



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA DETERMINACIÓN DE LA
FILIACIÓN DE LOS NACIDOS POR
MATERNIDAD SUBROGADA**

Autor: Marta Orta Tortosa

Curso: 5º E-5

Área: Derecho Internacional Privado

Tutor: Isabel Lázaro González

Madrid

Abril 2023

RESUMEN

La maternidad subrogada, también conocida como gestación por sustitución, es una técnica de reproducción humana asistida que ha ido ganando popularidad en todo el mundo, pero que a su vez es un tema complejo y controvertido que plantea diversos desafíos legales, éticos y sociales. Una de las principales cuestiones que se plantean en relación con esta práctica es la determinación de la filiación de los niños nacidos en el extranjero a través de este procedimiento. En este contexto, se han dado distintas interpretaciones y criterios judiciales sobre la filiación del niño en casos de maternidad subrogada, lo que ha generado inseguridad jurídica y una falta de claridad en la regulación de esta práctica. Así pues, el propósito fundamental de este trabajo es analizar, desde el punto de vista tanto de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la problemática en torno a la determinación de la filiación en los casos de maternidad subrogada, prestando especial atención a los derechos de los menores y al interés superior del menor.

Palabras clave: maternidad subrogada, gestación por sustitución, filiación, técnicas de reproducción asistida, interés superior del menor, madre gestante, consentimiento, vida privada y familiar.

ABSTRACT

Surrogacy, also known as gestational surrogacy, is an assisted human reproduction technique that has been gaining popularity worldwide but is a complex and controversial issue that raises several legal, ethical, and social challenges. One of the main issues raised in relation to this practice is the determination of the parentage of children born abroad through this procedure. In this context, there have been different interpretations and judicial criteria on the filiation of the child in cases of surrogacy, which has generated legal uncertainty and a lack of clarity in the regulation of this practice. Therefore, the main purpose of this paper is to analyse, from the point of view of the Directorate General of Registries and Notaries, the Supreme Court, and the European Court of Human Rights, the problems surrounding the determination of filiation in cases of surrogate motherhood, paying special attention to the rights of minors and the best interests of the child.

Key words: surrogacy, gestational surrogacy, parentage, assisted reproduction techniques, best interests of the child, surrogate mother, consent, private and family life.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	8
1.2. Objetivos y Metodología	10
II. MARCO JURÍDICO GENERAL	12
2.1. La maternidad subrogada en el Derecho español	12
2.1.1. <i>Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida</i>	12
2.1.2. <i>La filiación en el Código Civil español</i>	14
III. EL RECONOCIMIENTO DE LAS FILIACIONES DE LOS NACIDOS POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	16
3.1. Posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado	17
3.1.1. <i>Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009</i>	17
3.1.2. <i>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.</i>	22
3.1.3. <i>Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.</i>	24
3.1.4. <i>Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.</i>	26
3.2. Posición del Tribunal Supremo	28
3.2.1. <i>Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014</i>	29
3.2.2. <i>Sentencia del Tribunal Supremo 87/2022, de 31 de marzo de 2022</i>	32
3.3. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	35
3.3.1. <i>Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.ª), de 26 de junio de 2014, asuntos núm. 65192/11, Mennesson c. Francia, y núm. 65941/11, Labassee c. Francia.</i>	35
3.3.2. <i>Caso Paradiso y Campanelli c. Italia (núm. 25358/12)</i>	37

*3.3.3. El Protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el
Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019*

IV. CONCLUSIONES	44
V. BIBLIOGRAFÍA	48
Legislación.....	48
Jurisprudencia	49
Obras doctrinales	51
Recursos de internet.....	54

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	artículo
Arts.	artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
ed.	edición
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (en el mismo lugar)
<i>Id.</i>	<i>Ídem</i>
ISSN	Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadas
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
núm.	número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatus</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
resol.	resolución
s.f.	sin fecha
S.P.	Sin Página
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS	Sentencia del Tribunal Supremos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
<i>vid.</i>	<i>vide</i> (véase)
vol.	volumen

I. INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada es considerada un acuerdo a través del cual una mujer (conocida como la madre subrogada o madre gestante), mediante contraprestación o sin ella, se ofrece a gestar y dar a luz a un bebé para otra persona o pareja que desean ser padres (los padres comitentes o intencionales). De esta manera, la madre subrogada se compromete a renunciar a la responsabilidad parental del bebé a favor del padre/madre o pareja interesada una vez que el bebé haya nacido. En los últimos años, dicha práctica de reproducción humana asistida se ha convertido en un fenómeno social que rompe con los tradicionales parámetros establecidos sobre cómo debe conformarse una familia, pero que a su vez ha planteado una serie de cuestiones tanto jurídicas como, éticas.

Asimismo, es importante destacar que la maternidad subrogada es una práctica controvertida y su regulación difiere dependiendo del país. Pues, mientras que en algunos países dicha figura se encuentra completamente prohibida, en otros está permitida, o está permitida, pero bajo ciertas condiciones, como, por ejemplo, que de la práctica no se derive una intención comercial, es decir, que simplemente se conceda una retribución económica a la madre subrogada por los daños e inconvenientes que le puede haber causado el embarazo, lo cual conlleva a una falta de armonización de las regulaciones existentes respecto a esta determinada materia. Por ende, dada la falta de regulación uniforme y clara en el Derecho comparado, la gestación por sustitución puede plantear diversos problemas legales. Cabe también destacar que, dentro de estos problemas, los más comunes son: el reconocimiento legal, en el cual ahondaremos más a fondo a lo largo del presente trabajo, los derechos de la madre subrogada, los problemas de ciudadanía y nacionalidad del nacido por medio de dicha práctica, así como los problemas éticos que puedan surgir.

En España, los contratos de gestación subrogada son considerados como nulos de plena derecho, por tanto, dicha práctica no está permitida por la ley. Así pues, debido a esta prohibición, las parejas que quieren tener hijos y no pueden hacerlo por sí mismos o directamente no quieren, acuden a aquellos países cuyos ordenamientos jurídicos permiten la maternidad subrogada, para así poder cumplir con su deseo de ser padres. Asimismo, aunque está clara la posición del Estado español respecto a este tipo de contratos, no quedan resueltas todas las consecuencias legales que derivan del hecho de

que algunos españoles sean padres biológicos de niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada y convivan con esos hijos, y, junto con otros padres de intención en España, que no son padres biológicos. Además, las parejas que deciden recurrir a la maternidad subrogada en otros países se enfrentan a dificultades a la hora de inscribir en el Registro Civil de su país de origen, la filiación del menor nacido en el extranjero mediante gestación subrogada a su favor, así como a la hora de que se reconozca el contrato de subrogación celebrado en el extranjero.

Así pues, cabe destacar como se determina actualmente la filiación en España, pues la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida ha creado nuevas realidades que afectan de manera directa el rumbo de la vigente regulación sobre la filiación. Existen tres tipos de filiación, en primer lugar, la filiación por naturaleza, que es aquella donde se da la procreación a través de relaciones sexuales, por lo que el vínculo entre el menor y los padres se funda en el elemento biológico, el cual incluye también el genético; en segundo lugar, la filiación por adopción, donde siempre falta el elemento genético entre el niño y ambos padres; y en tercer lugar, la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, que será el tipo de filiación objeto de estudio en este trabajo. Dicha filiación, se diferencia del resto, en el sentido de que puede existir o no elemento genético, pero siempre debe existir el elemento volitivo. Por ende, en la gestación por sustitución puede ocurrir que la persona que proporciona el componente volitivo, es decir, la voluntad que debe presentarse por medio del consentimiento y, que además debe darse previamente al nacimiento del bebé, no sea quien aporte el material biológico.¹

No obstante, es importante destacar que, aunque la maternidad subrogada no está permitida en España, existen alternativas legales disponibles para las parejas que desean tener un hijo, como la adopción o la fecundación in vitro con donación de óvulos o esperma.

Por consiguiente, a lo largo de este trabajo, se llevará a cabo un estudio sobre la determinación de la filiación de los nacidos por maternidad subrogada, y la problemática que esto conlleva en relación con nuestro ordenamiento jurídico. La maternidad

¹ Lamm, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de bioética y derecho*, núm. 24, 2012, S.P.

subrogada supone hoy en día una opción no exenta de inconvenientes y dudas, pues la gestación por sustitución no es solo una solución para tratar los problemas ligados a la infertilidad, sino que también implica cuestiones éticas y legales.

1.2. Objetivos y Metodología

El trabajo en cuestión tiene como objetivo la búsqueda de respuestas en el sistema español, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, de las preguntas que han ido surgiendo alrededor de la determinación de la filiación del nacido en el extranjero por medio de dicha práctica. Entre estas cuestiones, inquiriremos en algunas como cuál es la solución legal dada en España a la problemática del reconocimiento del nacido por maternidad subrogada, cuáles son los requisitos para que una sentencia extranjera en la que se reconozca como padres legales del menor a la pareja comitente pueda emplearse como título apto para llevar a cabo la inscripción del menor en el Registro Civil español o cuál es la postura sostenida por el Tribunal Supremo respecto a la inscripción en el Registro Civil de los nacidos por medio de esta técnica de reproducción, y hasta qué punto difiere su postura de la posición adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por ello, en primer lugar, se examinará la regulación existente en España respecto a la gestación por sustitución, es decir, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), así como, la inclusión de la filiación en el Código Civil, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.

También, analizaremos en profundidad el reconocimiento de las filiaciones de los nacidos por gestación por sustitución, teniendo en cuenta el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, el cual establece la nulidad de pleno derecho de todo contrato por el cual 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 Y, mencionaremos las tres instrucciones existentes de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, siendo estas la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la Instrucción de 14 de febrero de 2019, la cual no se llegó a publicar en el BOE, y la del 18 de febrero de 2019.

² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

Sin embargo, a pesar de la prohibición establecido por la LTRHA, todavía existe un gran debate acerca la determinación de la filiación del nacido por maternidad subrogada. Por un lado, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por encargo, cambia la normativa interna para permitir que se lleve a cabo la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante esta técnica en aquellos países donde está legalizada, protegiendo así el interés superior del menor.

No obstante, la jurisprudencia de nuestros Tribunales se ha manifestado en contra de esta inscripción, pues en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 991) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, que confirma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia núm. 188/2010, de 15 de septiembre de 2010, y la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 826/2011 de 23 de noviembre de 2011, el Tribunal Supremo se ha posicionado en contra de dicha inscripción en el Registro Civil, en vista de la nulidad del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, examinaremos las dos únicas sentencias existentes en España donde el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión, es decir la antes mencionada, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 y la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 87/2022, de 31 de marzo de 2022.

Desde esta perspectiva, se explorará cual es la situación jurídica en nuestro país tanto de la madre subrogada, como de los padres intencionales y del menor de edad, así como, el estudio de los derechos y libertades fundamentales que se ven vulnerados al llevar a cabo la práctica de la gestación por sustitución, entre los cuales encontramos el interés superior del menor, los derechos de la mujer gestante, el derecho a la vida privada y familiar, y el orden público internacional español, y cómo y hasta qué punto estos derechos y principios fundamentales son protegidos en nuestro ordenamiento jurídico a la hora de llevar a cabo el procedimiento de filiación del menor nacido en el extranjero.

También, en términos de jurisprudencia, ahondaremos en algunos de los casos más importantes del Tribunal de Estrasburgo, como son el caso *Menneson c. Francia*, el caso *Labasee c. Francia* o el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, detrás de los cuales existe el Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019, el cual

establece que no se les exige a los Estados registrar a la madre no biológica en el acta de nacimiento de un menor nacido por medio de gestación por sustitución en el extranjero, puesto que el reconocimiento del vínculo existente entre el menor y los padres intencionales se puede obtener por otras vías, como puede ser, por ejemplo, a través de la adopción. Además, investigaremos acerca de la diferencia a la hora de determinar la filiación del nacido por maternidad subrogada, cuando ha habido aportación genética por parte de los padres de intención y cuando, por lo contrario, no la ha habido.

