interés superior del nacido mediante gestación por sustitución. La gestación por sustitución comercial vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Posibilidad de adopción del niño por la comitente con la que convive y conforma una familia de facto.

El Tribunal Supremo declara que el contrato de gestación por sustitución del caso enjuiciado entraña un daño al interés superior del menor y una explotación de la mujer que son inaceptables. Ambos son 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 esa dignidad.

Según esta sentencia del Tribunal Supremo, 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. Esta solución satisface el interés superior del menor como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general.”

Tribunal Supremo ya declaró en su sentencia de pleno 835/2013 (STS (Pleno) nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014). TOL4.100.882

“La Sala no deniega la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación por no ser procedente en el sentido que habían interesado los recurrentes. La sentencia de la Sala centra la cuestión en si es posible el reconocimiento por el Registro Civil español de inscripciones de nacimiento extranjeras realizadas por organismos equivalentes al Registro Civil español

*En el derecho europeo es general la prohibición de la gestación por sustitución mediante precio. En España, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida **considera nulo el contrato de gestación por sustitución**, y determina la filiación materna por el parto, con la posibilidad de reclamación de la paternidad por el padre biológico.*

La sentencia no admite el argumento del “interés superior del menor” como medio para conseguir resultados contrarios a la ley, a la que el juez está sometido. Tal concepto ha de ser interpretado conforme a los valores de la sociedad, no correspondiendo a los tribunales ejercer funciones que corresponden al legislador. Deben ponderarse todos los bienes jurídicos en juego, así como los principios de respeto a la dignidad de la gestante, y también el interés del menor en no ser objeto de tráfico mercantil.”

Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Recurso de Casación 245/2012. TOL4.100.882

“Inscripción en el Registro Civil español de la filiación de unos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales, determinada por las autoridades de California con base en la legislación de dicho Estado. Reconocimiento de decisión extranjera: Es necesario que no sea

contraria al orden público internacional español. La Sala no deniega la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación por no ser procedente en el sentido que habían interesado los recurrentes. La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretendía es contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público. Contiene voto particular de cuatro magistrados."

Con esta sentencia, el Pleno del Tribunal Supremo sentó doctrina sobre la posible violación de los derechos de los niños,

Razona el Alto Tribunal que *"el no reconocimiento de la filiación establecida en la certificación californiana puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, pero considera, asimismo, que el establecimiento de una filiación contraviniendo los criterios previstos en la Ley para su determinación también supone un perjuicio para ellos: "la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio".*

Reconoce la Sentencia que los menores tienen derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de las fronteras estatales pero que, en el caso que nos ocupa, los menores no tienen vinculación alguna con California dado que su nacimiento en EEUU se produjo sólo porque allí era posible concertar una subrogación uterina con la consiguiente determinación de la filiación a favor de los recurrentes; práctica prohibida en España y los países del entorno. Motivo por el cual, no existe un riesgo real de vulneración de una identidad única

En la **sentencia de Audiencia Provincial de Les Illes Balears, de 27/04/2021 RES:207/2021(TOL8.431.956)**, así como en la sentencia de primera instancia, se otorga la filiación materna de una menor a través de un proceso de gestación por sustitución. La menor fue engendrada mediante técnicas de reproducción asistida, pero sin la concurrencia de material genético de la actora.

El motivo que eboca el tribunal es que no puede admitir el recurso del Ministerio fiscal porque entiende que *"el fallo de la sentencia rusa no reconoce ninguna filiación de la menor a favor de la actora, pues lo que hace el fallo es desestimar la pretensión de la Sra. Hortensia de constatación de un hecho con validez jurídica precisamente porque la actora ya contaba con la documentación correspondiente para ello, es decir, para constar válidamente como madre de Rosario, lo que hacía innecesaria la intervención del Tribunal."*

No obstante, *“en definitiva, aunque ya hemos dicho que de la sentencia del tribunal de San Petesburgo no se desprende que la gestación por sustitución promovida por la Sra. Hortensia pueda ser calificada como nula de acuerdo con el ordenamiento de aquel país, si es nulo el contrato en el ordenamiento español, en concreto, vulnera el citado art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, debiendo destacar que la propia norma establece que en estos casos la filiación se determina por el parto, previéndose la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad por el padre biológico.”*

En suma, la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en dichas resoluciones, si bien establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada en nuestro ordenamiento, admite que en cumplimiento del principio de superior interés del menor debe protegerse el núcleo familiar en el que se encuentra integrado, siempre que sea adecuado para el niño y no suponga para él algún peligro, y ello a través de los cauces previstos en el ordenamiento, como son la reclamación de la filiación por el padre biológico, la adopción y, en algunos supuestos, el acogimiento familiar.

