



**EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS
NACIDOS POR GESTACIÓN SUBROGADA:
COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL SUPREMO 1141/2024, DE 17 DE
SEPTIEMBRE.**

Autor: Sofía Rodríguez-Poyo Sierra

4º E-1

Derecho Internacional Privado

Tutor académico: Dña. Salomé Adroher Biosca

Madrid

Marzo 2025

“La filiación es un vínculo que debe reflejar la verdad biológica y afectiva, porque la identidad auténtica sólo se construye sobre cimientos de verdad”

Jean Carbonnier.

ÍNDICE

Índice de abreviaturas

Resumen y palabras clave

1.Derecho a la identidad y gestación subrogada.....	6
1.1 Introducción.....	6
1.2 Consecuencias psicológicas de la ocultación de los orígenes biológicos en los niños nacidos por gestación subrogada	9
1.3 El anonimato de los donantes en la LTRHA	13
1.4 Consideraciones finales	14
2. Marco normativo y jurisprudencial	15
2.1. Derecho Internacional.....	15
2.1.1. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CNUDN).....	15
2.1.2. Convenio Europeo de Derechos Humanos	17
2.2. Derecho español.....	22
2.2.1. Introducción	22
2.2.2. Principio de Mater Semper Certa Est.....	27
2.2.3. Nulidad del contrato de gestación subrogada ab initio	29
2.2.4. Reclamación de paternidad	31
2.3. Consideraciones finales	33
3. La sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024: análisis y comentarios	33
3.1. Supuesto de hecho	33
3.2 Argumentos en contra de la decisión del TS	35
3.3. Argumentos a favor de la decisión del TS	38
3.4 Relevancia jurídica y social de la sentencia.....	41
3.5. Consideraciones finales	44
4. Conclusiones.....	45
5. Bibliografía.....	47

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CNUDN Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño

TS Tribunal Supremo

CEDH Convenio europeo de derechos humanos

TEDH Tribunal europeo de derechos humanos

LTRHA Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

CE Constitución Española

DGRN Dirección General de Registros y del notariado

LOPJM Ley orgánica de protección jurídica del menor

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

RESUMEN

El derecho a la identidad es un componente esencial de los derechos humanos y un elemento crucial en el desarrollo de la personalidad de una persona. Este derecho, reconocido en textos internacionales como la CNUD, puede verse vulnerado en muchos casos, entre otros cuando la concepción del menor se produce por técnicas como la gestación subrogada, una práctica prohibida en España.

En este trabajo examinaremos a fondo la Sentencia del TS 1141/2024, en la que se permite registrar a los niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada indicando que su lugar de nacimiento radica en una ciudad española. Este estudio se enfoca en valorar las consecuencias legales y sociales que genera esta resolución, desde la perspectiva de la vulneración del derecho a la identidad de estos niños. A mayores, analizaremos la adecuación de la sentencia con la normativa nacional e internacional, si se está teniendo en cuenta realmente el interés superior del menor y otros aspectos.

Finalmente, abordaremos y analizaremos el nuevo enfoque que ofrece esta sentencia, permitiendo que, además del reconocimiento de filiación de los niños nacidos por gestación subrogada, se les reconozca a los padres comitentes otros derechos derivados de esta filiación.

PALABRAS CLAVE

Gestación subrogada, gestación por sustitución, derecho a la identidad, técnicas de reproducción asistida, Derecho Internacional Privado, derechos humanos, filiación, Derechos Fundamentales.

1.- CAPITULO I. DERECHO A LA IDENTIDAD Y GESTACIÓN SUBROGADA.

1.1. INTRODUCCIÓN.

El derecho a la identidad es un elemento clave de los derechos humanos y de la protección de los menores tanto en el ámbito internacional, como en el sistema jurídico español. Este derecho se encuentra reconocido en numerosos textos legales como la CNUDN¹ y cobra especial relevancia en determinados casos como la adopción internacional o la gestación por sustitución, siendo esta última práctica el objeto de estudio de este trabajo.

La identidad de una persona no solo se refiere a su nombre y apellidos, sino que abarca también las raíces biológicas y familiares del individuo, como aspectos y componentes esenciales para el adecuado desarrollo de la persona. Tal y como afirman la Dra. Adroher y la Dra. Berástegui, “*el ser humano tiene una necesidad fundamental, que debe ser protegida, de ser consciente de uno mismo como ser único, separado y distinto de los demás, en una experiencia de continuidad con el pasado, desde un presente con sentido y con una perspectiva de futuro, a través de los diversos cambios personales, físicos, psicológicos y contextuales*”². A pesar de que esta afirmación se realiza con relación a la adopción internacional, debe aplicarse analógicamente al derecho a la identidad de los niños nacidos por gestación subrogada. Y es que la identidad filial de los menores no siempre se encuentra garantizada en los casos de la adopción internacional, la reproducción asistida³, o la gestación subrogada, siendo esta última práctica ilegal en España.

La gestación subrogada, a la que se dedica este trabajo, es una técnica de reproducción prohibida en España, tal y como señala el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).

Por ello, numerosos ciudadanos españoles acuden al extranjero para realizar este tipo de contratos. Cuando esos niños son desplazados a España después de su nacimiento, se pretende que sean registrados aquí, lo cual plantea el reconocimiento extraterritorial de estas filiaciones. En estas situaciones, el equilibrio entre el interés superior del menor y

¹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE 31 de diciembre de 1990).

² Adroher Biosca, M. S., & Berástegui Pedro-Viejo, A. “La adopción internacional. Una nueva migración”. *Revista Migraciones*, 8, 251-284. 2000.

³ En la LTRHA se permite que los donantes de material genético se mantengan anónimos, lo cual también repercute y vulnera el derecho a la identidad de los niños nacidos mediante esta técnica.

el cumplimiento del marco legal correspondiente, no es sencillo. A pesar de estar esta técnica prohibida en España, existe numerosa jurisprudencia estatal reconociendo determinados efectos derivados de esta forma de reproducción, casos de niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero y posteriormente traídos a España por sus padres comitentes en materia laboral⁴, fiscal⁵ y registral⁶.

Hasta ahora, la solución que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para estas situaciones se articula a través de un doble procedimiento: en un primer momento, se reconoce la paternidad por parte del padre biológico, y en un segundo se produce la adopción por parte del otro progenitor intencional. Esta vía de reconocimiento no supone una aceptación de la filiación extranjera directamente, pero sí que permite que los niños que nacen a través de este contrato nulo para el Derecho español puedan gozar de protección, seguridad jurídica y estabilidad legal en España. Evidentemente esta vía de “regularización encubierta” tiene como presupuesto la filiación biológica de uno de los padres comitentes, que normalmente se da por la aportación de material genético del padre comitente.

En este trabajo analizaremos el reciente fallo del TS 1141/2024, que propone un nuevo enfoque en materia registral al posibilitar que el lugar de nacimiento de los niños nacidos por gestación subrogada pueda modificarse al registrarlos en España, asignándoles la ciudad de preferencia de sus padres intencionales⁷. Esta resolución a nuestro parecer implica una vulneración del derecho a la identidad de los menores, dejando este derecho en todo caso en manos de sus padres intencionales. Esta sentencia no solo se limita a un reconocimiento de filiación y lugar de nacimiento, sino que impacta de manera íntegra en la identidad personal del menor, siendo esto un componente esencial de su persona, que se está dejando en cierta medida en manos de sus progenitores intencionales. Además, esta decisión judicial aborda un aspecto que hasta ahora no había sido planteado en la jurisprudencia española, abriendo un debate crucial para el derecho internacional privado y para la ética jurídica⁸.

⁴ STS 881/2016 (25 octubre 2016) – *Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Pleno)* y STS 992/2016 (16 noviembre 2016) – *Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Pleno)*.

⁵ STS 1681/2023 (4 de diciembre 2023)

⁶ STS 277/2022 (31 marzo 2022) – *Tribunal Supremo (Sala Civil)*, STS 1141/2024 (17 septiembre 2024) – *Tribunal Supremo (Sala Civil)* y STS (Pleno Civil) 4 diciembre 2024 – *Tribunal Supremo (Sala Civil)*.