Por consiguiente, en relación con el interés superior del menor, analizaremos hasta qué punto los tribunales, ante casos de determinación de la filiación de un menor nacido mediante gestación subrogada, aplican o tienen en cuenta, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor con la reforma de 2015, el cual determina que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.³ También, examinaremos hasta qué punto la maternidad subrogada y, por ende, la filiación del nacido por medio de dicha práctica afecta al derecho a la vida privada y familiar, el cual se encuentra recogido en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Asimismo, con respecto a los derechos e intereses de la mujer gestante, estudiaremos hasta qué punto nuestro ordenamiento jurídico protege el derecho de las mujeres a decidir, así como los derechos a la integridad física y a la dignidad humana, mediante la prohibición de la gestación por sustitución en España.

II. MARCO JURÍDICO GENERAL

2.1. La maternidad subrogada en el Derecho español

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

En primer lugar, en España, la maternidad subrogada viene recogida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Sin embargo,

³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de enero de 1996).

antes de llegar a la aprobación de dicha ley, se aprobó en nuestro país con anterioridad, la Ley 35/1988 relativa a la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida y Humana⁴, así como la Ley 42/1988 sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos⁵. Además, con posterioridad a dichas leyes, se introdujeron algunas modificaciones a través de la Ley 45/2003 de 21 de noviembre⁶, hasta llegar a la actual ley en vigor sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la cual se ha mantenida intacta desde su publicación. Por ende, la primera ley que se aprobó en nuestro país sobre técnicas de reproducción humana asistida supuso un punto de inflexión y una notable evolución en relación con esta materia.

La Ley 14/2006 prohíbe la técnica de gestación por sustitución en su artículo 10.1, declarando como nulo cualquier contrato mediante el cual se acuerde una maternidad por subrogación, considerándolo, así como no vinculante en términos legales. Asimismo, este mismo artículo en su apartado segundo, establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, y determina en su apartado tercero que queda abierta la posibilidad de acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico respecto al nacido por maternidad subrogada, en conformidad con las reglas generales.⁷ Es decir, según la ley vigente en España, la filiación de un menor a favor de la madre estará determinada por el parto y, por otro lado, en el caso del padre, cuando este hubiera aportado material biológico. Por lo tanto, lo contenido en el artículo 10 de la LTRHA, conlleva a la aparición de dilemas legales a la hora de decidir si se debería inscribir en el Registro Civil español a un menor nacido mediante gestación subrogada o si se debería reconocer la filiación a favor de los padres comitentes, cuando estos padres no hubieran aportado material biológico alguno o la madre de intención no hubiera dado a luz al menor.

En la misma línea, es también objeto de prohibición, bajo la sanción de nulidad del contrato de gestación por sustitución en el artículo 12.6 de la Ley italiana y en el artículo

⁴ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, relativa a la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida y Humana (BOE 24 de noviembre de 1988).

⁵ Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (BOE 31 de diciembre de 1988).

⁶ Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE 22 de noviembre de 2003).

⁷ *Op. cit.* Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

16-7 del Código Civil francés, en la redacción dada por la Ley 1994-653, siendo esa nulidad por la aplicación del artículo 16-9 de orden público.⁸

Por otra parte, la nulidad establecida en el artículo 10.1 LTRHA se ve reforzada por el artículo 221.1 del Código Penal (en adelante, CP), el cual establece que “los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”.⁹ No obstante, para determinar la competencia judicial internacional en el orden penal, debemos acudir al artículo 23 de la LOPJ¹⁰, el cual establece cuando los tribunales españoles penales serán competentes para conocer el caso, diferenciando cuando los hechos ocurran en territorio español y cuando tengan lugar fuera de España, pero que los responsables tengan nacionalidad española.

De igual modo, en su apartado segundo, el artículo 221 del CP, fija que “con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”¹¹. Por tanto, dicho reforzamiento en el ámbito penal, junto con el régimen de infracciones y sanciones establecido en el artículo 24 LTRHA respecto a la maternidad subrogada en España demuestran el compromiso del Estado por proteger los derechos de la mujer, así como los de los menores involucrados, e intentar así evitar la explotación reproductiva a la que puede conllevar dicha práctica.

2.1.2. La filiación en el Código Civil español

A pesar de que en el Código Civil español no se haga mención expresa de la maternidad subrogada o gestación por sustitución, ni se regule de forma específica, sí establece en su Título V sobre la “*Paternidad y filiación*”, los requisitos necesarios para determinar la relación jurídica que une a un hijo con sus progenitores, así como, los

⁸ Lanzarot, A. I. B., “De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo (2ª parte)”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, vol. 10, 2009, p. 23.

⁹ Artículo 221.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

¹⁰ Artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985).

¹¹ *Op. cit.* Artículo 221.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

derechos y obligaciones que se derivan de ella, y los efectos que la misma puede causar a nivel jurídico.

También, es de relevancia definir el concepto de filiación para poder entender con mayor claridad su determinación. Según la Real Academia de la Lengua Española, la filiación es definida como la “procedencia de los hijos respecto a los padres” o “la relación jurídica entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico, que genera derechos y deberes recíprocos. Puede ser natural, derivada de la procreación, y puede ser matrimonial y no matrimonial y civil, que surge tras el proceso de adopción. Las acciones de filiación son de impugnación y de reclamación”.¹²

En la primera ley española de Reproducción Humana Asistida, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, el legislador estableció que la filiación del nacido mediante una técnica de reproducción humana asistida es considerada una filiación natural, pues la clasificación legal de la filiación no debe verse alterada por el medio escogido para el nacimiento del hijo. Así pues, dicha decisión reconduce el régimen de la determinación de la filiación al de la filiación natural, y esta es la que se mantiene en la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo. No obstante, gran parte de la doctrina ha venido demostrando que tal decisión es considerada como inadecuada e insuficiente.¹³

En relación con lo expuesto anteriormente, el artículo 7 LTRHA establece en su apartado primero, que para poder llevar a cabo la determinación de la filiación de los nacidos por medio de técnicas de reproducción asistida nos debemos remitir a las Leyes civiles, salvando las especificidades contenidas en los tres artículos siguientes a este, es decir, las previstas por los artículos 8 al 10 del mismo cuerpo legal.¹⁴ En consecuencia, serán los artículos 108 y siguientes del Código Civil a los que habrá que recurrir a la hora de determinar la filiación, pues contienen las normas aplicables a dicha materia y, establecen que la relación de filiación puede establecerse de dos maneras: por naturaleza, que a su vez puede ser matrimonial y no matrimonial o, por adopción.¹⁵ No obstante, la

¹² Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., (versión 23.6) (disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/filiaci%C3%B3n>).

¹³ Cárcamo, R. B., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, núm. 8, 2010, p. 27.

¹⁴ *Op. cit.* Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

¹⁵ *vid.* Artículo 108 del Código Civil.

regulación española sobre filiación no sólo se contempla en el Código civil, sino que también viene regulada en otras leyes civiles de nivel autonómico.

Por lo tanto, debemos entender que es de aplicación el régimen establecido en el Código Civil respecto a la filiación por naturaleza, y que este solo se verá desplazado en el caso de que se de alguna de las particularidades contempladas en los tres artículos siguientes al artículo 7 LTRHA. Por ende, la aplicación del Código Civil debe ser directa, y no subsidiaria, pues solo será desplazada por la norma especial contenida en la misma.

No obstante, cabe mencionar que en virtud de lo contenido en el artículo 14 de la CE, donde se establece la prohibición de la discriminación por razón de nacimiento o filiación, entre otras, la inscripción de los nacidos como resultado de la maternidad subrogada en el Registro Civil no debe recibir un tratamiento diferenciado al del resto de inscripciones de nacimiento o filiación. Por ello, desde la perspectiva del Registro Civil, podemos decir que no existen diferencias en el caso del uso de técnica de reproducción asistida. Además, el artículo 7 de la LTRHA profundiza en este punto al disponer en el apartado 2 que la inscripción en el Registro Civil no debe en ningún caso reflejar información de la que pueda infligir la naturaleza de la generación.¹⁶

III. EL RECONOCIMIENTO DE LAS FILIACIONES DE LOS NACIDOS POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Para poder entender cómo funciona el régimen de reconocimiento de las filiaciones de los nacidos por gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, primero debemos acudir a la anteriormente mencionada, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que en su artículo 10 dicta la nulidad de pleno derecho de todo contrato que tenga como finalidad llevar a cabo la gestación por sustitución.

Sin embargo, pese a la prohibición en nuestro ordenamiento jurídico de este tipo de contratos, la inscripción en el Registro Civil y el reconocimiento de la filiación determinada conforme a la legislación extranjera que permite el uso de la maternidad subrogada y reconoce los efectos legales de la renuncia de la filiación por parte de la madre gestante ha sido objeto de controversia. Por ende, dicha filiación está sujeta a

¹⁶ Jiménez Martínez, M. V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2012, ISSN, N°2, p. 367.

determinados límites y comporta importantes problemas jurídicos, pues la determinación de la filiación de los nacidos por medio de dicha técnica de reproducción humana asistida supone dificultades legales para aquellos países de origen, como ocurre en España, donde los contratos de maternidad subrogada están legalmente prohibidos. Por lo tanto, los países de recepción se topan con el dilema de decidir entre si es adecuado reconocer los efectos típicos de estas situaciones refundidas en el extranjero de las cuales emanan unos vínculos de filiación pero que no están reconocidos en sus ordenamientos jurídicos y que incluso pueden entenderse como contradictorios a los principios básicos e irrenunciables de esos mismos países,¹⁷ y en consecuencia al orden público y a la moral, o si, por lo contrario, no es adecuado reconocer dicha filiación en el país de recepción.

Como norma general, el objetivo de la inscripción de un menor en el Registro Civil español es proteger los derechos fundamentales reconocidos tanto en el ordenamiento jurídico español, como a nivel internacional, entre los cuales encontramos, la personalidad jurídica, la identidad y la nacionalidad. Pero, el problema surge cuando nos enfrentamos a casos donde el hecho que se quiere inscribir en el Registro civil español ha tenido lugar fuera de nuestro país. Así pues, ante tales circunstancias, solo se podrá proceder a la inscripción del menor, si este es ciudadano español, es decir, si ha nacido de padre o madre españoles¹⁸. Dicho esto, para que se pueda reconocer la nacionalidad española a un menor nacido en el extranjero por medio de la maternidad subrogada, es requisito indispensable que uno de los padres posee la nacionalidad española. Por tanto, en virtud de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, será condición previa necesaria para determinar la nacionalidad del menor, que el encargado del Registro compruebe su filiación, y así poder probar su competencia respecto al asunto en cuestión.¹⁹

3.1. Posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado

3.1.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

¹⁷ Álvarez González, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en Forner Delaygua, J. et al. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid, Marcial Pons, p. 77.

¹⁸ *Vid.* Artículo 17 del Código Civil.

¹⁹ Heredia Cervantes, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de derecho civil*, vol. 66, núm. 2, 2013, p. 691.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 18 de febrero de 2009²⁰, fue la primera vez en la que la DGRN tuvo que pronunciarse acerca de la inscripción en el Registro Civil de las relaciones de filiación instauradas en el extranjero mediante el empleo de la práctica de la maternidad subrogada, y, con posterioridad, en la Instrucción de 5 de octubre de 2011, donde se modificaron algunas de las disposiciones establecidas en la Resolución de 2009.²¹

La procedencia de la Resolución de la DGRN de 2009 se halla en el recurso presentado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos) por una pareja homosexual compuesta por dos varones españoles, donde solicitaban la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sus hijos, nacidos en San Diego, en octubre de 2008 mediante gestación por sustitución. Sin embargo, el encargado del Registro Consular rechazó, en base a la ley española, la solicitud de inscripción de los certificados de nacimiento de los menores, los cuales confirmaban la paternidad de los interesados respecto de los mellizos nacidos en California por medio de una madre gestante, donde se habían utilizado los genes de uno de los dos varones solicitantes y los óvulos de una donante de identidad anónima. Esta decisión fue tomada en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Asistida, concretamente en base a su apartado primero, el cual prohíbe de forma tajante la práctica de la gestación por sustitución, ya sea con o sin compensación económica, en la que la mujer gestante renuncia a su filiación materna a favor del contratante o contratantes. Además, la ley establece que la filiación de los hijos nacidos por dicha práctica, no reconocida como válida en nuestro sistema legal, será determinada por el parto, lo que significa que la mujer que da a luz, en este caso la madre subrogada, será considerada la madre legal del niño.