LA SUBROGACIÓN UTERINA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Casos Mennesson vs. Francia (Rec. 65192/2011) TOL9.055.539 y Labassee vs. Francia (Rec. 65941/2011) TOL9.055.557, Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014 (Secc. 5ª)

Tanto en el caso Mennesson como en el caso Labassee, los padres de intención no tenían posibilidad alguna de obtener en Francia, por ninguna vía, el reconocimiento de la filiación que se había establecido a su favor conforme a una legislación extranjera. Ante esta circunstancia solicitaron amparo al TEDH argumentando que esta situación suponía un grave detrimento del interés del menor y vulneraba el derecho a su vida privada y familiar.

La similitud de los supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas, explica que ambos asuntos hayan sido resueltos en términos idénticos.

El TEDH comienza recordando que para garantizar el derecho al respeto a la vida familiar, el artículo ocho del CEDH presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares de facto; algo que a juicio del TEDH se cumple a todas luces en los asuntos Mennesson y Labassee.

Asimismo, señala que *“el derecho a la identidad, que incluye la filiación, forma parte integral del derecho a la vida privada”*, y aprecia la

existencia de una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación

La Corte de Casación francesa, invocando el orden público internacional, deniega la inscripción de las Actas de nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero vía gestación por sustitución, al entender que vulneran principios esenciales del Derecho francés, entre ellos, el principio de indisponibilidad del estado civil

En este contexto, el TEDH estima que resulta absolutamente necesario distinguir entre el derecho de los matrimonios demandantes a su vida familiar, y el derecho de los hijos nacidos artificialmente al respeto a su vida privada. En el primer supuesto, el TEDH explica que la negativa por parte de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento y filiación de los menores no impide el establecimiento de una vida familiar, aunque implique una serie de consecuencias negativas para el día a día. Concluye, por tanto, que no existe vulneración del derecho a la vida familiar del matrimonio.

En el segundo supuesto, el TEDH recuerda que el respeto a la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación; y considera que la denegación por parte de las autoridades francesas del reconocimiento de efectos a la Sentencia extranjera, implica admitir la filiación de los menores conforme al Derecho de otro estado pero, paradójicamente, impedir la condición de hijos en el foro (Francia), con todas las consecuencias negativas que ello conlleva: nacionalidad, efectos sucesorios, responsabilidad parental, etc. En opinión del TEDH, es esta contradicción, y los obstáculos que se derivan de la misma, la que atenta contra la identidad de las personas, contraviene su derecho a la vida privada, y hace que el Estado que deniega la inscripción de la filiación en tales casos, sobrepase el margen de apreciación que le está permitido conforme al artículo 8 del CEDH

- Otros casos

- *Foulon et Bouvet v. France* (rec. 9063/2014) TOL6.413.457.
Resuelto por el TEDH (Sección 5ª) en virtud de Sentencia de 21 de julio de 2016 que se pronunció nuevamente sobre la negativa de las autoridades francesas a inscribir el certificado de nacimiento expedido en India, tras la suscripción de contratos de gestación subrogada. El TEDH, en línea con la doctrina fijada al resolver los casos *Menesson* y *Labassee*, estima el recurso interpuesto por los padres de intención y considera

que se ha producido la vulneración del derecho a la vida privada de los menores.

- Laborie v. France (rec. 44024/2013) TOL6.411.504. Aborda también la negativa de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento de un menor nacido en Ucrania de una gestación por encargo. El TEDH (Sección 5ª) en su Sentencia de 19 de enero de 2017 recuerda la doctrina sentada en los asuntos anteriores y concluye que “no ha existido vulneración del derecho al respeto de la vida privada de los demandantes, pero sí del derecho al respeto de la vida privada de los menores”.

CONCLUSIONES. -

PRIMERO. – En España, el contrato de gestación subrogada es **nulo de pleno derecho**, conforme al artículo 10 de la **Ley 14/2006**, de técnicas de reproducción humana asistida, lo que determina que la **filiación materna se atribuye legalmente a la mujer que da a luz**, con independencia de su vínculo genético con el nacido.

SEGUNDO. – La **Ley Orgánica 1/2023** refuerza esta posición al considerar la gestación subrogada una **forma de violencia reproductiva contra las mujeres**, prohibiendo su promoción y publicidad comercial, y estableciendo medidas específicas de prevención y persecución.

TERCERO. – La **jurisprudencia del Tribunal Supremo** ha mantenido una postura constante desde la **STS 835/2013** y más recientemente en la **STS 1626/2024**, declarando que los contratos de gestación por sustitución vulneran derechos fundamentales, son contrarios al orden público español y no pueden fundamentar la determinación de la filiación en el Registro Civil español.

CUARTO. – No obstante, el **interés superior del menor**, tal y como se deduce de la jurisprudencia del TS y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), puede justificar la **inscripción de la filiación** en España en casos excepcionales, **siempre a través de procedimientos legales como la adopción, la reclamación de paternidad biológica o el exequátur de resoluciones judiciales extranjeras**, no por aplicación directa del contrato subrogado.

QUINTO. – La **Instrucción de la DGSJyFP de 28 de abril de 2025** ha restringido aún más las vías de acceso al Registro Civil, **excluyendo expresamente la admisión de certificaciones registrales extranjeras**

o resoluciones no sometidas a exequátur como títulos aptos para inscribir la filiación de nacidos por subrogación.