⁷ STS 1141/2024 (17 septiembre 2024) – *Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)*.

⁸ Pretel Serrano, JJ, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024 de 17 de septiembre”, *Notarios y Registradores*, 2024.

La elección de esta sentencia como tema de estudio se debe a su gran repercusión en el contexto jurídico español, siendo esta cuestión novedosa en nuestro ordenamiento, ya que este cambio registral se había planteado solo en relación con la filiación adoptiva, y nunca con la técnica de reproducción que aborda este trabajo, la gestación subrogada. El TS en este pronunciamiento ofrece una interpretación analógica de la normativa sobre adopción internacional aplicándola a un caso de gestación subrogada.

La relevancia de esta resolución radica en que, además de los elementos jurídicos, implica temas éticos y sociales relacionados con los menores nacidos a través de estas prácticas, y que afectan a sus derechos y al adecuado desarrollo de su personalidad e integridad individual. El derecho a la identidad está íntimamente vinculado con el principio de interés superior del menor, reconocido tanto en la CNUDN como en el ordenamiento jurídico español (Art. 2 de la LOPJM⁹).

Por todo lo expuesto anteriormente, el análisis de esta sentencia no solo requiere un análisis legal técnico al tratarse de una práctica prohibida en España, sino también una reflexión crítica sobre la protección de los menores y su derecho a conocer toda su historia para poder formar su personalidad en su totalidad.

El propósito de este estudio es examinar de manera crítica la Sentencia 1141/2024 del TS desde un enfoque de Derecho internacional privado, centrándonos principalmente en las consecuencias que puede tener esta resolución en el desarrollo adecuado del niño y en cómo puede impactar a su derecho a la identidad durante su infancia y adolescencia. También abordaremos el impacto psicológico que puede generar esto en los menores nacidos mediante estas prácticas, y cómo el desconocimiento de esta información puede suponer grandes perjuicios en su desarrollo hacia una vida adulta.

Realizaremos este análisis teniendo en cuenta una serie de aspectos clave:

1. La adecuación de esta sentencia con el marco normativo nacional e internacional en materia de derechos del niño. Analizaremos si esta decisión contradice los principios existentes tanto en nuestro ordenamiento jurídico estatal como en las normas de derecho internacional privado relativas a estos contratos.
2. Las consecuencias registrales y legales que surgen de esta modificación de lugar de nacimiento de un menor nacido por gestación subrogada. Discutiremos cómo

⁹ “1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

esta modificación impacta directamente en la formación de la personalidad de estos niños a largo plazo, limitando su derecho a la identidad, además de abordar las consecuencias en el ámbito registral.

3. Los posibles conflictos éticos y jurídicos que esa práctica puede generar en un país donde no se permite la gestación subrogada¹⁰. Examinaremos la conexión entre la necesidad de protección del menor por su condición de menor, así como la vulneración que sufre su derecho a la identidad con esta resolución, y la prohibición de esta práctica por parte del legislador español.

El objetivo del análisis que se va a realizar en este trabajo es proporcionar una reflexión legal sobre este pronunciamiento, teniendo en cuenta su relevancia tanto con el contexto legal y jurídico, como en el ámbito de protección de los derechos fundamentales de los menores.

1.2. CONSECUENCIAS PSICOLÓGICAS DE LA OCULTACIÓN DE LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS EN LOS NIÑOS NACIDOS POR GESTACIÓN SUBROGADA.

Al registrar en España a un niño nacido en el extranjero por gestación subrogada con lugar de nacimiento en España, se está omitiendo de manera activa la información acerca de su auténtico origen. Si sus padres intencionales optan por no transmitirle esta información al niño a lo largo de su vida, y teniendo en cuenta que en su DNI figura un lugar de nacimiento falso, la posibilidad de que ese niño conozca cómo y dónde ha sido concebido, y acceda a sus datos biológicos reales, es improbable, ya que no se le está otorgando el derecho que le corresponde de decidir si quiere conocer esos datos reales o no. Esta falta de conocimiento puede afectar de manera negativa a su desarrollo personal, dado que se le está privando de una parte esencial de su personalidad, es decir, sus raíces, lo cual le impide tomar decisiones fundamentadas acerca de su identidad.

Antes de abordar el estudio, debemos analizar las consecuencias psicológicas que este cambio en el lugar de nacimiento puede tener en los menores nacidos por estas prácticas, y cómo afectará esto al desarrollo de su personalidad y a su identidad. Para ello, citaremos estudios que abordan las consecuencias de la ocultación de los orígenes biológicos tanto

¹⁰ Pretel Serrano, JJ, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024 de 17 de septiembre", *Notarios y Registradores*, 2024.

en casos de adopción, como en casos de gestación subrogada u otras técnicas de reproducción asistida.

En primer lugar, analizaremos el estudio realizado en 2019 por diversos expertos en la materia, dirigido por Amanda L. Baden¹¹. Esta investigación vincula la revelación tardía de la realidad biológica con sentimientos de ira, angustia, traición, depresión y ansiedad. Este estudio demostró que comunicar esta información a los niños adoptados antes de los tres años se asocia a mejores resultados psicológicos en la vida adulta, afirmando una de las adoptadas entrevistadas que “*tras descubrirlo a los 18 años, empezó a actuar con rabia y resentimiento, llegando incluso a robar dinero a sus padres adoptivos debido al sentimiento de traición*”¹². En resumen, este estudio reciente subraya que ocultar el origen adoptivo y revelarlo tardíamente puede tener consecuencias negativas significativas, mermando el bienestar psicológico y la confianza del hijo, mientras que la comunicación abierta temprana favorece un ajuste más saludable. En este estudio se aborda también la esfera de la identidad de estos niños, expresando que la negativa de los padres a reconocer la adopción puede obstaculizar el desarrollo normal de la misma.

Por otro lado, Especialistas del National Council for Adoption (EEUU) también advierten que los secretos familiares descubiertos “*pueden destruir el amor y la confianza*” construida en la familia¹³. En este artículo se trata el caso de una niña que se enteró de forma accidental a los diez años de que era adoptada, situación que ocurre con frecuencia en familias con niños adoptados. La niña afirma que se quedó en shock, asustada y desorientada, sintiendo que “*su mundo había cambiado de la noche a la mañana*”¹⁴. Este tipo de testimonios nos muestran como el ocultamiento prolongado puede generar desconcierto e inseguridad en el menor. Además, al no conocer su origen, muchos niños llenan “el vacío con fantasías” sobre su familia biológica, lo que puede crear una identidad frágil o distorsionada. La información auténtica, aunque a veces dura, ofrece “terreno firme” para construir la propia historia, mientras que la fantasía es como “arena movediza” bajo los pies del niño. Varios expertos en la materia afirman que la verdad favorece la confianza, criar al niño en un entorno donde se habla abiertamente de

¹¹ Baden, A.L, Shadel, D, Morgan, R, White, E.E, Harrington, E.S, Christian, N, y Bates, T.A. “Delaying Adoption Disclosure: A Survey of Late Discovery Adoptees”. *Journal of Family Issues*. Vol. 40(9). Pp. 1154–1180. 2019.

¹² Id.

¹³ Schooler, J. “Telling the Truth to Your Adopted or Foster Child: Helping Your Child Come to a Strength-Based Understanding of His or Her Life Story”. *Adoption Advocate No.* 137. 2019.

¹⁴ Id.

su adopción valida su necesidad de saber y fortalece la relación con sus padres adoptivos¹⁵.

Una investigación longitudinal británica estudió a niños concebidos por donación de gametos, incluyendo casos de gestación subrogada, desde la infancia hasta la adolescencia. Al analizar solo las familias que sí revelaron a sus hijos la realidad sobre su concepción, se pudo observar cómo los adolescentes que habían conocido su origen antes de los siete años mostraban mejores relaciones familiares y mayor bienestar psicológico que aquellos informados después de esa edad¹⁶. Es decir, cuanto más temprana fuese la revelación, más positivo sería el ajuste social de esos niños en la adolescencia. Estos hallazgos llevaron a los autores a concluir claramente que “*cuanto antes se informe a los niños de su origen biológico, más positivos serán los resultados*” en términos de relaciones familiares de calidad y salud psicológica en la juventud¹⁷. Diversos organismos internacionales, como la *American Society for Reproductive Medicine* y el *Nuffield Council on Bioethics* del Reino Unido, aconsejan a los padres transmitir la verdad desde edades tempranas a los niños nacidos mediante estas prácticas.