Ante la denegación de la solicitud de inscripción, los interesados interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. La DGRN decidió estimar el recurso y proceder a la inscripción del certificado de nacimiento californiano en el Registro Civil español. El razonamiento seguido por la DGRN se basaba en la premisa de que la inscripción de un documento extranjero que certifique una relación de filiación surgida de una gestación por sustitución no presenta un inconveniente respecto a la determinación del derecho aplicable a la filiación, sino más bien un problema de “validez

²⁰ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735).

²¹ Heredia Cervantes, I., *op. cit.*, p.691.

extraterritorial de decisiones”.²² Bajo este planteamiento, la DGRN reconoció el documento extranjero en cuestión, es decir, la certificación registral californiana, y después de determinar que era título suficiente para la inscripción en el Registro español, procedió a su inscripción.

En relación con lo expuesto con anterioridad, caben destacar algunos de los fundamentos de derecho en los cuales se basa dicha Resolución de la DGRN. Entre estos fundamentos, encontramos que, en primer lugar, con respecto al orden público internacional español, la DGRN determina que la certificación registral californiana presentada no lo viola, dado que su inclusión en el sistema jurídico español no afecta de manera negativa a los principios legales fundamentales que aseguran la integridad moral y jurídica de nuestra sociedad. De esta manera, se establece que la incorporación de la certificación registral extranjera no menoscaba los intereses generales, ni perjudica la estructura básica del Derecho español, así como que tampoco transforma el funcionamiento pacífico de la sociedad española, no desestabilizando, por tanto, el orden público internacional español.

También, en relación con el interés superior del menor, la DGRN considera que para protegerlo se debe llevar a cabo la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que consta en el Registro extranjero. Pues, en el caso de que se rechazase la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, los hijos que son ciudadanos españoles podrían quedarse sin una filiación registrada en el Registro Civil, lo cual iría en contra de lo establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York del 20 de noviembre de 1989, el cual entró en vigor el 5 de enero de 1991 en España. Dicho artículo, en su apartado segundo, señala concretamente que “los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”²³ Por lo tanto, la DGRN basa su decisión en la necesidad de priorizar el interés superior del menor y proceder a la inscripción de la

²² Heredia Cervantes, I., *op. cit.*, p. 696.

²³ Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313 de 31 diciembre de 1990).

filiación en el Registro Civil español para evitar así que los derechos del menor se vean vulnerados, y que queden desprotegidos por la falta de certeza en su filiación.

En línea con lo expuesto con anterioridad, cabe mencionar que, en la mayoría de las ocasiones, los casos de maternidad subrogada derivan en situaciones claudicantes. Las situaciones claudicantes en la esfera internacional se refieren a aquellas situaciones que son promulgadas válidamente en un Estado, pero que, a su vez, no son consideradas como válidas en otro Estado con el cual el caso mantiene lazos que están estrechamente unidos.²⁴ Es decir, en la gestación subrogada, esto ocurre cuando para un Derecho los padres son los comitentes o de intención y para otro Derecho de un Estado diferente, por un lado, el padre es quien hizo la aportación genética y, por otro lado, la madre es quien dio a luz. Consecuentemente, el resultado de dicha situación es que el menor nacido mediante gestación subrogada tenga distinta filiación en cada Estado, causándole así una situación de inseguridad jurídica. Por ello, mediante la Resolución de 18 de febrero de 2019, la DGRN pretendía evitar las situaciones claudicantes, de tal manera que el interés superior del menor estuviera protegido, así como, asegurar la existencia de una continuidad en relación con la filiación de los menores, más allá de las fronteras.²⁵

Asimismo, es importante atender a lo expuesto en el art. 7.3 de la Ley 14/2006, el cual remarca que la vinculación genética no es condición necesaria para que se pueda dar la filiación natural en el ordenamiento jurídico español. Dicho artículo, permite la determinación de la filiación de un menor en el Registro Civil, a favor de dos mujeres del mismo sexo. Por tanto, podemos extrapolar dicha disposición a la inscripción de una certificación registral extranjera en la cual se instaura la filiación de un hijo, a favor de dos hombres españoles.

Dicho esto, no existe duda alguna respecto al hecho de que los contratos de maternidad subrogada están prohibidos de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico (*vid.* art. 10.1 de las LRHA), ni sobre la idea de que la determinación de la filiación de los nacidos por medio de dicha práctica de reproducción humana asistida se fijará en función del parto (*vid.* art.10.2 de las LRHA), como hemos mencionado con

²⁴ Calvo, F., “¿Qué es una situación claudicante en el ámbito internacional?”, *ConfLegal*, abril 2017 (disponible en <https://conflegal.com/20170430-una-situacion-claudicante-ambito-internacional/>).

²⁵ Calvo, Caravaca, A. L., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Mas allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, p.110.

anterioridad. Sin embargo, atendiendo al caso concreto, no podemos aplicar dicha disposición, puesto que la finalidad del caso en cuestión es definir si existe la posibilidad de que se inscriba en el Registro Civil español una filiación que ya ha sido determinada en otro país, California en este caso, en vista de una certificación registral extranjera de nacimiento. Por lo tanto, no nos encontramos ante un caso de determinación de la filiación de los nacidos en California mediante gestación por sustitución, o un caso donde por medio de la inscripción de la certificación del registro de California de nacimiento de los menores, se pretende que se efectuó un contrato de gestación por sustitución. En atención, podemos establecer que es indudable que la certificación registral californiana se emite únicamente con el propósito de demostrar la identidad de los recién nacidos e instaurar la paternidad de los varones españoles respecto de los menores nacidos en California.

Sin embargo, el contenido de dicha Resolución ha generado una amplia oposición por parte de la doctrina. Así pues, una crítica comúnmente dirigida hacia este contenido se enfoca en su falta de reconocimiento del verdadero propósito de dar validez en España a una certificación registral extranjera. Esta certificación se originó a partir de una decisión judicial previa emitida fuera de España, la cual no solo validó y otorgó efectos a un contrato de gestación por sustitución, sino que también estableció una relación de filiación a favor de un ciudadano español mientras excluía a la madre gestante y biológica. Por lo tanto, la decisión judicial es la que realmente tiene el poder de surtir efectos en España y se convierte en un documento inscribible, en lugar de la certificación registral en sí misma.

La inscripción realizada en California es simplemente una representación de una decisión judicial previa que realmente determina el régimen de filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución en dicho país. Esto tiene una clara consecuencia en cuanto al proceso que debe seguirse para que la inscripción californiana tenga efectos en España. Así pues, no se trata simplemente de validar la eficacia probatoria de los certificados californianos de nacimiento y su acceso al Registro Civil español, sino que el objetivo es dar efectividad en España a una inscripción extranjera que se origina en una decisión judicial previa, que no solo valida y otorga efectos a un contrato de gestación por sustitución, sino que también establece una relación de filiación a favor de los padres intencionales y excluye a la madre gestante. Por lo tanto, la decisión judicial es la que realmente tiene el poder de surtir efectos en España.

Todo lo mencionado anteriormente tiene una consecuencia obvia, y esta es que debido a que la existencia de la inscripción registral se basa en la decisión judicial, o en otras palabras, porque la inscripción refleja una realidad jurídica específica, como una relación de filiación previamente establecida ante una autoridad judicial extranjera, el reconocimiento de la decisión judicial se convierte en un trámite previo e imprescindible para acceder al registro español de dichas relaciones de filiación.²⁶

3.1.2. 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.

En consecuencia a la impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, la cual fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia en la Sentencia de 15 de septiembre de 2010, y que por tanto dejó la inscripción que se había efectuado sin efecto alguno, la DGRN respondió con la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. El objetivo último de dicha instrucción era proporcionar la máxima protección jurídica al interés superior del menor en los casos de maternidad subrogada, a través de la dotación de continuidad internacional a la filiación establecida en el extranjero, a condición de que, en España, la resolución judicial que determina la filiación del menor fuese aceptada.²⁷

En ella, se recogen los criterios utilizados para la determinación de las pautas seguidas para que las personas nacidas fuera de España a través del uso de la gestación por sustitución puedan acceder al Registro Civil español. En primer lugar, la Instrucción establece como requisito previo necesario, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial emitida por un Tribunal con competencia, con el fin de revisar que se cumplen con los requisitos de perfección y contenido del contrato en relación con el marco legal del país donde dicho contrato se ha formalizado, así como

²⁶ LegalToday - Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009, *Información jurídica, noticias y artículos - Legal Today*, abril, 2009 (disponible en: <https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009-2009-04-08/#>).

²⁷ Garibo Peyró, A. P., “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, vol. 28, núm. 2, mayo-agosto, 2017, p. 252.

para proteger los derechos e intereses tanto de la madre gestante, como del menor. Este requisito se apoya en el artículo 10.3 de la LTRHA, el cual incorpora la posibilidad de ejercer una acción de reclamación de la determinación de la paternidad respecto de los nacidos mediante maternidad subrogada, en base a las reglas generales. Además, la resolución judicial permite comprobar que la madre gestante poseía plena capacidad jurídica y de obrar, así como la eficacia legal del consentimiento prestado, es decir, verificar que el consentimiento dado por parte de la madre gestante no surgió bajo engaño, violencia o coacción, o que este no hubiera causado algún error sobre su alcance y resultado, y asegurarse de que no se trata de un caso de encubrimiento de tráfico internacional de menores.²⁸

Asimismo, respecto al reconocimiento de la resolución judicial, la Instrucción contiene la doctrina afianzada por el Tribunal Supremo, la cual determina que se podrán aplicar los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881²⁹. En vista de lo expuesto en dichos artículos, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur. El exequátur es un conjunto de normas conforme a las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado comprueba que una sentencia judicial emanada de un Tribunal de otro Estado cumple con los requisitos para permitir su reconocimiento y homologación.³⁰ En cambio, se podrá prescindir del exequátur, en el caso de que la resolución judicial provenga de un procedimiento equivalente a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria. De hecho, el Tribunal Supremo ha afirmado varias veces que no es necesario cumplir con el requisito del exequátur para inscribir una resolución, ya que basta con obtener un reconocimiento incidental previo a su inscripción.

En resumen, si el encargado del Registro Civil estima que la resolución extranjera se dictó en un proceso contencioso, se necesitará obtener previamente el exequátur de la resolución según lo establecido en la LEC antes de que se pueda inscribir. Sin embargo,

²⁸ Ilustre Colegio Provincial de Abogados de León., “La DGRN remite a los criterios establecidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 para la inscripción registral de los niños nacidos de vientre de alquiler”, *Ical.es*. (s.f.) (disponible en: <https://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion-registral-de-los-ninos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/1583>)

²⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derogó a la Ley de 1881 salvo en lo relativo al procedimiento concursal (que se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley concursal) y el Libro III, relativo a la Jurisdicción Voluntaria.

³⁰ Gobierno de España, “Gestación por sustitución”, *Dirección General de Gobernanza Pública*, 2022 (disponible en: https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/gestacion-sustitucion.html#-2402763e84e4)

si se considera que la resolución extranjera se originó en un proceso similar a un proceso de jurisdicción voluntaria en España, el encargado del Registro civil verificará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España antes de su inscripción.