SEXTO. – La filiación materna, en ausencia de vínculo genético, **solo puede reconocerse en España por vía de adopción**. Así lo ha reiterado el Tribunal Supremo en la **STS 277/2022** y en la **STS 496/2025**, negando la posibilidad de eliminar el vínculo jurídico con la gestante por motivos de conveniencia o voluntad de los comitentes.

SÉPTIMO. – En casos en los que el menor haya nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución, **la posibilidad de inscribir la filiación** en el Registro Civil español exige aportar una **resolución judicial extranjera homologada mediante exequátur**, en cumplimiento con los requisitos de la **Instrucción de 5 de octubre de 2010** y el respeto al **orden público internacional español**.

OCTAVO. – En el plano internacional, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** ha declarado en múltiples sentencias (Mennesson, Labassee, Foulon, Laborie, etc.) que la **negativa absoluta de reconocimiento de la filiación de menores nacidos por gestación subrogada puede vulnerar el derecho del menor a la vida privada** (artículo 8 del CEDH), si ello impide su identidad legal o acceso a derechos esenciales como nacionalidad o herencia.

NOVENO. – El TEDH establece una **diferenciación** entre el derecho de los padres de intención a la vida familiar (que no se considera vulnerado por la negativa de inscripción) y el derecho de los menores a la vida privada (que sí puede verse lesionado), lo que exige a los Estados ofrecer **vías legales efectivas** para establecer su filiación.

DÉCIMO. – La **Directiva (UE) 2024/1712**, al modificar la Directiva 2011/36/UE, califica expresamente la **gestación subrogada con fines de explotación como una modalidad de trata de seres humanos**, dotando así de amparo penal europeo a la lucha contra esta práctica en su vertiente comercial o abusiva.

UNDÉCIMO. – Desde la perspectiva del **ordenamiento jurídico español**, el respeto a la **dignidad de la mujer gestante y del menor** es un límite infranqueable que impide validar relaciones jurídicas fundadas en un contrato que los cosifica o instrumentaliza.

DUODÉCIMO. – La **solución de compromiso adoptada por el TS**, alineada con la doctrina del TEDH, pasa por **no reconocer los efectos del contrato de subrogación**, pero sí permitir vías de integración jurídica del menor en su núcleo familiar, siempre que **se preserve su interés superior y se respeten los derechos fundamentales en juego**.

DECIMOTERCERO. – En suma, la regulación española actual **condena y sanciona la gestación subrogada en todas sus formas**, y únicamente tolera el reconocimiento jurídico de los nacidos por este medio **a través de procedimientos excepcionales y garantistas**, que no supongan convalidar una práctica considerada ilícita.

FORMULARIOS.-

TOL9818910 Solicitud de inscripción de nacimiento mediante contrato de gestación subrogada

TOL9818933 Demanda frente a la denegación de inscripción de nacimiento mediante contrato de gestación subrogada

TOL9818937 Recurso de apelación contra la sentencia deniega la inscripción de nacimiento mediante contrato de gestación subrogada

BIBLIOGRAFÍA. -

Solapamientos e interferencias en el control de conformidad constitucional y europeo de la Ley (2025)

- Capítulo VI. El Convenio como Constitución total. El desplazamiento de la justicia constitucional por la convencional. A propósito del protocolo XVI al CEDH TOL10.087.095

El consejo de Europa y los derechos sociales. Instrumentos normativos, jurisprudencia del TEDH y doctrina del CEDS (2025)

- Parte segunda. El Convenio Europeo de Derechos Humanos TOL10.359.545

La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial (2024)

- XII. A propósito de las técnicas de reproducción asistida TOL10.034.499

Cuestiones actuales del Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar (2022)

1. La gestación subrogada desde la perspectiva psicológica TOL9.302.050

2. El interés superior del niño en la jurisprudencia sobre la maternidad subrogada: una visión del derecho internacional privado TOL9.302.057

Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución (2019)

1. Título II. Libertad, dignidad, orden público y gestación. Capítulo III. Ética y maternidad subrogada: mercado tecnología y familia TOL7.627.878
2. Capítulo IV. La gestación y su derecho. En-clave jurídico, ético y racional TOL7.627.877
3. Capítulo V. El marco constitucional del debate feminista sobre la gestación subrogada TOL7.627.876
4. Capítulo VII. Gestación subrogada: ¿Regulación actual o legalización? TOL7.627.874

Derecho de familia 2021. Gestación subrogada: marco legal y situación actual en España. Especial referencia a la actual crisis sanitaria TOL8.506.700

Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional Privado (2017)

El (difícil) equilibrio de los intereses en presencia: orígenes biológicos vs. legales en la gestación por sustitución (TOL6.468.753)

DERECHO DE FAMILIA 2022

Gestación subrogada: filiación y Registro Civil (TOL9.141.381)

Tarjeta:

Gestación subrogada

Tirant Prime