La investigadora Susan Golombok de la Universidad de Cambridge, realizó en 2023 un estudio longitudinal donde se estudiaron a familias británicas formadas mediante gestación subrogada, donación de óvulos o esperma, comparándolas con familias naturales. Este estudio tuvo una duración de 20 años, y se descubrió que la forma en que se gestionó la información del origen influía en ciertos resultados familiares. En particular, las madres que comenzaron a contarles a sus hijos su origen en la etapa preescolar mostraron, años después, vínculos más positivos con sus hijos y menos ansiedad o depresión materna¹⁸. Las estadísticas mostraron que tan solo un 7% de las madres que habían revelado esta información antes de los siete años habían reportado problemas en las relaciones familiares, frente al 22% de las madres que lo hicieron después de esa edad.

Por último, Consuelo Álvarez Plata señala que en la actualidad, el Consejo de Bioética de Nufield recomienda a los profesionales del entorno de la reproducción asistida que se

¹⁵ Id.

¹⁶ Illoiu, E, Blake, L, Jadva, V, Roman, G, y Golombok, S. “The role of age of disclosure of biological origins in the psychological wellbeing of adolescents conceived by reproductive donation: a longitudinal study from age 1 to age 14”. *The journal of child psychology and psychiatry*. 2019.

¹⁷ Id.

¹⁸ Golombok, S. et. al. “A longitudinal study of families formed through third-party assisted reproduction: Mother-child relationships and child adjustment from infancy to adulthood”. *Developmental Psychology*. 2023.

indique a los padres los beneficios de la revelación. Es una corriente que surge con fuerza en Europa, pues la ocultación genera en un futuro desconfianza y deteriora las relaciones con los padres; al respecto, hay una cierta idea de perdida de conocimiento de la identidad si no se ofrece esta información¹⁹.

Además, señala la diferencia que hay sobre este tema en casos de familias con padres heterosexuales y familias con padres o madres homosexuales, afirmando que las parejas heterosexuales de este estudio siguen con dudas en relación con revelar a sus hijos la verdad sobre su engendramiento, pero sí se plantean que el hijo puede enterarse por otras vías, por ejemplo, por un familiar al que se le informó del proceso o que el niño, al llegar a la adolescencia, realice preguntas sobre parecidos familiares. Sin embargo, por el momento, no planean revelar su origen²⁰.

En cuanto a las mujeres solas y parejas homosexuales, el posicionamiento es muy diferente y las razones son obvias, hay que explicar por qué falta un padre o una madre. Dado que en estos grupos todos los informantes tienen previsto revelar el engendramiento a los hijos, se mostrarán los discursos utilizados y las edades de los niños. Una mujer sola se negó a hablar sobre el tema y la otra comentó que pensaba decirle que “el amor de su madre era suficiente y que tenía tíos y primos”²¹.

Este estudio tiene especial relevancia en este trabajo ya que hay casos donde las circunstancias personales o físicas le muestran al niño la existencia de algún método de reproducción asistida o adopción. Con esto nos referimos a que, en casos de parejas del mismo sexo, o cuando el niño muestre una diferencia étnica o de color con respecto a sus padres, los niños podrán hacerse una idea de que los que conoce por padres no coinciden con sus progenitores biológicos, y podrá investigarlo si lo considera. El problema, a nuestro parecer, aparece cuando las circunstancias sociales o físicas del niño no dejan ninguna pista sobre que sus padres pueden no ser realmente sus padres biológicos, como por ejemplo una pareja heterosexual con un niño concebido por gestación subrogada en Ucrania, como es el caso de la sentencia analizada en este trabajo. De estos casos es de los que surge la preocupación real sobre la ocultación de esta información en relación con su desarrollo personal.

¹⁹ Álvarez Plaza, C. “La diversidad familiar y la divulgación de los orígenes genéticos a los niños nacidos a partir de donantes y/o gestación subrogada”. *IM-Pertinente*, 2 (1), 17-43. 2014.

²⁰ Id.

²¹ Id.

1.3. EL ANONIMATO DE LOS DONANTES EN LA LTRHA.

A pesar de que el objeto de este trabajo son los contratos de gestación subrogada, en la LTRHA se regula otro supuesto que, a nuestro criterio, vulnera de igual manera el derecho a la identidad de los niños nacidos por esta técnica: el anonimato de los donantes de material genético.

El artículo 5.5 LTRHA establece que “*la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan*”. Esto supone que ni la persona receptora del material genético ni el niño nacido de esta unión podrán conocer la identidad del donante. El ordenamiento español no prevé la existencia de ningún vínculo de filiación entre el donante y el nacido, este no será reconocido como progenitor a ningún efecto civil, y su identidad queda protegida por ley, aunque la ley sí que permite que los hijos nacidos obtengan información general del donante²². En la práctica esto permite el acceso a datos no identificativos como podrían ser características fenotípicas, grupo sanguíneo y demás información médica relevante del donante, preservando siempre su identidad.

Por tanto, la identidad del donante se protegerá en todo caso, salvo cuando se den “*circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales*”, tal y como establece el art. 5.5 LTRHA. Incluso en estas situaciones, la revelación debe ser completamente indispensable para evitar el peligro o conseguir el fin legal, y se realiza de forma restringida y confidencial, sin publicidad de la identidad del donante, atendiendo al carácter confidencial que se le da a estos contratos en el artículo 5.1 de la ley²³.

Apoyando esta idea, el Consejo de Europa ofreció una recomendación en 2019 derivada de la preocupación existente en relación a este método de reproducción. La Asamblea Parlamentaria recomienda que el Comité de Ministros formule recomendaciones a los Estados miembros para mejorar la protección de los derechos de todas las partes interesadas, centrándose en los derechos de la persona concebida por donante, que se encuentra en la posición más vulnerable y para quien los riesgos parecen

²² Art. 5.5 LTRHA, “*los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad*”.

²³ “*La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado*”.

ser mayores²⁴. El Comité de Ministros en su caso reconoce la complejidad y la naturaleza interdisciplinaria de este problema, y hace hincapié en la relevancia de examinar la mejor forma de proteger y promover los derechos de los niños concebidos por donante. El Comité ha expresado su preocupación por el hecho de que estos niños no tengan derecho a conocer la identidad de sus padres biológicos, por lo que lo que se pretende con esta recomendación es garantizar los derechos de los mismos y velar por su seguridad jurídica.

En línea con el Consejo de Europa, el Comité de Bioética de España, recomendó en un informe reciente que sería conveniente reformar la ley para eliminar el anonimato del donante en futuras donaciones, ya que consideran que esta regulación no se encuentra alineada con la tendencia europea y el interés superior del menor²⁵. Siguiendo esta recomendación, la Asociación Española de Pediatría (AEP), a través de su comité de bioética, aboga por mayor transparencia sobre el origen genético de los niños nacidos por donación, expresando que este anonimato plantea interrogantes sobre el derecho del menor a conocer su filiación biológica²⁶.

En resumen, a nuestro parecer este anonimato estricto que se les otorga a los donantes choca con el derecho a la identidad de los niños nacidos por donación, al igual que ocurre en los contratos de gestación subrogada, ya que esos datos biológicos suponen información importante para estos niños a la hora de desarrollarse personalmente. Por ello, consideramos que esta práctica tampoco concuerda con la normativa internacional y el interés superior del menor.

1.4. CONSIDERACIONES FINALES.

Tras analizar la relevancia del derecho a la identidad, podemos concluir resaltando la importancia que tiene el mismo, no solo desde una perspectiva jurídica, sino como un fundamento esencial para el desarrollo personal de cualquier persona. Podemos deducir que la identidad no se limita únicamente a datos formales como el nombre y el DNI, sino que abarca elementos fundamentales como el conocimiento de los orígenes biológicos, lo cual resulta clave para un desarrollo personal adecuado.

²⁴ Recomendación núm. 2156 del Consejo de Europa, de 14 de octubre de 2019. “Anonymous donation of sperm and oocytes: Balancing the rights of parents, donors and children”.