Por lo tanto, en aquellos casos en los que la solicitud esté basada en la inscripción del menor nacido en el extranjero por medio de gestación por sustitución y no se presente una resolución que establezca su filiación, ya sea reconocible incidentalmente o a través del exequátur, el encargado del Registro Civil no permitirá su inscripción. Sin embargo, el solicitante aún puede intentar registrar al recién nacido a través de los medios habituales establecidos en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 del 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana y los artículos 764 y siguientes de la LEC.³¹

3.1.3. Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

El 14 de febrero de 2019, la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictó una nueva Instrucción sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Dicha Instrucción fue dictada con el objetivo de proporcionar orientación al Registro Civil español, en base a determinados criterios actualizados, sobre cómo abordar la filiación de un menor nacido en el extranjero a través de un proceso de maternidad subrogada. Por ello, la Instrucción comienza exponiendo el régimen registral de la filiación de estos menores, siendo este la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, remarca lo recogido en el artículo 10.3 de este mismo cuerpo legal, el cual establece que tanto el padre biológico como el padre comitente tienen derecho a ejercer la acción de reclamación, por un lado, de la paternidad respecto del hijo, y por otro, de la filiación paterna.³² Pero, no solo menciona dicha ley, sino que también entra a comentar el artículo 23 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil sobre cómo se deben practicar las inscripciones, complementándolo con los artículos 81 y 85 del Reglamento de la citada Ley, aprobado

³¹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE 7 de octubre de 2010).

³² Vid. Artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

por Decreto de 14 de noviembre de 1958, para los títulos inscribibles de las certificaciones de asientos de Registros civiles extranjeros.³³

Asimismo, menciona a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN y los requisitos recogidos en la misma para llevar a cabo la inscripción de los menores nacidos por medio de gestación subrogada. También, realiza una distinción entre la tutela de reconocimiento, para aquellos casos en los que se proporcione una resolución judicial como título inscribible y, la tutela declarativa. Paralelamente, la DGRN realiza un análisis del trato y desarrollo que ha tenido la inscripción en el Registro Civil de la filiación de los nacidos por gestación por sustitución en nuestro país. Pero, no es hasta los antecedentes X a XVI, donde la DGRN establece los nuevos criterios con los que propone actualizar los recogidos en la Instrucción anterior. Estos criterios son, en primer lugar, el consentimiento libre de la madre gestante, en virtud de lo referido en la STEDH del caso Paradiso y Campanelli de 24 enero 2017 sobre la protección de menores y la adopción internacional.³⁴ Otros dos elementos, en los cuales incurre la DGRN, son el anonimato de la madre gestante y los donantes y, el derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos, en vista del artículo 7.1 Convención de los Derechos del Niño de 1989, el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional y en la STS de 21 de septiembre de 1999.

Dicho esto, podemos afirmar que en la Instrucción de 14 de febrero de 2019 de la DGRN recoge una normativa muy parecida a la establecida en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 pero, con la intención de actualizar la misma, lo cual implicaba permitir la práctica habitual con respecto a la maternidad subrogada en los Registros Civiles consulares, cuando no se contaba con una resolución judicial extranjera que estableciese la filiación del menor a favor de los padres comitentes, es decir, permitir la determinación de la filiación mediante medios extrajudiciales, como por ejemplo, el reconocimiento y la prueba de paternidad de ADN.

³³ Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (disponible en: <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/806/GESTACION%20SUBROGADA.pdf>).

³⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017 (dictada por la Gran Sala del TEDH).

No obstante, la DGRN introduce, en el antecedente XVI, un nuevo criterio, el cual permite la aplicación analógica del artículo 10.3 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Lo que dicha aplicación supone es que se pueda reclamar la filiación materna a favor de la mujer comitente que haya aportado material genético a la fecundación, en aquellos casos en los que la ley extranjera aplicable haya determinado la filiación del menor a favor de una persona que no fuese la madre gestante. A este respecto, la DGRN estima que entran en conflicto dos principios de orden público español, siendo estos, por un lado, la prohibición y nulidad de los contratos de maternidad subrogada y, por otro, el interés superior del menor, que debe prevalecer frente a los demás principios, respetando así lo recogido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así pues, la aplicación analógica del artículo 10.3 de la LTRHA tiene como objetivo evitar que el menor quede desprotegido en el país donde se ha llevado a cabo la práctica de gestación por sustitución. Sin embargo, esta nueva incorporación no es del todo clara y plantea diversas preguntas, pues se realiza sin respaldo legal y con argumentos insuficientes, lo cual hace que la Instrucción exceda de manera significativa sus competencias y oportunidades de aplicación práctica.³⁵

3.1.4. Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

La Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución³⁶, dejó sin efecto alguno la previa Instrucción de 14 de febrero de 2019, la cual no llegó a publicarse en el BOE. La causa por la que se dictó una nueva Instrucción con tan poco tiempo de diferencia fue en base al rechazo por parte del Gobierno español a la gestación por sustitución y, consecuentemente, a una

³⁵ Andreu Martínez, M.B., “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, p. 70.

³⁶ Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE 21 de febrero de 2019).

Instrucción que facilitase la inscripción de la filiación de los menores nacidos en el extranjero por medio de dicha práctica, en los Registros Civiles consulares.

Dicha Instrucción, que a diferencia de la del 14 de febrero de 2019, tiene una extensión de apenas una página, establece que la maternidad subrogada afecta negativamente tanto a los derechos de los menores, como a los de las madres gestantes, y por ello es de vital importancia que los derechos de los primeros queden salvaguardados en todo caso, al igual que es necesario que los poderes públicos actúen de tal manera que garanticen una protección adecuada para la mujeres gestantes, y que esta protección reduzca al máximo las posibilidades de que exista un peligro inminente de abusos de la situación de vulnerabilidad en la que se hayan estas mujeres.³⁷ Dicha postura es también sostenida, de forma mayoritaria, por el Comité de Bioética en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de mayo de 2017.³⁸

Además, dicha Instrucción hace hincapié en dos importantes puntos; en primer lugar, en la actividad por parte de las agencias mediadoras, las cuales no se consideran que se ajusten al derecho, razón por la que el Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada sugiere sancionarlas y, en segundo lugar, en el hecho de que, a nivel internacional, la actuación se lleve a cabo de manera coordinada, pues la maternidad subrogada no es una práctica que se limite a un solo país, si no que va más allá, por lo que se necesita que las medidas acogidas se cumplan de manera efectiva y eficaz. Sin embargo, la DGRN propone, en esta Instrucción, que se tomen medidas más fuertes y rigurosas para abordar el tema en cuestión. Por ende, apuesta por seguir un enfoque individualizado para cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias específicas, así como utilizando pruebas que sean válidas y suficientes de los hechos.³⁹

Asimismo, dicha Instrucción se centra mayoritariamente en dos cuestiones, la primera, en la derogación de la previa Instrucción de 14 de febrero de 2019 y su eficacia

³⁷ Fernández Rozas, J. C., “Actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (Instrucción DGRN 18 febrero de 2019)”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 21 febrero, 2019 (disponible en: <https://aedipr.com/2019/02/21/actualizacion-del-regimen-registral-de-la-filiacion-de-los-nacidos-mediante-gestacion-por-sustitucion-instruccion-dgrn-18-febrero-de-2018/>).

³⁸ Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, *Comité de Bioética de España*, mayo, 2017.

³⁹ Andreu Martínez, M.B., *op. cit.*, p. 78.

temporal y, la segunda, en los criterios a seguir para que se pueda llevar a cabo la inscripción de los menores nacidos por medio de gestación por sustitución.

Así pues, en relación con el ámbito de aplicación temporal, la Instrucción de 18 de febrero de 2019 establece que todas aquellas solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de los menores nacidos después de la publicación de dicha Instrucción, es decir, con posterioridad al 21 de febrero de 2019, no se estimarán. En cambio, en el caso de que haya una sentencia firme de las autoridades judiciales del país que corresponda y dotada de exequatur, o que sea objeto de un control incidental adecuado de acuerdo con las pautas establecidas en la Instrucción del 5 de octubre de 2010, sí que se podrá proceder a la estimación de la solicitud de inscripción. Por lo contrario, en el caso de que esto no suceda, la solicitud será rechazada, aunque en todo caso, siguiendo lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, podrá ser objeto de control incidental cuando así proceda.⁴⁰ Por tanto, esto demuestra, que dicha Instrucción trata de volver a los criterios establecidos en la Instrucción de 2010.

3.2. Posición del Tribunal Supremo

A continuación, dado que, en términos de doctrina sobre la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, esta es escasa, ahondaremos en la jurisprudencia existente en nuestro país, concentrándonos en las únicas dos sentencias donde el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la materia, siendo estas la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014 y la Sentencia del Tribunal Supremo 87/2022, de 31 de marzo de 2022, así como en las sentencias más importantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Menesson c. Francia*, *Labassee c. Francia* y *Paradiso y Campanelli c. Italia*. Por tanto, mediante el estudio de dichas sentencias podremos comparar la posición del Tribunal Supremo con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Antes de ello, cabe mencionar que como dice Manuel Jesús López Baroni, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla) y coordinador del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, “la casuística es enorme”: “Existe la posibilidad de que ninguna de las personas que contraten a una madre subrogada para tener un bebé aporte material genético. De igual modo, si la

⁴⁰ *Op. cit.* Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la tramitación de los expedientes de nacionalidad española por residencia.

pareja o persona que contrata en solitario vuelve del extranjero con un bebé y con un documento que pruebe que son los padres, es decir, con una sentencia judicial o un documento similar, no existen mayores dificultades en España para regularizar la situación administrativa del niño nacido en el extranjero por maternidad subrogada”.⁴¹

Normalmente, se refiere a parejas, y mayoritariamente, a parejas donde al menos uno de los dos es un hombre que aporta material biológico al proceso. Así pues, López Baroni destaca que “en nuestra legislación se permite que uno de los dos miembros de la pareja en cuestión se considere de manera automática como el padre del niño nacido mediante gestación por sustitución, puesto que en España la paternidad biológica se presume, mientras que la otra persona figurará como adoptante”.⁴² No obstante, la determinación de la filiación del menor en los casos donde los padres intencionales no aportan material genético alguno sí que plantea problemas, lo cual examinaremos a lo largo de este capítulo.

3.2.1. Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014

El Tribunal Supremo sólo se ha pronunciado en dos ocasiones diferentes sobre el fondo de la cuestión. En primer lugar, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014⁴³, la cual significó la ratificación de la anulación de la anteriormente explicada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, que admitió la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de dos menores nacidos en California mediante gestación por sustitución, a favor de una pareja de varones españoles, en este caso los padres intencionales, en base a la filiación establecido por las autoridades de California conforme a sus normas legales.⁴⁴

Dicha sentencia del Tribunal Supremo comienza con la presentación de demanda por parte del Ministerio Fiscal, en la cual impugnaba la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, fundamentándose en que la Resolución vulneraba lo estipulado en el artículo 10 LTRHA, lo cual la convertía en contraria al orden público, no debiéndose, por

⁴¹ López Baroni, M. P., en una entrevista para Newtral.es, abril 2022 (disponible en <https://www.newtral.es/gestacion-subrogada-sentencia-tribunal-supremo/20220413/>).

⁴² *Id.*

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, Audiencia Provincial de Valencia, sección 10^a, núm. de resol. 835/2013 de 6 de febrero de 2014.

⁴⁴ Durán Ayago, A., “Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014): Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España”, *Reseñas de jurisprudencia (enero-junio 2014) Internacional Privado, Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, p. 277.

ende, llevar a cabo la inscripción de la filiación concretada en la misma. Así pues, se acordó, que la Resolución quedase sin efecto y que se cancelase la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de los menores nacidos mediante maternidad subrogada en California, dada la estimación de la demanda en primera instancia.⁴⁵

No obstante, los solicitantes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, pero este fue desestimado por la Audiencia Provincial. Y, contra dicha sentencia, los mismos interpusieron un recurso de casación, apoyándose en que se había violado el artículo 14 CE y, por ende, el principio de igualdad recogido en el mismo, así como el derecho a la identidad única y al interés superior de los menores, recogido en la Convención de Derechos del Niño.⁴⁶ Además, sujetaban que el acto de denegar la inscripción de la filiación de los nacidos en California a favor de dos varones era discriminatorio, que quitarle a estos menores su filiación les dejaba desprotegidos, vulnerando así el interés superior de los mismos y, que ellos, es decir, los padres intencionales, son naturalmente los padres más convenientes para estos menores frente a la madre gestante, pues esta ha dado su consentimiento mediante el contrato de maternidad subrogada de transferir los derechos parentales del menor a los padres de intención. También, alegaban que la certificación registral californiana, en la que se determina el reconocimiento de la filiación de los menores, no es contraria al orden público español, dado que este prohíbe la gestación por sustitución y, por tanto, considera inválido todo contrato por medio del cual se acuerde dicha práctica. Pero, no prohíbe de forma expresa la inscripción en el Registro civil español de la filiación proveniente de la gestación por sustitución.⁴⁷

Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró, en primer lugar, que el acceso al Registro Civil español de la certificación registral de California infringía el orden público internacional español, pues no es suficiente con que sea real y legítima, sino que también, en virtud del artículo 23 LRC, la realidad del acto inscrito debe ser incuestionable, así como su legalidad con arreglo a la ley española. En segundo lugar, el Tribunal Supremo estableció que, atendiendo al caso concreto, no existe discriminación alguna por razón de sexo u orientación sexual, aunque los recurrentes sostuvieran lo contrario, pues lo que se

⁴⁵ Jiménez Muñoz, F. J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, S.P.