²⁵ Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos, de 15 de enero de 2020.

²⁶ Sahis, E. “Los pediatras instan a situar al menor en el centro del debate sobre el anonimato en la donación de gametos”. *Asociación Española de Pediatría (AEP)*, 30 de enero de 2025.

Este derecho se ve especialmente comprometido cuando los orígenes parten de técnicas como la reproducción asistida con donantes anónimos de material genético, la adopción internacional o la gestación subrogada, que es en lo que se centra el estudio realizado. Estas técnicas pueden suponer para los menores graves conflictos internos con respecto a su identidad y a su desarrollo.

Esta ocultación por parte del legislador puede generar en la mayoría de casos consecuencias negativas en el desarrollo de los menores concebidos por las técnicas que menciono. Numerosos estudios psicológicos afirman que los niños adoptados y nacidos por gestación subrogada muestran cambios en su conducta relacionados con la edad que tenían cuando descubrieron su realidad biológica. Los niños que descubren esta información en edades más avanzadas presentan sentimientos de ira, traición, angustia... y cuentan con una alta probabilidad de sufrir problemas de ansiedad y depresión. Además, también nos muestra como su desarrollo personal y su relación con los progenitores adoptantes o comitentes se pueden ver gravemente afectados ante este ocultamiento, pudiendo incluso desarrollar crisis de identidad al enterarse de la realidad a una avanzada edad.

La sentencia elegida para el análisis abre la puerta a situaciones en las los menores concebidos mediante estas técnicas tengan una mayor dificultad el acceso a estos datos que consideramos tan cruciales.

En síntesis, el propósito del trabajo es conocer la realidad de este tipo de contratos en nuestro país y la reciente modificación del tratamiento de los mismos, derivado de la reciente sentencia del TS que analizaremos más adelante. A continuación, estudiaremos la normativa internacional y estatal relativa a estos contratos, analizando si las mismas son compatibles con la protección adecuada del interés superior del menor.

2.- CAPITULO II. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

2.1. DERECHO INTERNACIONAL

2.1.1. Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CNUDN)

El Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CNUDN), adoptado el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, representa el principal instrumento internacional para la protección de los derechos de los niños. Este acuerdo reconoce a los menores dos derechos fundamentales: el derecho a su identidad, incluyendo esto su nacionalidad,

nombre y vínculos familiares²⁷ y el derecho de los niños a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos²⁸, derechos que resultan fundamentales para el adecuado desarrollo de la personalidad del menor.

En situaciones como las que analizaremos en este trabajo, es decir, en contratos de gestación por sustitución, estos principios cobran aún más fuerza si cabe, dado que el derecho a la identidad puede verse vulnerado si las circunstancias de su concepción no se revelan al niño de manera clara. La omisión de estos datos en el registro civil, modificando el lugar de nacimiento del menor y la identidad de su madre gestante, complica considerablemente el acceso del niño a sus raíces biológicas, contraviniendo así lo que establece la CNUDN. A mayor abundamiento, el derecho a la identidad que se reconoce en este texto, así como el derecho a conocer sus orígenes, se ve notablemente afectado por la ocultación de dicha información al menor desde una temprana edad, impidiéndole tomar las decisiones que considere oportunas con respecto a su historial familiar.

Este texto hace hincapié en la importancia del interés superior del menor en todas las decisiones que le afecten (artículo 3.1²⁹), incluyendo aquellas relacionadas a su filiación y registro en España. Este enfoque exige que los Estados miembros implementen medidas eficaces para asegurar que los menores puedan ejercer de forma efectiva sus derechos, incluyendo esto la posibilidad de acceder a la información relativa a su madre biológica, o padres biológicos, lugar de nacimiento y todo lo relacionado con su historial familiar y sus orígenes, datos que son fundamentales para su desarrollo personal.

En conclusión, el CNUDN y su objetivo fundamental de proteger a los menores, nos sirve como instrumento esencial para interpretar de forma correcta la situación legal de estos niños en España y el tratamiento registral que se les dará en el país a partir de la sentencia analizada.

²⁷ Artículo 8: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

²⁸ Art. 7: “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.”

²⁹ “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

2.1.2. Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El CEDH, adoptado en 1950, fortalece la protección de los derechos fundamentales, incluyendo en su texto legal el derecho a la vida privada y familiar, tal y como se recoge en su artículo 8³⁰.

Este derecho contempla de manera implícita la posibilidad de que los niños puedan conocer su verdadero origen y filiación, componentes fundamentales de su identidad personal. Sin embargo, puede tener otra lectura: considerar que el derecho a la vida privada y familiar permite que los progenitores puedan tomar decisiones sobre este tipo de asuntos relativos a la filiación de sus hijos menores nacidos por gestación subrogada, apoyándose en que están salvaguardando a su hijo o facilitando su vida, evitándole problemas en el futuro. Este enfoque en cualquier caso contradice lo que analizamos en este trabajo, dado que, a pesar de la existencia de distintas interpretaciones de este precepto, el interés superior del menor es el que prevalece en cualquier situación. Es por ello por lo que el TEDH en sus pronunciamientos ha pretendido en todo momento salvaguardar la vida privada y familiar de los menores, y no tanto de los padres, siendo éstos objeto de una mayor protección.

Por tanto, dentro del ámbito del derecho a la vida privada y familiar que se reconoce en el artículo 8, se halla el derecho a la identidad del menor nacido por gestación subrogada y su derecho a conocer sus orígenes biológicos.

Este artículo ha sido objeto de numerosos pronunciamientos del TEDH. Ante el turismo reproductivo que existe en la realidad actual, es habitual la denegación por parte de los estados que prohíben estos contratos de la inscripción de los certificados de nacimiento expedidos por países extranjeros donde se realizan estos contratos. Ante esta denegación, es habitual que los padres comitentes recurran al TEDH alegando que se ha vulnerado su derecho a la vida privada y familiar.

El CEDH establece límites muy definidos a la intervención del Estado en los derechos individuales, permitiendo estas restricciones solo si están “previstas por la ley” o si son “necesarias en una sociedad democrática”. Este texto legal pretende que los estados miembros asuman la responsabilidad de armonizar o ajustar sus normas estatales sobre

³⁰ “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

reproducción asistida y filiación a los derechos fundamentales protegidos por el Convenio.

El TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de la gestación por sustitución, debido a las diversas problemáticas que han surgido a partir de esta práctica. A raíz de ello, se han dictado resoluciones esenciales que han definido, entre otros derechos inherentes a los menores, los parámetros de interpretación del artículo 8 del CEDH en casos de niños nacidos por esta técnica y han ayudado a crear doctrina sobre estos contratos.

Debido a que no existe ningún tipo de consenso europeo en materia de gestación subrogada, el TEDH ha pretendido con sus pronunciamientos establecer criterios destinados a proteger los derechos de los menores en estos casos. En las mencionadas resoluciones no se ha establecido un derecho a la gestación subrogada, ni se ha pretendido obligar a los estados a registrar a los niños que nacen mediante estas técnicas en países extranjeros. De hecho, las resoluciones que ha emitido este tribunal con respecto a la gestación subrogada han reafirmado la idea de que los países tienen la facultad de establecer limitaciones para evitar este tráfico infantil y la explotación que supone para las mujeres gestantes. El TEDH sostiene que la negativa de registro, y por tanto del reconocimiento, tienen como fundamento la protección del interés superior del menor, el cual prevalece en cualquier caso, pretendiendo asegurar que su filiación se base en la legalidad de cada estado. Estas resoluciones han servido para establecer unos criterios de interpretación de los derechos de los niños nacidos por gestación subrogada y una guía para el tratamiento de estos temas en el futuro.

Para llevar a cabo esta interpretación de la forma más diligente posible, el TEDH en sus decisiones ha hecho una diferenciación entre el derecho a la vida privada y familiar de los padres comitentes y de los menores involucrados en estas prácticas³¹. Esto ha permitido proteger de mayor manera el interés superior del menor, siendo esto la tarea fundamental del TEDH en estos casos.

El TEDH por tanto no tiene competencia para determinar la filiación de estos niños, o para establecer como prohibida esta práctica, ya que solo realiza una labor de interpretación y protección a nivel europeo. Son los estados los que han de regular en sus

³¹ Esta diferenciación se puede observar en sentencias como Mennesson c. Francia (Nº 65192/11) y Labassee c. Francia (Nº 65941/11) 26/06/2014, TEDH (Sección, Sala), Foulon y Bouvet c. Francia (Nº 9063/14, 10410/14) – 21/07/2016, TEDH (Sección, Sala) y Laborie c. Francia (Nº 44024/13) – 19/01/2017, TEDH (Comité, Sentencia).

ordenamientos jurídicos el tratamiento que se le dará a esta práctica atendiendo a los principios fundamentales de cada país y a su orden público, y por ello España recoge en su normativa estatal la prohibición de la gestación subrogada. El problema en este caso viene cuando se acude al “*turismo procreativo*” del que habla Hernández Rodríguez, yendo a países donde sí están permitidas estas prácticas y volviendo a España con un certificado de paternidad emitido por dicho país. Por ello, la situación actual requiere de una solución por parte de los estados para proteger a los menores que llegan al país de esta manera, ajenos al fraude de ley que conlleva su gestación. Ante esta necesidad, el TEDH establece una medida en su *Opinión Consultiva P16-2018-001 (Tribunal de Casación Francés), 10/04/2019, TEDH (Gran Sala, Dictamen)*, y a pesar de no ser una sentencia contenciosa, supone un punto clave en materia registral. A petición de Francia, el TEDH aclaró si un estado debe reconocer la filiación entre un niño nacido por subrogación en el extranjero y la madre comitente, sin vínculo genético alguno. Ante esta cuestión, la Gran Sala respondió que el derecho del menor al respeto de su vida privada y familiar (art. 8 CEDH), exige que el ordenamiento interno ofrezca alguna vía para reconocer la relación materno-filial intencional. Dicho esto, en ningún caso se obliga a los estados a inscribir directamente en el registro el certificado de nacimiento expedido por el país extranjero, ya que supone una vulneración del orden público de los países que prohíben esta práctica, pero sí que se exige que los estados ofrezcan una vía para el establecimiento de la filiación de estos menores que se encuentran en *stand-by* al llegar al país. El TEDH señaló que la inscripción registral no es la única vía para el reconocimiento de la filiación, ya que lo que prima es que el menor se encuentre en una situación legal estable en el país de residencia, lo cual se puede conseguir de otras formas, como la adopción. Este dictamen ha servido de guía para la jurisprudencia posterior del tribunal, confirmando la necesidad de una solución legal razonable para la filiación del menor con respecto a la madre comitente, como sucedió en el caso *C. y E. c. Francia (Nº 1462/18, 17348/18) – 19/11/2019, TEDH (Comité, Decisión de inadmisibilidad)*, donde el TEDH consideró la queja de los demandantes infundada, ya que Francia ofrecía una vía razonable para establecer la filiación³².

En la mayoría de casos, el padre utiliza su material genético y la madre gestante aporta su óvulo, dejando así al otro progenitor sin vínculo genético alguno con el niño resultante de esta unión. Por ello es por lo que la vía usual para el reconocimiento de filiación que

³² Mediante el procedimiento de adopción.

ofrecen los estados es el reconocimiento de paternidad del padre biológico junto con la adopción del menor por el otro progenitor intencional sin vínculo genético. A pesar de que esto sea la norma general, hay excepciones como la que se planteó en *D. c. Francia (Nº 11288/18) – 16/07/2020, TEDH (Sección – Sala)*. En este caso, la madre intencional aportó su material genético, es decir sus óvulos, los cuales fueron fecundados in vitro en una clínica de Ucrania con el material genético del padre intencional e implantados en la madre gestante. Francia se negó a llevar a cabo este reconocimiento de maternidad de la madre comitente, ya que no había dado a luz, negándose a transcribir estos datos en el registro civil francés. El TEDH falló que no hubo violación del art. 8 del CEDH, ya que se consideró que Francia había actuado dentro de su margen de apreciación al requerir un procedimiento adoptivo para la madre comitente, considerando legítimo distinguir la situación de la madre biológica-intencional de la del padre biológico. Además, concluyó que no hubo violación del art. 14³³ en relación con el 8, apreciando que la diferencia de trato tenía una justificación objetiva y razonable en el principio *mater Semper certa est*.

Esta “rigidez” que observamos por parte del legislador francés en relación con la gestación subrogada choca con la opinión actual del Tribunal de Casación Francés, el cual ha establecido que las resoluciones extranjeras que reconocen la filiación de estos contratos pueden ser aceptadas en Francia, incluso en los casos en los que no existe vínculo biológico alguno entre el niño y la madre comitente, ya que considera que no son contrarias al orden público del país. A tal fin, las resoluciones extranjeras deberán incluir en el cuerpo de su decisión un determinado número de menciones que permitan identificar a las partes del acuerdo de GPS (gestación por sustitución) y sus capacidades³⁴. Señala también que la filiación resultante de estos contratos no debe ser asimilada a una adopción plena, sino que se reconoce como filiación no adoptiva, “*dado que la sentencia extranjera estableció la filiación sin conceder la adopción, esa filiación debe reconocerse 'como tal', es decir, una filiación que es a la vez no biológica y no adoptiva, y por tanto una filiación intencional*”³⁵.

Por otro lado, en el caso de *K.K. y Otros c. Dinamarca (Nº 25212/21) – 06/12/2022, TEDH (Sección II – Sala)*, la legislación danesa denegó la adopción de la madre comitente debido a que la legislación danesa prohíbe la adopción en casos de gestación subrogada

³³ Reconoce el derecho a la no discriminación.

³⁴ Gallant, E. “Gestación por sustitución en el extranjero y exequátur: el Tribunal de Casación Francés marca la pauta”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 17, núm. 1, pp. 407-419. 2025.

³⁵ Id.

en los que hubo retribución económica a la madre gestante. El TEDH determinó que hubo violación del art. 8 del CEDH con respecto a la vida privada y familiar de los niños, pero no de los padres. La decisión se fundamentó en que haberles negado el vínculo legal con la madre comitente afectó a la identidad de los menores, y se consideró que Dinamarca no veló por el interés superior de los menores.

Por otro lado, además de la existencia de una vía razonable para el reconocimiento de filiación, el TEDH establece otra exigencia a los estados, la necesidad de que los estados actúen diligentemente a la hora de llevar a cabo estas vías de reconocimiento. Esto se establece en el caso *A.L. c. Francia* (Nº 13344/20) – 07/04/2022, TEDH (Sección 5ª – Sala), ya que Francia denegó la demanda de paternidad y el procedimiento de apelación se alargó más de 6 años. El TEDH apreció que hubo violación del art. 8 del CEDH por parte de Francia, debido al incumplimiento del deber de diligencia excepcional. La duración excesiva del proceso supuso que el niño comenzase los trámites con menos de un año y los terminase con casi 7. No obstante, el TEDH aclaró que esto se trataba de una violación procedimental, y que no se cuestiona la valoración nacional sobre el interés superior del menor y el establecimiento de su filiación, ya que como hemos mencionado anteriormente el TEDH realiza una labor de mera interpretación.

Todos los casos que acabamos de mencionar tenían un componente común: la existencia de vínculo genético con alguno de los padres intencionales, que facilita las vías que se establecen de reconocimiento.

Sin embargo, en el caso de *Paradiso y Campanelli c. Italia* (Nº 25358/12) – 24/01/2017, TEDH (Gran Sala), las autoridades italianas denegaron la inscripción del menor y procediendo a su retirada del domicilio y puesta en adopción, tras considerarlo un fraude de ley y una posible trata de menores. El TEDH determinó que no hubo violación del art. 8 del CEDH debido a que no existía “vida familiar protegida”, debido a la ausencia de lazos biológicos entre el menor y los padres comitentes. Se determinó que las medidas estatales perseguían fines legítimos y, si bien estas medidas afectaron a la vida privada de los padres intencionales, Italia actuó dentro de su margen de apreciación al proteger el interés superior del menor y el orden público del país.