⁴⁶ *Op. cit.* Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, núm. de resol. 835/2013.

⁴⁷ Jiménez Muñoz, F. J., *op. cit.*, (S.P).

prohíbe en el ordenamiento jurídico español es el contrato de maternidad subrogada, sin importar quienes sean los padres intencionales o la relación que existe entre ellos. Y, en tercer lugar, determinó que el “interés superior del menor” es considerado un término legal que solamente puede aplicarse dentro del marco legal que le corresponda.

Por último, el Tribunal Supremo rogó al Ministerio Fiscal que tomase las medidas necesarias para poder establecer de la manera más acertada, la filiación de los menores, considerando su integración efectiva en el núcleo familiar. Por lo tanto, el TS determinó que se debía reconocer la filiación natural del padre que hubiese aportado el material genético y la adopción del otro miembro de la pareja. Por añadidura, el voto particular de dicha sentencia se instaura en base al interés superior del menor, sosteniendo que se debe reconocer la filiación ya probada en el extranjero, para evitar así que los menores nacidos mediante gestación por sustitución se encuentren en una posición de inseguridad jurídica.⁴⁸

Así pues, dicha sentencia resultó en la detención de las inscripciones que los Cónsules españoles venían llevando a cabo, desde la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Pues, según los requisitos de dicha Instrucción, sólo se podrían inscribir en el Registro Civil español las resoluciones judiciales por las que se confirmase la transferencia de la parentabilidad.

Asimismo, se debía asegurar que no se violara el interés superior del menor, ni los derechos de la madre gestante, por medio de la verificación de su consentimiento, debiendo este ser libre y voluntario, sin estar afecto a influencias negativas y con capacidad natural suficiente. Consecuentemente, después de la interrupción del proceso de inscripción y careciendo de un marco normativo claro, el 13 de junio de 2014 se presentó una iniciativa de reforma de la Ley del Registro Civil ante el Consejo de Ministros, de carácter restrictivo respecto el reconocimiento en España de la filiación de los nacidos mediante maternidad subrogada en el extranjero. Sin embargo, esto cambió en vista de dos sentencias dictadas por el TEDH en los casos *Menesson c. Francia* y *Labasee c. Francia*, que más tarde analizaremos, pues el Ministerio de Justicia decidió

⁴⁸ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 278.

volver a aplicar la Instrucción de 2010 y añadir su contenido en el borrador de la reforma de la Ley del Registro Civil.⁴⁹

3.2.2. Sentencia del Tribunal Supremo 87/2022, de 31 de marzo de 2022

Por otro lado, la segunda ocasión donde el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la gestación por sustitución, ha sido en la reciente Sentencia 87/2022, de 31 de marzo de 2022⁵⁰, donde acepta como procedimientos adecuados para poder reconocer la filiación de un menor nacido por medio de gestación por sustitución en el extranjero, el expediente de adopción y la reclamación de la paternidad biológica. Pero, a su vez, rechaza que se reconozca dicha filiación cuando la misma se hubiera solicitado a través de la petición de transcripción del certificado registral extranjero o por posesión de estado. La jurisprudencia del TEDH se halla en línea con dicha doctrina, pues la posición adquirida por este Tribunal, respecto al reconocimiento de la filiación que surge de la maternidad subrogada, es que para que se dé, debe, en primer lugar, existir una relación genética entre el nacido a través de dicha práctica y los padres comitentes, al igual que cuando exista un núcleo familiar, se debe amparar el interés superior del menor.⁵¹

Atendiendo al caso concreto, lo que se solicitaba aquí, era la reclamación judicial de filiación materna, no se solicitaba, como hemos visto en otros casos, el reconocimiento de la filiación del menor nacido en el extranjero por medio de gestación por sustitución.⁵² Es decir, se pretendía llevar a cabo el reconocimiento de la filiación del menor mediante el procedimiento de la posesión de estado, utilizando como fundamentos jurídicos tanto el artículo 131 del CC, como el artículo 154 del mismo cuerpo legal, pues se trata de un caso donde una mujer viaja a Tabasco, México, con la finalidad de tener un hijo a través de la gestación por sustitución, pero sin existir material genético propio.

El demandante (padre de la madre de intención) alegaba que, desde el día del nacimiento del bebé, la madre intencional había desempeñado el rol de madre de forma efectiva y real, cuidando al menor y atendiendo en todo momento a sus necesidades

⁴⁹ Durán Ayago, A., *op. cit.*, p. 278 y 279.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, núm. de resol. 87/2022 de 31 de marzo de 2022 (ECLI: ES: TS: 2022:277).

⁵¹ Ávila, A. P., “Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022 a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 57, 2023, p. 336.

⁵² I Dret, Observatori de Bioètica, “Dosier Gestación por Sustitución, con ocasión de la nueva sentencia del TS español de 31 de marzo de 2022, coordinado por María Casado y Mónica Navarro-Michel”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, p. 2.

actuales. Además, defendía que estaba plenamente capacitada para atender a sus necesidades futuras, en base a su situación económica y personal y, que a pesar de que al menor no se lo había otorgado la nacionalidad española, según la ley mejicana, se le consideraba la madre legal del menor. Pero, la demanda no fue estimada por el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, dictando la Sentencia 21/2019, de 19 de febrero. En el fallo se estableció que existía la posibilidad de que la madre intencional solicitase ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid la apertura de un expediente de guarda o acogida familiar del menor, antes de proceder a su adopción. Y, que cuando se hubiese llevado a cabo la formalización de la filiación por adopción, podría realizar la inscripción del menor en el Registro Civil con sus apellidos.⁵³

Las razones por las que la demanda fue desestimada fueron fundamentalmente que, no se podía utilizar el argumento del principio del interés superior del menor para ir en contra de lo estipulado en la ley, la cual no permite el reconocimiento de la filiación en supuestos como este. Por tanto, la parte demandante recurrió dicha sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial, la cual anuló la decisión impugnada y aceptó la apelación, basándose en que, al no poder aplicarse ninguna de las vías previstas por la ley, se debía proteger el interés del menor reconociendo la filiación del menor respecto del demandante.⁵⁴

La parte que apelaba basó el recurso en la idea de que los apartados 2 y 3 del artículo 10 LTRHA se debían interpretar de manera más amplia, para que así se pudiera emplear la posesión de estado como medio para que se le atribuyese la maternidad, a pesar de no existir vínculo biológico con el menor. Además, señaló que, al no poder acudir a la adopción como solución alternativa, debido a la diferencia de edad entre la demandada y el menor, en base al artículo 175.1 CC, el cual establece que la edad mínima del adoptante es de veinticinco años, de no estimarse la demanda, el interés superior del menor se vería gravemente perjudicado, dado que al carecer de DNI y al no reconocérsele la filiación, se le estaba negando los efectos asociados a ella.⁵⁵

⁵³ Pla Díaz, C., “¿Vulneración de derechos, legalidad o interés superior del menor? Comentario a la STS de España núm. 27/2022, de 31 de marzo”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, p. 948.

⁵⁴ Marín Castán, M. L., “La dignidad de la mujer como argumento jurídico relevante en la Sentencia del Tribunal Supremo español 277 /2022, de 31 de marzo de 2022, sobre filiación en la gestación subrogada”, *Revista De Bioética Y Derecho*, núm. 57, febrero 2023, p. 313.

⁵⁵ Pla Díaz, C., *op. cit.*, p. 948 y 949.

De la resolución de dicho recurso se encargó la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual dictó sentencia el 1 de diciembre de 2020, donde estimó el recurso de apelación y, por tanto, reconoció la filiación del menor a favor de la demandante. También, se ordenó que se efectuase la inscripción en el Registro Civil correspondiente de dicha declaración, manteniendo los apellidos que se le habían asignado al menor en el momento de su nacimiento y que figuraban en la documentación registral extranjera. Asimismo, el Tribunal de apelación señaló que, en este caso, al no poder recurrir a la adopción como solución al problema, al no existir un padre biológico identificado, pues el material biológico utilizado provenía de un donante cuya identidad se desconoce, ni tampoco poder recurrir al acogimiento familiar, de no reconocer la filiación del menor, se estaría relegando al menor a una posición de inseguridad jurídica. Por ello, se debía proteger el interés superior del menor, reconociendo la maternidad de la demandada. De igual forma, la Audiencia Provincial de Madrid concluyó que la madre de intención había demostrado tener un comportamiento adecuado y coherente en relación con las responsabilidades que ser madre conlleva.

No obstante, ante dicha resolución, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación, utilizando como fundamentación que se había cometido una infracción del artículo 131, en relación con el artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. El Ministerio Fiscal señaló así su disconformidad con respecto a los términos en los que la Audiencia Provincial había aplicado el principio del interés superior del menor, alegando por el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y la protección de los intereses legítimos del menor según lo estipulado en el ordenamiento jurídico español. Pero, la madre de intención del menor impugnó el recurso y solicitó que el recurso fuera desestimado, argumentado que el artículo 10 de la LTRHA sólo se aplica a la maternidad subrogada realizada en España, pero no en el extranjero.

Finalmente, la Sala estimó el recurso de casación, en base al hecho de que los derechos fundamentales recogidos tanto en la Constitución, como en los convenios internacionales de derechos humanos se veían vulnerados por la gestación por sustitución y, que la madre gestante y el menor veían su dignidad e integridad física y moral afectadas a causa de dicha práctica de reproducción humana asistida.⁵⁶

⁵⁶ Pla Díaz, C., *op. cit.*, p. 950.

3.3. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*3.3.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.^a), de 26 de junio de 2014, asuntos núm. 65192/11, *Menesson c. Francia*, y núm. 65941/11, *Labassee c. Francia*.*

Antes de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunciase acerca de la gestación por sustitución, en España, la STS de 6 de febrero de 2014, utilizó el argumento del orden público para declinar la filiación del menor nacido por medio de dicha práctica de reproducción humana asistida. No obstante, unos meses más tarde, el TEDH emitió las decisiones pertinentes respecto a los asuntos de *Menesson c. Francia*, y *Labassee c. Francia*⁵⁷, por medio de las cuales se restringe la afirmación utilizada por el Tribunal Supremo como razón para no aceptar la filiación ya establecida conforme a una ley extranjera.

Así pues, con referencia al caso *Menesson c. Francia*, y el caso *Labassee c. Francia*, ambos tratan sobre matrimonios homosexuales de nacionalidad francesa, que, como consecuencia de la prohibición de la gestación subrogada en su país, es decir, en Francia, acuden a dos estados de EE. UU., siendo estos California y Minnesota, donde dicha práctica está legalizada. Además, en ambos casos, a pesar de que el óvulo tenía su procedencia en una donante desconocida, el material biológico masculino lo habían proporcionado uno de los dos miembros de cada pareja. Pero, a pesar de que en los estados de EE. UU. en los que nacieron los menores, a los padres comitentes se les consideraba los padres legales, dado que los tribunales norteamericanos habían reconocido la filiación a favor de los dos matrimonios de origen francés, en Francia se rechazó su inscripción en el Registro Civil, en base a que se estimó que era contrario al orden público internacional francés y que la filiación había sido creada en virtud de un fraude de ley por parte de los padres intencionales.