En resumen, el TEDH pretende ofrecer soluciones a los estados para proteger la situación legal de los menores nacidos por estas técnicas, pretendiendo en todo caso velar por su interés superior y su derecho a la identidad, vida privada y familiar, y a su integridad. Una primera conclusión que se obtiene de los diferentes pronunciamientos del TEDH es que en ningún momento entra a debatir sobre la procedencia o no de permitir o

prohibir las técnicas de gestación por sustitución. La Corte reconoce que se trata de un tema asaz delicado y complejo, en el que confluyen sensibilidades de variados signos, que reflejan importantes interrogantes morales y éticos, sin que exista consenso en Europa sobre la legalidad de esta práctica, ni tampoco sobre el reconocimiento jurídico de los vínculos de filiación establecidos entre padres de intención e hijos legalmente concebidos mediante estas técnicas en el extranjero. De esta manera, hay que admitir a los Estados un amplio margen de apreciación para decidir no solo si debe autorizar o no este modo de procreación en su territorio, sino también para reconocer o no los eventuales vínculos de filiación surgidos de esta práctica³⁶. Por tanto, su actuación se basa en analizar cada caso y determinar si ha habido violación del CEDH, dejando margen de apreciación a los estados para que regulen esta práctica de la forma en que consideren.

2.2. DERECHO ESPAÑOL

2.2.1. Introducción

En el ordenamiento jurídico español podemos encontrar numerosos preceptos que avalan la idea que se defiende en este trabajo, es decir, el derecho a la identidad como derecho inviolable. Tal y como se determina en el artículo 10 de la Constitución Española³⁷, nuestra legislación estatal protege de forma directa el libre desarrollo de la personalidad el cual se ve gravemente vulnerado en los supuestos que comentamos en el presente estudio.

Por otro lado, según el artículo 39 de la CE, “*los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad*”. En el expresado precepto se hace referencia a la protección integral de los hijos, cualesquiera que sean sus circunstancias personales, y hace referencia a su vez a la investigación de paternidad, que constituye un derecho de los niños cuya filiación no se encuentre determinada, sea dudosa o se haya establecido sin atender a las leyes que la regulan, permitiendo a éstos acceder a la información sobre sus progenitores biológicos.

³⁶ Godoy Domínguez, L.A. “La posición del TEDH en materia de gestación subrogada” en Lasarte Álvarez, C (Ed.) *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*. Dykinson. Pp 83-105. 2021.

³⁷ “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

Por ello nos encontramos con un conflicto entre la gestación subrogada y el derecho a la identidad de los niños, ya que nuestro sistema legal avala la protección de dicho derecho.

El derecho a la identidad abarca también el derecho a la identidad genética, es decir, el derecho a conocer tus orígenes, el cual se encuentra dentro del derecho a la dignidad que se regula en el artículo 10 de la CE, ya que el no conocer esta información no permitirá que la persona pueda desarrollarse con plenitud. Nos encontramos por tanto con un derecho a la personalidad, al cual se hace referencia en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 94/2001 (Sección 1º) de 29 de marzo*, en la cual se dictó que “*el derecho a conocer la propia filiación biológica, incluso con independencia de la jurídica, se erige como un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscarlo en la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad*”. Esta protección a la identidad genética es un elemento necesario para el correcto desarrollo de la persona, por ello está fundamentado en el artículo 10 de la CE, además del artículo 15 de la CE, el cual protege el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, ya que debemos interpretar este último en conexión con los demás artículos mencionados.

Por otro lado, en el CC español también nos encontramos con preceptos que avalan y reconocen el derecho a la identidad, la protección de los menores y las bases de prohibición de los contratos de gestación subrogada. En primer lugar, en el artículo 108 CC³⁸, se diferencia entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción, cerrando la posibilidad de que se pueda aceptar la filiación derivada de un contrato por gestación subrogada.

El texto legal que prohíbe de forma explícita los contratos de gestación subrogada es el artículo 10 de la LTRHA: “*1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”. En consonancia con esta prohibición nos encontramos con el artículo 6.3 CC: “*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno*

³⁸ “*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción.*”

derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Esta ley establece que los contratos de gestación por sustitución serán nulos de pleno derecho en territorio español, lo cual conlleva que los mismos no producirán efecto alguno en el país. A mayor abundamiento, este precepto hace referencia a los contratos de gestación subrogada contraídos sin precio, prohibiendo de esta forma a su vez la gestación por sustitución altruista³⁹, la cual está permitida por ejemplo en el ordenamiento jurídico griego⁴⁰. Desde un punto de vista contractual, un contrato nulo es inválido y por tanto no produce efectos ni genera obligaciones.

Llamativamente, en dos sentencias de la *Audiencia Provincial de Barcelona 618/2019, de 28 de noviembre de 2019* y *524/2019, de 26 de septiembre de 2019*, se estima la pretensión de los demandantes, padres intencionales que han firmado un contrato de gestación subrogada y reclaman una indemnización por su incumplimiento, ya que se incluían en él “cláusulas de éxito” que garantizaban conseguir un bebé sano, comprometiéndose la agencia en caso contrario a devolver el precio pagado si no se lograba ese fin. La admisión de este tipo de cláusulas supone a nuestro juicio, una vulneración total de los derechos tanto de la madre gestante como del niño nacido mediante esta técnica, y una mercantilización absoluta del cuerpo de la mujer y de la vida del menor.

El derecho a la identidad es definido por Blanca Gómez Bengoechea como *aquellas características y vivencias personales que nos llevan a sentirnos y percibirnos como distintos de los demás, nos ayudan a ubicarnos en nuestro entorno social y nos “empujan” a dirigirnos a nosotros mismos dando sentido a nuestra propia vida*⁴¹. Además, hace referencia a las distintas esferas que lo componen, siendo una de ellas la información genética o biológica y las relaciones sociales que pueden derivar de ello, siendo esto lo que entendemos por identidad filial.

En este estudio nos centraremos en el derecho que tienen los niños nacidos por gestación subrogada a conocer sus orígenes biológicos, aunque este derecho abarca también otras esferas, como el derecho de los padres a su intimidad personal y familiar o

³⁹ Con pago de gastos razonables a la gestante no superiores a 10.000 euros.

⁴⁰ Zouak Lara, P. “*La filiación de menores nacidos por gestación por sustitución: situación actual en España y perspectivas de futuro*”. *Revista de Derecho Civil*. Vol. XI, núm. 3. Pp. 243-291. 2024.

⁴¹ Gómez Bengoechea, B. “El derecho a la identidad filial o biológica en el Ordenamiento Jurídico Español”. *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho*, (72), 259-298. 2007.

el derecho a la intimidad de la madre gestante, las cuales pueden vulnerar este derecho de los menores.

En el ámbito internacional, este derecho se reconoce en el artículo 7 de la CNUDN previamente citado. Si bien no se encuentra desarrollado, podemos deducir de él la obligación que hay de inscripción a favor de los padres, garantizando así el derecho a la identidad filial del recién nacido.

Se establecen diversas formas o medios para garantizar la protección de este derecho⁴². El primer paso para garantizar la identidad filial es la identificación del recién nacido y su posterior inscripción en el registro civil. En esta identificación del recién nacido opera el principio de *mater Semper certa est*, y se aplican las normas de determinación de filiación paterna del CC y la LTRHA. Por tanto, no se estaría garantizando la identidad filial si se inscribiese en el registro una certificación de nacimiento falsa expedido por un país extranjero. El registro garantiza la veracidad de esos datos, su permanencia y su publicidad, pudiendo el niño acceder a ellos en cualquier momento de su vida. Otra forma de protección de este derecho es la determinación de filiación, es decir, que quede registrado y determinado quienes son sus padres, y por ello el legislador ofrece vías de determinación de filiación para casos como la adopción o los contratos de gestación subrogada realizados en el extranjero.

La identidad filial también se puede garantizar mediante otros dos medios: el acceso a los datos genéticos y a la investigación de paternidad. Es decir, todos tenemos derecho a tener acceso libre a nuestros datos biológicos por una parte, y a investigar la paternidad por otra. El acceso a los datos permite que los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida o los que hayan sido adoptados puedan conocer sus orígenes si quisiesen en algún punto de su vida. Esto sin embargo resulta imposible si sus datos registrales se encuentran manipulados y no reflejan la verdad.

En el ámbito que nos ocupa, podemos hacer una interpretación analógica de la *resolución de 23 de abril de 1993 de la DGRN*, en la cual se manifiesta la necesidad de que la inscripción original de nacimiento de un niño adoptado refleje todos sus datos, incluidos los de la filiación por naturaleza, no siendo posible su eliminación y sustitución por los de la filiación adoptiva incluso en el caso de que la legislación del país de origen del menor, en este caso Brasil, admita esta posibilidad y haya anulado la primera inscripción de nacimiento del niño en el Registro Local. La forma de hacer constar los

⁴² Id.

datos relativos a la filiación adoptiva es la anotación marginal en la inscripción original de nacimiento⁴³. Es decir, podríamos interpretar esta exigencia registral en casos de adopción de forma analógica con los niños nacidos por gestación subrogada, obligando a las autoridades a registrar sus datos de filiación por naturaleza, para que en caso de que el menor quiera conocer sus orígenes biológicos en el futuro pueda hacerlo.

En relación con esta idea, surgen tres corrientes doctrinales. La primera, maximalista, defiende que los niños nacidos por estas técnicas tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, e incluso plantean la posibilidad de que puedan reclamar la paternidad⁴⁴. Por otro lado, la corriente minimalista defiende el anonimato del donante (o en este caso madre gestante) y niegan su constitucionalidad⁴⁵. Por último, nos encontramos ante una situación intermedia, que consideramos que mejor salvaguarda los derechos de los niños que analizamos en este trabajo, que defiende el equilibrio de intereses. Esta postura opta por la consideración de que se han de conocer los datos genéticos, pero con la salvedad de que estos datos genéticos no pueden ser objeto de consecuencias jurídicas⁴⁶, es decir, niegan la posibilidad de reclamación de paternidad que defiende la corriente maximalista.

En conclusión, el derecho a la identidad filial es una parte del derecho a la identidad, y constituye un derecho constitucional que el legislador ha de garantizar. Por ello es por lo que nuestro ordenamiento jurídico establece las vías adecuadas para poder garantizar este derecho a todos los ciudadanos, otorgándole mayor importancia a sujetos que precisan de una mayor protección, como pueden ser en este caso los niños nacidos por gestación subrogada. En este capítulo hemos podido analizar todos los preceptos, principios y mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé para que este derecho no sea vulnerado.

Analizaremos a continuación los principios que se deducen del precepto que establece la prohibición de la gestación subrogada en España.

⁴³ RDGRN de 23 de abril de 1993, RJ 1993\3243.

⁴⁴ Gómez Bengoechea, B. “El derecho a la identidad filial o biológica en el Ordenamiento Jurídico Español”. *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho*, (72), 259-298. 2007.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Blasco Gascó, F., “La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, no 2, 1991.

2.2.2. Principio de *mater Semper certa est*

El principio *mater semper certa est*, vigente en nuestro derecho desde hace siglos, fundamenta la negativa del ordenamiento jurídico español a reconocer efectos a la gestación subrogada.

Este principio tiene su origen en el Derecho Romano, y se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico hasta la actualidad, sufriendo numerosas modificaciones según la realidad social lo requería.

El principio tal cual lo conocemos en la actualidad no se encuentra regulado de forma literal en nuestro CC, sino a través de una presunción. Cuando el CC establece las formas y plazos para determinar la filiación paterna, da por hecho que la madre es cierta. En el artículo 116 se determina que “*se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*”. Si bien no se expresa de forma literal que la madre queda determinada de forma cierta por el parto, este artículo hace referencia únicamente al “*marido de la madre*”, dando a entender de esta forma que la madre siempre es cierta. España por tanto es uno de los estados cuya legislación recoge la necesidad de que conste siempre la identidad de la mujer que da a luz⁴⁷. La relación madre-hijo es directa, inmediata y de fácil determinación (biológica y jurídicamente) como derivada de un hecho que les es común y próximo en el tiempo (la gestación y el parto)⁴⁸.

A pesar de no estar este principio regulado de forma expresa en el CC y tratarse como una presunción, sí que se encuentra expresado de forma literal en la LTRHA, en la que se establece que en casos de contratos de gestación subrogada la filiación materna quedará determinada por el parto. Por ello el ordenamiento jurídico no puede aceptar la inscripción de estos niños basándose únicamente en un certificado expedido por el país extranjero donde se produjo el parto. Esto supondría una vulneración al orden público del país y a sus normas, ya que la filiación materna en España responde a este principio, el cual desaparece en este tipo de filiaciones. Por ello nos encontramos sentencias como la *SAP Valencia 826/2011 (23 noviembre 2011)*, en la que se negó la inscripción de niños nacidos por gestación subrogada por ser contrato nulo y en contra del orden público, alegando que

⁴⁷ Gómez Bengoechea, B. “Derecho a la identidad y filiación: un estudio de Derecho internacional privado y Derecho comparado”. *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho*, (68), 265-268. 2006.

⁴⁸ Rivero Hernández, F. “¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español”. *Anuario de Derecho Civil*, 5-96. 1997.

la filiación materna se determina por el parto. Esta sentencia fue pionera en este ámbito, ya que abordó por primera vez la inscripción registral de los niños nacidos por estas técnicas.

Este principio de presunción de maternidad impide el reconocimiento de la gestación subrogada en España, ya que se considera que la madre es quien da a luz, no quien firma un contrato, y no se permite la posibilidad de renunciar a ese derecho y cederlo a la madre intencional en el momento del parto. Esto genera una problemática en el ámbito internacional, ya que en diversos ordenamientos jurídicos sí que se prevé la posibilidad de que la madre gestante renuncie a esta filiación en el momento del parto y la ceda a la madre intencional, lo cual acarrea problemas en el momento en el que el niño es trasladado a España con un certificado de filiación falso y pretendan su registro en el país. Tal y como establece el TS en su sentencia del 27 de marzo de 2025, *“carece de trascendencia que la madre gestante no hubiera aportado sus óvulos para la gestación pues ese dato es irrelevante para la legislación española, en la que la filiación no adoptiva materna se fija por el parto, sin que tenga trascendencia quién aportó el óvulo”*⁴⁹.

Si bien este es un principio general del derecho de filiación español, se han dado casos en los que, debido a la primacía del interés superior del menor, los tribunales han fallado en contra de este. En la *SAP Madrid, Secc. 22^a, 947/2020, de 1 de diciembre*, se trata el caso de una española que recurre a la gestación subrogada en México sin aportar su material genético. La madre intencional solicita ser reconocida como madre legal de la menor, aportando la documentación extranjera (certificado de nacimiento mexicano) y alegando la posesión de estado (crianza efectiva) de la menor. Aunque en primera instancia la solicitud le fue denegada, la Audiencia Provincial de Madrid falló a favor de la demandante, alegando que existía una realidad familiar consolidada y realizando una interpretación extensiva del interés superior del menor, equiparando la situación a una adopción de hecho. Por tanto, la Audiencia declaró la filiación materna de la menor a favor de la madre comitente y ordenó su inscripción como madre de la menor. En este mismo sentido, en la *SAP Islas Baleares, Secc. 4^a, 207/2021, de 27 de abril*, se reconoció

⁴⁹ Comunicación del Poder Judicial de 27 de marzo de 2025, “El Tribunal Supremo desestima una demanda de impugnación de filiación materna en un caso de gestación subrogada”. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-desestima-una-demanda-de-impugnacion-de-filiacion-materna-en-un-caso-de-gestacion-subrogada>; última consulta 28/03/2025).

la filiación materna del menor a favor de la madre intencional sin vínculo genético, afirmando que la relación materno-filial puede reconocerse en base a la situación de hecho y al interés superior del menor, aplicando por analogía la instrucción de 2010 de la DGRN⁵⁰.

Por ello, a pesar de que la legislación estatal niegue efectos a este tipo de contratos, los tribunales en ocasiones han realizado una interpretación de estos preceptos contra lo que ellos mismos establecen.

2.2.3. Nulidad del contrato de gestación subrogada ab initio

Estos contratos son nulos de pleno derecho ab initio, no se trata de una nulidad o invalidez sobrevenida. Así se prevé en el artículo 10 de la LTRHA.