Consecuentemente, se cuestiona dicha decisión ante el TEDH por entender que rechazar la inscripción en el Registro Civil francés de la filiación de los niños nacidos en EE. UU. mediante gestación por sustitución, infringe lo contenido en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual reconoce el derecho de los menores

⁵⁷ STEDH 26 junio 2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908), apartados 63 y 82; STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905), apartados 60-61.

al respeto a su vida privada y familiar⁵⁸. Y que, por ende, la identidad familiar de los niños puede verse afectada a causa de la falta de claridad e imprecisión respecto a su filiación. Asimismo, dicha indeterminación puede acarrear ciertas consecuencias negativas pues impide a los menores obtener la nacionalidad francesa, así como todos los derechos que van unidos a ella, como, por ejemplo, los derechos sucesorios.

No obstante, el TEDH no estima que exista una vulneración del derecho a la vida familiar de los padres intencionales, pues, a pesar de que a nivel jurídico no se les había reconocido legalmente el vínculo de filiación existente entre ellos y los menores nacidos a través de gestación por sustitución en EE. UU., sí que habían podido vivir juntos en Francia como una familia, respetándose así el núcleo familiar creado entre ellos. Sin embargo, el Tribunal sí que reconoce que existe una violación del derecho a la vida privada de los menores. Además, las dos sentencias destacan que los menores en ambos casos son hijos biológicos de los padres, pues estos aportan su esperma, y que, por tanto, el hecho de que los tribunales franceses no reconociesen dicha paternidad infringe uno de los derechos básicos del menor. En conformidad, como ya se ha mencionado, el rechazo al reconocimiento de la filiación ya reconocida conforme a la legislación norteamericana supone una vulneración del derecho a una identidad única.⁵⁹

A la hora de analizar las decisiones tomadas por el TEDH respecto a este asunto específico, es importante tomar en consideración que este Tribunal reconoce el derecho que poseen los Estados a decidir libremente como quieren regular la gestación por sustitución, es decir, permite que decidan si quieren admitirla o por lo contrario, prohibirla, pero a su vez, establecen que, en el caso en cuestión, no reconocer la filiación de los menores nacidos por medio de la maternidad subrogada, omitiendo así la relación biológica existente en ambos casos, es considerado como una actuación inadecuada por parte de las autoridades francesas.⁶⁰ Así pues, el TEDH utiliza como referencia el interés

⁵⁸ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950 (BOE número 243, de 10 de octubre de 1979).

⁵⁹ Jiménez Blanco, M. D. P., “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado-Tribunal Europeo de Derechos Humanos-Filiación; Gestación por sustitución; Inscripción en el Registro Civil; Orden público internacional; Derecho a la vida familiar; Derecho a la vida privada: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), de 26 de junio de 2014, asuntos núm. 65192/11, *Menesson c. Francia*, y núm. 65941/11, *Labassee c. Francia*”, *Revista española de derecho internacional*, núm. 67, 2015, pp. 238-241.

⁶⁰ Durán Ayago, A. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Reseñas de jurisprudencia (enero-junio 2014) Internacional Privado, Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, p. 281.

superior del menor y el amparo de su derecho a la vida privada, en vez de los intereses y derechos de los padres de intención. Además, el TEDH considera que una filiación establecida en fraude de ley por los padres comitentes no puede dar lugar a la negación del reconocimiento de dicha filiación en el Estado donde el menor vive, ya que esto tendría un impacto directo en la vida privada del menor.

Tanto en el caso *Mennesson*, como en el caso *Labassee*, el TEDH apoya una interpretación restringida y precisa del orden público internacional. Dicha interpretación es restrictiva en el sentido de que el registro de la filiación de los menores nacidos en el extranjero a través de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales sólo se podrá denegar en una serie de casos, como por ejemplo, cuando se demuestre que el menor ha sido utilizado como objeto de comercio, cuando la madre haya sido engañada para someterse a un contrato de maternidad subrogada y otorgó un consentimiento no informado o, cuando la misma haya sido obligada a prestar sus servicios debido a una situación de escasez de recursos, entre otros motivos. Asimismo, la interpretación del TEDH es precisa y específica dado que dichas circunstancias sólo pueden ser evaluadas atendiendo a cada caso de manera particular, pues, en cualquier participación de orden público los datos del caso adquieren un rol de vital importancia.⁶¹

3.3.2. *Caso Paradiso y Campanelli c. Italia (núm. 25358/12)*

El caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* surgió el 27 de febrero de 2011, tras el nacimiento de un menor en Rusia, mediante un contrato de maternidad subrogada entre los padres intencionales (los demandantes) y una empresa rusa, a cambio de una alta remuneración económica. La inscripción de la filiación del nacido por gestación subrogada a favor de los padres de intención se llevó a cabo en el Registro Civil de Moscú, dado que la madre gestante había otorgado su consentimiento para que así fuera. No obstante, la disputa en cuestión surge cuando los padres comitentes intentan inscribir en el Registro Civil italiano el certificado ruso de nacimiento del menor, pero las autoridades italianas deniegan dicha inscripción, argumentando que dicho certificado era falso, pues en el documento no se constataba que la filiación entre los padres de intención y el niño se había llevado a cabo por medio de la técnica de gestación por sustitución.⁶² Así pues,

⁶¹ Castellanos Ruiz, M. J., “Gestación por sustitución: orden público internacional vs. orden público europeo”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 13, núm. 2, 2021, p. 973.

⁶² Instituto de Derecho Iberoamericano, “El TEDH pone fin al conocido caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*, considerando que la decisión de las autoridades italianas de poner a cargo de los servicios sociales y de dar en adopción a un niño nacido en Rusia mediante útero de alquiler no vulnera el art. 8 del Convenio

los demandantes se sometieron a una prueba de ADN, la cual demostró que ninguno era el padre biológico del niño, pues no existía material genético alguno, lo cual fue de asombro también para la pareja italiana, dado que pensaban que el niño tenía al menos material genético del padre.

En consecuencia, los demandantes fueron acusados por “alteración del Estado Civil”, así como por haber ido en contra de lo establecido en las leyes tanto italianas como internacionales respecto de la adopción, lo cual conllevó a que el Tribunal de menores tomase la decisión de poner al menor bajo disposición de los servicios sociales, privando a los padres comitentes de tener contacto alguno con el menor, a pesar de haber convivido con él durante seis meses en Italia, además de otros dos meses en los que la madre comitente había permanecido con el menor en Rusia. No fue hasta el año 2013, que el menor obtuvo una identidad formal, cuando se le fijó una familia de acogida y posteriormente se procedió a su adopción, contradiciendo así lo recogido en el apartado 1 del artículo 7 de la Convención de los Derecho del Niño.⁶³ Además, en junio de 2013, el Tribunal de menores dictaminó que los padres intencionales no poseían la legitimación para poder adoptar al menor, dado que no eran los padres biológicos del niño y tampoco se habían formado como una familia.

Por consiguiente, los demandantes acudieron al TEDH, argumentando que se había infringido el apartado primero del artículo 8 del CEDH, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, pues consideraban que habían creado una familia *de facto*, así como un vínculo emocional con el menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución.

Así pues, existen dos resoluciones del TEDH respecto a este caso. En primer lugar, la Sentencia de 27 de enero de 2015, dictada por la Sección 2ª del TEDH⁶⁴, donde se estableció que el artículo 8 CEDH se podía aplicar al caso concreto con respecto a la solicitud de transcripción de una partida de nacimiento en el extranjero y, que, por ende, se había infringido el derecho al respeto de la vida privada y familiar de los demandantes,

de Roma”, febrero 2017 (disponible en: <https://idibe.org/noticias-legales/el-tedh-pone-fin-al-conocido-caso-paradiso-y-campanelli-vs-italia-considerando-que-la-decision-de-las-autoridades-italianas-de-poner-a-cargo-de-los-servicios-sociales-y-de-dar-en-adopcion-a-un-nino/>)

⁶³ El artículo 7 de la Convención de los Derecho del Niño recoge que: “*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*”

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de enero de 2015 (dictada por la Sección 2ª del TEDH).

al haberles distanciado del menor y haber puesto al mismo a disposición de los servicios sociales.⁶⁵ Así pues, la Sección 2ª del TEDH decidió fallar a favor de los demandantes, es decir, de los padres de intención, estableciendo que el Gobierno italiano había vulnerado lo estipulado en el artículo 8 del CEDH y, además, no había tomado en consideración el interés superior del menor en sus decisiones. Después de examinar el caso concreto, los jueces de la Sección 2ª del TEDH llegaron a la conclusión de que los ocho meses, seis en Italia y dos en Rusia, que habían pasado los padres intencionales con el niño, eran suficientes para construir una familia *de facto*, considerando así la importancia de permitir el desarrollo de una “vida familiar” para el bienestar del menor. Por lo tanto, los jueces entendieron que dicha relación debía ser respetada ya que no existía riesgo grave alguno hacia el niño, ni tampoco los padres comitentes le habían situado en una situación de peligro en ningún momento.

No obstante, dicha sentencia fue revocada por la Sentencia de 24 de enero de 2017, dictada por la Gran Sala del TEDH,⁶⁶ que fue la definitiva en pronunciarse acerca del caso, y en ella se estableció lo contrario a la resolución anterior, es decir, se determinó que no existía vulneración alguna del artículo 8 CEDH por parte del Estado italiano, puesto que, al no haber un vínculo biológico entre los padres comitentes y el menor, no existía una vida familiar real y, además, el tiempo de convivencia en Italia entre el menor y los demandantes no había sido muy prolongado. Por ello, los jueces consideraron que la relación que se había formado entre los padres comitentes y el menor era frágil, pues no encontraron evidencia de que se había construido una “vida familiar” de manera válida, por lo que dictaminaron que, atendiendo al caso en cuestión, el Gobierno italiano ostentaba el derecho para poder retirar la custodia del menor al matrimonio italiano, puesto que no existía relación genética alguna entre los padres intencionales y el niño. Así pues, la Gran Sala del TEDH determinó que las autoridades italianas habían obrado con la intención de amparar el derecho a la identidad del menor, recogido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, que, dicho derecho se había visto amenazado por las fraudulentas acciones de los padres intencionales, pues para el TEDH,

⁶⁵ Sentencia de la Gran Sala del TEDH sobre separación familiar. *Abogacía Española*, s.f. (disponible en: <https://www.abogacia.es/conocenos/bruselas/sentencias/tedh/sentencia-de-la-gran-sala-del-tedh-sobre-separacion-familiar/>)

⁶⁶ *Op. cit.* Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017.

la presencia del matrimonio italiano en Rusia no era suficiente para establecer la existencia de un vínculo familiar.⁶⁷

Por lo tanto, para poder entender la decisión tomada por el TEDH, primero debemos comprender que entiende el Tribunal por vínculo familiar y por familia *de facto*. Así pues, según el TEDH, para poder determinar si existe o no vínculo familiar, se debe examinar no tanto la existencia de una relación emocional, si no más la duración y calidad de dicha relación, aunque no exista un tiempo mínimo predeterminado por la ley. La calidad se valora en función del tipo de cuidado que los padres comitentes le han dado al menor, por ello, no se debe valorar únicamente el vínculo emocional creado a raíz de la convivencia entre personas, pues el “deseo” o “propósito de ser padre” no está protegido por el artículo 8 del CEDH, sino que, lo que tutela dicho artículo es el derecho que tiene una familia constituida válidamente a que los Estados la respeten, teniendo en cuenta la vida privada.⁶⁸ Una vez se haya determinado si existe o no vínculo familiar, se procederá a determinar si se ha creado una familia *de facto*, pero para ello, habrá que atender a las circunstancias de cada caso específico, no pudiéndose aplicar de manera general las normas a todos los casos.

Anna María Ruíz Martín señala que aquellos Estados que prohíben la gestación por sustitución, lo que en realidad están prohibiendo es la renuncia a la filiación del menor por parte de la madre gestante. Por lo tanto, si la madre gestante decide renunciar a ello en el Estado de origen, aparece el riesgo de que el menor se quede sin una identidad formal cuando no se reconozca la filiación a los padres comitentes. Así pues, hasta que en el Estado de destino no se le otorgue validez a la resolución y esta pueda surtir efectos, los menores pueden quedar desprotegidos, violando así lo contenido en la Convención de los Derechos del Niño y demás textos convencionales. Por ello, el vínculo familiar existente entre los padres comitentes y el menor adquiere vital importancia a la hora de determinar la filiación de este.⁶⁹ No obstante, en contraposición con lo establecido por Ruíz Martín, en el caso español, lo que se prohíbe no es la renuncia a la filiación del menor por parte de la madre gestante en sí misma, si no los contratos de maternidad

⁶⁷ Ruíz Martín, A. M., “El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 2, p. 781.

⁶⁸ Gervasi, M., “The European Court of Human Rights Shaping Family Life in Cross Border Surrogacy: The Paradiso et Campanelli Case”, *Use and Misuse of New Technologies: Contemporary Challenges in International and European Law*, 2019, p. 155.

⁶⁹ Ruíz Martín, A. M., *op. cit.*, p. 786.

subrogada. Así pues, por un lado, una de las finalidades de la prohibición de la gestación por sustitución es la de evitar el tráfico de menores, así como, la protección de los derechos fundamentales tanto del menor como de la madre gestante y, por otro lado, la no prohibición de la renuncia a la filiación del menor tiene como objetivo evitar el infanticidio.

En vista de lo anterior, atendiendo al caso *Campanelli y Paradiso c. Italia*, lo que el TEDH valoró para tomar su decisión final no fue simplemente la falta de material biológico de los padres comitentes en el menor, sino también los actos del matrimonio italiano, es decir, la actitud adquirida por los padres comitentes al trasladar al menor a Italia, quebrantando así las leyes sobre adopción y reproducción humana asistida establecidas en dicho Estado. En consecuencia, el Tribunal entendió que las autoridades italianas actuaron de forma acertada, es decir, que las actuaciones del Gobierno italiano no se consideraban desproporcionadas en relación con el interés superior del menor. No obstante, con respecto al derecho fundamental a tener una vida privada, la Sentencia de 24 de enero de 2017 señala que, en el caso concreto, el menor no es considerado como parte demandante en el proceso, puesto que no se le reconoció como hijo legítimo de sus padres intencionales. Consecuentemente, el TEDH sólo pudo proteger el derecho de los padres comitentes a tener una vida privada con respecto al menor.⁷⁰

En consecuencia, habiendo analizado dicha sentencia del TEDH, podemos concluir que, como norma general, los Estados de destino, donde se prohíbe la técnica de la gestación por sustitución, no pueden utilizar el orden público internacional como argumentación para denegar la validez de una filiación legalmente establecida en el Estado de origen, puesto que en ese caso, se estarían vulnerando los derechos recogidos en el artículo 8 del CEDH, tanto de los padres comitentes, como del menor, los cuales se encuentran estrechamente relacionados con el interés superior del menor.

Pero, existen ciertos supuestos en los que el TEDH permite que se niegue la validez de la filiación del menor nacido en el extranjero, como cuando nos encontramos ante una situación de fraude de ley, en cuyo caso la relación existente entre los padres intencionales y el menor se vería negativamente afectada, pues es motivo para no reconocer la filiación entre ellos, ni tampoco la existencia de una familia *de facto*, no pudiéndose invocar así la protección derivada del artículo 8 del CEDH. Por lo tanto,

⁷⁰ Ruíz Martín, A. M., *op. cit.*, p. 787.

cuando, en base a la información y documentos presentados, las autoridades estiman que el vínculo familiar no se estableció de manera válida, ni en el Estado de destino, ni en el de origen, como ocurre en el caso de Campanelli y Paradiso, el Estado de destino debe considerar la importancia de proteger al menor y evitar que este se quede sin identidad como consecuencia de una acción cometida por sus padres comitentes, de la cual el menor no es responsable. Frente a esto, se debe tener en consideración en todo momento, el hecho de que la tutela del interés superior del menor frente a actos que le puedan afectar de manera grave se encuentra por encima del derecho a la vida privada y familiar.⁷¹

3.3.3. El Protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019

Por un lado, a pesar de que España no es parte, conviene hacer mención del Protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷², el cual faculta a los tribunales de mayor rango de aquellos Estados que lo han ratificado (que en la actualidad son diez), solicitar opiniones consultivas al Tribunal de Estrasburgo, sobre cuestiones de interpretación, concreción o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en sus Protocolos. Entró en vigor el 1 de agosto de 2018 y una de sus principales características es su carácter facultativo, es decir, su libertad para que los Estados Parte del CEDH decidan si quieren acogerse a él o no.

Dicho Protocolo tiene como objetivo principal, reducir la carga de trabajo, y espera conseguirlo mediante el reforzamiento y fomento del diálogo con las autoridades nacionales a través del principio de subsidiariedad.⁷³ A este respecto, se pretende que, por medio de las opiniones consultivas, los Estados Parte den una respuesta que respete y apoye lo estipulado en el CEDH. Por otra parte, el Protocolo también aspira a disminuir el número de casos que llegan al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el fin de

⁷¹ Ruíz Martín, A. M., *op. cit.*, p. 790 y 791

⁷² El Protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019

⁷³ Pastor Palomar, N., “La entrada en vigor del protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 47, 2019, p. 8.

evitar el acopio de asuntos que el Tribunal debe resolver y permitir así una mejor y más eficaz protección de los derechos humanos.⁷⁴

Por tanto, el Protocolo número 16 al CEDH es de relevancia aquí, puesto que el primer caso que se presentó ante el TEDH para la aplicación del mecanismo de diálogo interjudicial contenido en este Protocolo, fue en relación con el análisis de las consecuencias jurídicas de los contratos de maternidad subrogada y sobre los derechos tanto de las mujeres gestantes, como de los nacidos por medio de esta práctica. Así pues, la razón de ser que sustenta esto es que la gestación por sustitución tiene un importante impacto sobre los derechos humanos, por lo que esto hace que las decisiones tomadas por el TEDH adquieran un rol elemental a la hora de buscar soluciones jurídicas a los problemas que subyacen de dicha práctica de reproducción asistida. Por ende, aunque España no haya ratificado el Protocolo nº 16, las autoridades de nuestro Estado deben ser conocedoras y respetuosas de las decisiones del TEDH en los casos significativos concernientes a la maternidad subrogada, pues lo que se espera de dicho Protocolo es que sirva como una protección para conseguir mejores y más coordinadas respuestas a los nuevos desafíos que se van presentando, en base a la “disputa discursiva” entre tribunales.⁷⁵

Por otro lado, correspondientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó, el 10 de abril de 2019, su primera opinión consultiva sobre el caso *Menesson c. Francia* de 2014, en virtud de la solicitud de dictamen por parte de la *Cour de cassation* francesa.⁷⁶ Así pues, el TEDH, evaluó, en base al artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la falta de capacidad de los menores nacidos en California mediante gestación por sustitución, así como de los padres comitentes, para que se les reconociese, en Francia, la relación paterno-filial establecida de forma legal en Estados Unidos. Por lo tanto, el Tribunal de Estrasburgo defendió que se había dado una vulneración del derecho de los niños al

⁷⁴ Sevilla Duro, M. Ángel, “El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.: El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos”, *Anales de Derecho*, noviembre 2020.

⁷⁵ Lazcoz Moratinos, G., & Gutiérrez-Solana Journoud, A., “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo No 16”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019, p. 680.

⁷⁶ Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 solicitado por el Tribunal de Casación francés (Demanda núm. *P16-2018-001*), en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente.

respeto de su vida privada, pero no el derecho de los mismos y de los padres de intención al respeto de su vida familiar, puesto que la ausencia de reconocimiento, por parte de la normativa francesa, de la relación jurídica paterno-filial entre los menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada y los padres comitentes, afectaba negativamente al interés superior de los menores, el cual debe ser protegido ante cualquier situación.

Conforme a lo anterior, el Tribunal emitió, por unanimidad, su opinión al respecto, siendo esta que, en base al derecho del niño al respeto de su vida privada del artículo 8 del Convenio, la legislación nacional debe permitir el reconocimiento de una relación jurídico paternofilial a favor de la madre intencional, la cual aparece, en la partida de nacimiento establecida en el extranjero de forma legal, como la madre legítima del menor. No obstante, el TEDH establece que dicho artículo, no requiere que este reconocimiento se lleve a cabo por medio de la inscripción de los datos de dicha partida de nacimiento en el registro oficial de nacimiento, matrimonios y defunciones, sino que, se pueden emplear otros mecanismos, como puede ser la adopción del menor, siempre y cuando dichos mecanismos se apliquen en concordancia con el interés superior del menor y, se cumplan con los requisitos legales.⁷⁷

IV. CONCLUSIONES

Durante el desarrollo de este trabajo, se ha llevado a cabo un estudio del marco legal actual existente en España respecto a la maternidad subrogada, así como en relación con la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante dicha práctica. Además, se han explorado diferentes perspectivas, tanto legales, como éticas y sociales, en torno al tema en cuestión. Por lo tanto, en la sección final del trabajo, se presentarán las conclusiones más relevantes obtenidas a lo largo del desarrollo del estudio y se ofrecerán algunas reflexiones finales.

En primer lugar, debemos tener en cuenta el hecho de que las parejas o individuos que acuden al extranjero para cumplir con su anhelo de ser padres se topan con ciertos obstáculos a la hora de volver a su país de origen y conseguir la inscripción en el Registro Civil de la filiación del menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución, como consecuencia de que, como ya hemos mencionado a lo largo del trabajo, en España,

⁷⁷ *Op. cit.* Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019.

los contratos de maternidad subrogada son considerados como nulos de pleno derecho, en virtud del artículo 10.1 de la LTRHA.

Además, el hecho de que la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución solo se encuentre regulada, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en el apartado segundo del artículo 10 de la LTRHA, el cual limita la determinación de la filiación de los menores nacidos por maternidad subrogada al parto, acarrea ciertas dificultades que afectan tanto a los padres de intención, sobre todo a aquellos que no han aportado material biológico alguno al proceso, como a la madre gestante y a los menores nacidos por medio de dicha práctica. Pues, aunque dicho artículo sea claro y conciso en cuanto a la nulidad de los contratos de maternidad subrogada, opino que queda incompleto en relación con la determinación de la filiación de estos menores, en especial respecto con aquellos padres que no son los padres biológicos, pues no han aportado material genético, pero que sí son padres de intención.

Por tanto, propongo que se amplie el sentido de dicho artículo para permitir que se reconozca la paternidad no solo de los padres biológicos, sino también del resto de padres de intención, siempre y cuando, se demuestre que estos padres tienen compromiso y capacidad para hacerse cargo de un menor y de sus cuidados, debiéndose siempre llevar a cabo una evaluación minuciosa de las circunstancias individuales de cada caso de maternidad subrogada y teniendo en cuenta en todo momento los derechos fundamentales de los menores y demás partes involucradas en el proceso.

Asimismo, otro de los problemas ante los cuales se enfrentan los padres comitentes es que, aunque, en virtud de lo recogido en el artículo 10.3 de la LTRHA, la filiación paterna viene establecida por su reclamación o reconocimiento, y, en base al artículo 10.2 de la LRHA, la filiación materna viene determinada legalmente por el parto, es decir, establece la filiación del menor a favor de la madre gestante, lo cual supone un gran inconveniente para la madre comitente a la hora de adoptar al menor. Por ende, el inconveniente frente al cual se enfrenta la madre comitente es que debido al hecho de que la filiación materna del menor nacido por gestación subrogada es legalmente establecida a favor de la madre gestante, la madre de intención no puede adoptar de forma directa al menor. Como consecuencia, la madre gestante deberá afrontar dificultades legales y de custodia como la madre del menor en cuestión. Esto, a su vez, puede acarrear consecuencias negativas para el menor, ya que no tener una filiación clara y reconocida

legalmente en el país de origen de los padres intencionales puede afectar tanto a su identidad, como los demás derechos.

Por otro lado, considero que es necesario armonizar las leyes reguladoras de la gestación subrogada de los diferentes países para proteger la dignidad y demás derechos fundamentales de la madre gestante, así como, los derechos del menor, en especial el derecho a la vida privada y el interés superior del menor y, para evitar así el tráfico de menores. Por tanto, aunque dicho proceso de armonización de las diferentes leyes existentes en los distintos países puede ser una tarea compleja y que requiera mucho tiempo y dedicación, dado que existe una amplia variedad respecto a los enfoques y procedimientos que cada Estado otorga a la práctica de la maternidad subrogada, considero que es importante llevarlo a cabo. Una posible manera de conseguirlo podría ser por medio de la puesta en común de una serie de principios y directrices internacionales que instauren una serie de estándares mínimos para la protección de los derechos e intereses tanto de los menores, como de las madres gestantes, con los que cada Estado debe cumplir y seguir.

Además, se podría crear un marco regulador internacional que establezca requisitos uniformes para la conducta de los contratos de gestación subrogada, como la necesidad de que los contratos se realicen bajo la supervisión y el control de las autoridades gubernamentales competentes, y que se establezcan mecanismos eficaces para la resolución de conflictos y el establecimiento de la filiación. De esta manera, se permitiría buscar soluciones equitativas y justas, que garantizaran la seguridad y el bienestar de todas las partes implicadas en el proceso.

De igual manera, la existencia de una armonización respecto de la regulación otorgada a la determinación de la filiación de los menores nacidos por maternidad subrogada en los distintos ordenamientos jurídicos ayudaría a evitar que se dieran situaciones claudicantes en torno a esta cuestión y, a su vez, permitiría proteger de manera más eficaz el interés superior del menor.

En segundo lugar, la Dirección General de los Registros y del Notariado concluye en su Resolución de 18 febrero de 2009, que la certificación registral extranjera es compatible con el orden público internacional y, que, por tanto, se puede proceder a la inscripción de un certificado de nacimiento extranjero en el Registro Civil español. Así

pues, apoyo la postura sostenida por la DGRN puesto que la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que figura en el registro extranjero es necesaria para proteger así los derechos del menor y evitar cualquier vulneración de los mismos y, por tanto, para conseguir esto, no se debe denegar la inscripción de la filiación en el Registro Civil. De no ser así, los menores quedarían en una situación de gran inseguridad jurídica e incertidumbre en cuanto a su situación legal. Por tal razón, considero que se debe anteponer el interés superior del menor a la legalidad o ilegalidad de la gestación por sustitución.

En consecuencia, la DGRN dictó la Resolución de 18 febrero de 2009 con el objetivo de proteger el interés de los menores nacidos mediante técnicas de gestación subrogada y que ya se encuentran en territorio español. Por lo tanto, podemos manifestar que la emisión de dicha Resolución ha servido como pretexto para manifestar la necesidad de revisar la regulación española en relación con la gestación subrogada. Esta posición permisiva de la DGRN entra en conflicto con la posición sostenida por el Tribunal Supremo, puesto que este se encuentra más restrictivo a la hora de permitir la inscripción de la filiación de los menores nacidos en países extranjeros, mediante técnicas de gestación subrogada.

En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que los Estados deben establecer un equilibrio entre los derechos del menor y los de las partes implicadas. También, ha determinado que, a su vez, la filiación de los menores nacidos mediante maternidad subrogada debe establecerse de manera efectiva y real, con independencia de la licitud o ilicitud de la técnica de reproducción humana asistida utilizada.

Así pues, podemos concluir que los Tribunales están utilizando cada vez más el argumento del interés superior del menor para reconocer la filiación del menor nacido en el extranjero mediante maternidad subrogada, puesto que los menores no deben quedar desprotegidos o no deben ver sus derechos fundamentales vulnerados porque sus padres intencionales hayan utilizado una técnica de reproducción humana asistida, no reconocida legalmente en España, para concebirle.

V. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Ámbito europeo

Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 («BOE» núm. 313 de 31 diciembre de 1990).

Convenio para la Protección de los Derecho Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950 («BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 solicitado por el Tribunal de Casación francés (Demanda núm. P16-2018-001), en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente.

El Protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019.

Ámbito nacional

Código Civil

Constitución Española «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, *Comité de Bioética de España*, mayo, 2017.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, relativa a la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida y Humana («BOE» 24 de noviembre de 1988).

Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos («BOE» 31 de diciembre de 1988).

Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida («BOE» 22 de noviembre de 2003).

Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción internacional («BOE» 29 de diciembre de 2007)

Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil («BOE» 10 de junio de 1957).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil («BOE» 17 de enero de 1996).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («BOE» 2 de julio de 1985).

Jurisprudencia

Dirección General de los Registros y del Notariado

Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (disponible en: <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/806/GESTACION%20SUBROGADA.pdf>).

Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019, páginas 16730 a 16730.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. «BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010, páginas 84803 a 84805.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero de 2009 (RJ 2009\1735).

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de los Civil, sección 991ª, núm. de resol. 277/2022 de 1 de diciembre de 2020 (ECLI: ES: TS: 2022:1153). Centro de Documentación Oficial (CENDOJ).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, núm. de resol. 776/1999 de 21 de septiembre de 1999 (ECLI: ES: TS: 1999:5672). Centro de Documentación Oficial (CENDOJ).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, núm. de resol. 87/2022 de 31 de marzo de 2022 (ECLI: ES: TS: 2022:277). Centro de Documentación Oficial (CENDOJ).

Sentencia del Tribunal Supremo, Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, núm. de resol. 835/2013 de 6 de febrero de 2014. Centro de Documentación Oficial (CENDOJ).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Affaire Mennesson c. France (Requête n. 65192/11), 26 de junio de 2014, disponible en HUDOC.

Sentencia de la Gran Sala del TEDH sobre separación familiar. *Abogacía Española*, s.f. (disponible en <https://www.abogacia.es/conocenos/bruselas/sentencias/tedh/sentencia-de-la-gran-sala-del-tedh-sobre-separacion-familiar/>).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017 (dictada por la Gran Sala del TEDH).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de enero de 2015 (dictada por la Sección 2ª del TEDH).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908), apartados 63 y 82.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 junio 2014, Labassee c. Francia, 65941/11 (JUR\2014\176905), apartados 60-61.

Obras doctrinales

Álvarez González, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en Forner Delaygua, J. et al. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90.

Andreu Martínez, M.B., “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 64-85.

Ávila, A. P., “Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022 a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 57, 2023, pp. 335-350.

Calvo, Caravaca, A. L., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Mas allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 45-113.

Cárcamo, R. B., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, núm. 8, 2010, pp. 25-37.

Castellanos Ruiz, M. J., “Gestación por sustitución: orden público internacional vs. orden público europeo”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 13, núm. 2, 2021, pp. 971-1002.

Cerdà Subirachs, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2012 de la DGRN”, *Abogados de Familia*, núm. 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, p. 3

- Díaz Romero, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, diciembre 2010, Año XXXI, Ref. D-378, La ley 13778/2010, p. 1.
- Durán Ayago, A. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Reseñas de jurisprudencia (enero-junio 2014) Internacional Privado, Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, pp. 280–282.
- Durán Ayago, A., “Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014): Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España”, *Reseñas de jurisprudencia (enero-junio 2014) Internacional Privado, Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, pp. 277-282.
- Garibo Peyró, A. P., “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, vol. 28, núm. 2, mayo-agosto, 2017, pp. 245-259.
- Gervasi, M., “The European Court of Human Rights Shaping Family Life in Cross Border Surrogacy: The *Paradiso et Campanelli Case*”, *Use and Misuse of New Technologies: Contemporary Challenges in International and European Law*, 2019, p. 151-166.
- Heredia Cervantes, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de derecho civil*, vol. 66, núm. 2, 2013, pp. 687-715.
- I Dret, Observatori de Bioètica, “Dosier Gestación por Sustitución, con ocasión de la nueva sentencia del TS español de 31 de marzo de 2022, coordinado por María Casado y Mónica Navarro-Michel”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, pp. 1-3.
- Jiménez Blanco, M. D. P., “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado-Tribunal Europeo de Derechos Humanos-Filiación; Gestación por sustitución; Inscripción en el Registro Civil; Orden público

internacional; Derecho a la vida familiar; Derecho a la vida privada: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), de 26 de junio de 2014, asuntos núm. 65192/11, *Menesson c. Francia*, y núm. 65941/11, *Labassee c. Francia*”, *Revista española de derecho internacional*, núm. 67, 2015, pp. 238-241.

Jiménez Martínez, M. V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2012, ISSN, Nª2, pp. 365-381.

Jiménez Muñoz, F. J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, pp. 400-418.

Lamm, E. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.” *Revista de bioética y derecho*, núm. 24, 2012, pp. 76-91.

Lanzarot, A. I. B. (2009). “De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo (2ª parte).” *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, vol. 10, 2009, pp. 20-28.

Lazcoz Moratinos, G., & Gutiérrez-Solana Journoud, A., “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo No 16”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 673-692.

Marín Castán, M. L., “La dignidad de la mujer como argumento jurídico relevante en la Sentencia del Tribunal Supremo español 277 /2022, de 31 de marzo de 2022, sobre filiación en la gestación subrogada”, *Revista De Bioética Y Derecho*, núm. 57, febrero 2023, pp. 309–334.

Pastor Palomar, N., “La entrada en vigor del protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 47, 2019, p. 8.

Pla Díaz, C., “¿Vulneración de derechos, legalidad o interés superior del menor? Comentario a la STS de España núm. 27/2022, de 31 de marzo”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, pp. 946-961.

Ruíz Martín, A. M., “El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 2, pp. 778-791.

Sevilla Duro, M. Ángel, “El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.: El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos”, *Anales de Derecho*, noviembre 2020.

Recursos de internet

Calvo, F., “¿Qué es una situación claudicante en el ámbito internacional?”, *ConfiLegal*, abril 2017 (disponible en <https://confilegal.com/20170430-una-situacion-claudicante-ambito-internacional/>, último acceso 12/04/2023).

Fernández Rozas, J. C., “Actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (Instrucción DGRN 18 febrero de 2019)”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 21 febrero, 2019 (disponible en: <https://aedipr.com/2019/02/21/actualizacion-del-regimen-registral-de-la-filiacion-de-los-nacidos-mediante-gestacion-por-sustitucion-instruccion-dgrn-18-febrero-de-2018/>, último acceso 14/03/2023).

Gobierno de España, “Gestación por sustitución”, *Dirección General de Gobernanza Pública*, 2022 (disponible en: https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/gestacion-sustitucion.html#-2402763e84e4, último acceso 14/03/2023)

Ilustre Colegio Provincial de Abogados de León., “La DGRN remite a los criterios establecidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 para la inscripción registral de los niños nacidos de vientre de alquiler”, *Ical.es*. (s.f.) (disponible en: <https://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion->

[registral-de-los-ninos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/1583](#), último acceso 17/03/2023).

Instituto de Derecho Iberoamericano, “El TEDH pone fin al conocido caso Paradiso y Campanelli vs. Italia, considerando que la decisión de las autoridades italianas de poner a cargo de los servicios sociales y de dar en adopción a un niño nacido en Rusia mediante útero de alquiler no vulnera el art. 8 del Convenio de Roma”, febrero 2017 (disponible en: <https://idibe.org/noticias-legales/el-tedh-pone-fin-al-conocido-caso-paradiso-y-campanelli-vs-italia-considerando-que-la-decision-de-las-autoridades-italianas-de-poner-a-cargo-de-los-servicios-sociales-y-de-dar-en-adopcion-a-un-nino/>, último acceso 08/02/2023)

LegalToday - Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009, *Información jurídica, noticias y artículos - Legal Today*, abril, 2009 (disponible en: <https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009-2009-04-08/#>), último acceso 08/02/2023)

López Baroni, M. P., en una entrevista para Newtral.es, abril 2022 (disponible en <https://www.newtral.es/gestacion-subrogada-sentencia-tribunal-supremo/20220413/>, último acceso 08/02/2023)

Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., (versión 23.6) (disponible en <https://dpej.rae.es/lema/filiaci%C3%B3n>, último acceso 08/02/2023).