En este mismo sentido, de forma general el artículo 1271 del CC establece que pueden ser objeto de contrato “*todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, y todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*”. Tanto el cuerpo humano como la filiación no se encuentran dentro del comercio de los hombres, por lo que un contrato que los comercialice constará de objeto ilícito y será nulo de pleno derecho, ya que el objeto lícito es uno de los componentes esenciales de los contratos.

Esta nulidad por tanto solo opera en territorio español, es decir, los contratos de gestación subrogada son nulos en España, y son constitutivos de delito si se realizan en territorio español. Fernández Muñiz considera que “*la reforma de la ley debería orientarse a lograr que la nulidad de los contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero*”⁵¹.

El fundamento constitucional y bioético para la nulidad de estos contratos se encuentra en la protección a la dignidad humana y a la indisponibilidad del cuerpo humano. El Comité de bioética de España muestra un claro rechazo a esta práctica, tal y como se puede observar en su informe de 2017, en el que recomienda que se mantenga la prohibición de estos contratos en España. Las razones por las que este Comité rechaza estas prácticas son variadas, pero se centra en las siguientes:

- Riesgo de mercantilización del cuerpo de la mujer.
- Impacto en la identidad del menor y su derecho a conocer sus orígenes.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Fernández Muñiz, P.I. “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”. *Dilemata*. Núm. 26, pp. 27-37. 2018.

- Posible vulnerabilidad y explotación de mujeres en situaciones precarias.

A pesar de que en el presente trabajo nos centramos en el derecho a la identidad de los niños nacidos mediante esta técnica y en la protección de los mismos, no podemos dejar atrás otro factor muy importante en estos contratos: la madre gestante. Con este tipo de prácticas, se trata al cuerpo de la mujer, y a su vientre más concretamente, como un objeto de contrato. Por ello, ha habido numerosas discusiones doctrinales (cita la doctrina) en las que se ha cuestionado ante qué tipo de contrato estaríamos, si de depósito, de compraventa, de préstamo... Esto vulnera de forma directa el cuerpo de la mujer, tratándolo como un instrumento para satisfacer los deseos de personas ajenas. Además, en este tipo de contratos se están obviando las implicaciones físicas y emocionales que supone un embarazo para una mujer, al igual que las complicaciones que pueden derivar de ello, estableciendo en numerosos casos además cláusulas que permiten la rescisión del contrato en caso de que el bebé no nazca sano. El Comité de bioética de España ha advertido que los contratos de gestación subrogada cosifican a la mujer, y la pone en una posición de subordinación respecto a los intereses de los contratantes. Por otro lado, las mujeres que aceptan ser gestantes en este tipo de contratos, en líneas generales, suelen hacerlo por encontrarse en un estado de necesidad económica, lo cual las convierte en víctimas de explotación, ya que si no existiese ese estado de necesidad probablemente no accederían a ello.

Esta nulidad ha dado pie a numerosos pronunciamientos de los tribunales españoles, los cuales optan por adoptar una postura rígida ante estos casos, denegando en la mayoría de casos la inscripción de las filiaciones de estos niños⁵² alegando que eso iría en contra del orden público del país. En la *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1626/2024, de 4 de diciembre*, en línea con su jurisprudencia, el Pleno del TS declara que no puede darse eficacia civil en España a resoluciones extranjeras que establezcan filiación derivada de un contrato de gestación subrogada, y reitera que el contrato entraña explotación de la mujer y daño al menor, violando su dignidad e integridad moral. El TS subraya que ni siquiera el interés superior del menor justifica el reconocimiento automático de esa filiación contractual, pues dicho interés no puede definirse en función del contrato ilegal de los padres de intención, y por ello mantiene la nulidad absoluta de la gestación

⁵² STS 277/2022 (31 marzo 2022) – *Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno)*, AAP Cádiz, Secc. 5.^a, Auto de 25 mayo 2023 – *Audiencia Provincial de Cádiz*, STS 835/2013 (6 febrero 2014) – *Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)*, y SAP Valencia, Secc. 10.^a, S 826/2011 (23 noviembre 2011) – *Audiencia Provincial de Valencia*.

subrogada en España y niega validez a cualquier efecto de las sentencias extranjeras que la reconozcan.

Atendiendo a todos estos motivos, es entendible que estos contratos sean nulos de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el legislador pretende proteger, no solo a los niños nacidos mediante esta técnica, sino también a las mujeres que se someten a estos procedimientos reproductivos. Además de prohibirlo en el territorio español, también se establecen medidas para establecer la filiación de los niños que nacen por estos medios, como la adopción o el reconocimiento de la filiación biológica del padre.

2.2.4. Reclamación de paternidad

Como ya hemos mencionado anteriormente, a pesar de los numerosos preceptos y principios que establecen la nulidad de estos contratos, nos seguimos encontrando con casos relativos a estas prácticas y con menores que precisan protección en este ámbito, ya que una vez que esos niños se encuentran en territorio español es responsabilidad del legislador garantizarle una situación legal estable y segura. Por ello el TEDH, ante esta situación, exigió a los estados el establecimiento de una vía de determinación de filiación de estos niños, ya que una vez llegan a España son víctimas de una inseguridad jurídica inevitable que necesita ser regulada para garantizarles una identidad filial.

En el tercer apartado del art. 10 LTRHA establece la posibilidad del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad del niño respecto del padre conforme a las reglas generales del ordenamiento jurídico español. Esta posibilidad se aplica en los casos de contratos de gestación subrogada llevados a cabo en el extranjero en los que el padre residente en España ha aportado su material genético. La forma de determinar la filiación de estos niños que prevé el ordenamiento jurídico español basándose en la jurisprudencia existente relativa a este asunto es:

- En primer lugar, la reclamación de paternidad del padre intencional que a su vez es padre biológico del niño (primer procedimiento).
- En segundo lugar, la posterior adopción del menor por parte del otro progenitor intencional, el cual no comparte vínculo genético alguno con el niño. Para esto es preciso el consentimiento del padre biológico en todo caso⁵³.

⁵³ En el caso de *A.M. c. Noruega* (Nº 30254/18) – 24/03/2022, TEDH (Sección – Sala), los padres comitentes se separaron antes de que se llevase a cabo la adopción por parte de la madre comitente. El padre biológico

Esta práctica ha sido una interpretación que han hecho los tribunales españoles para poner solución a este tipo de conflictos relativos a la filiación de los niños, intentando en todo caso proteger la identidad de los menores. El legislador ofrece esta solución no como un precepto cerrado que la posibilite, sino como una herramienta para que se lleve a cabo según el caso concreto y teniendo en cuenta el interés superior del menor, por eso el artículo habla de la “*acción de reclamación de paternidad*” como algo a lo que puede recurrir el padre biológico del niño y no como una norma expresa que lo posibilite en todos los casos.

Este método de determinación se fundamenta en la importancia que tiene la protección de los derechos de los menores tanto en un ámbito estatal como internacional, teniendo que tener en cuenta en todo momento el interés superior del niño por encima de lo que deseen los padres intencionales, ya que ser padre no se trata de un derecho sino más bien de una responsabilidad, por lo que prohibir este tipo de contratos o establecer limitaciones en la filiación de estos niños en ningún caso supone una vulneración de derechos de los padres intencionales que suscriben este tipo de contratos.

Esta medida de determinación es aplicada de forma reiterada por los tribunales españoles, tratando de dar solución a este problema de filiación existente en relación a estos niños. En el *AAP Barcelona, Secc. 18^a, de 12 de julio de 2023*, aprueba la adopción de la madre comitente, revocando la denegación de la misma del juzgado de 1^a instancia. Su razonamiento se basó en que constituir la adopción no contradice el orden público, sino que es la vía legal prevista para dar seguridad jurídica al menor nacido por subrogación, alineándose con la orientación del TS de 2022 (que propugnaba la adopción como solución). Se considera el interés superior del menor y se descarta que la adopción encubra una ilegalidad, puesto que se trata de regular una realidad ya existente de forma conforme a Derecho. Por otro lado, el TS en su *sentencia 277/2022 de 31 de marzo*, enfatiza que la vía adecuada para regular la situación del menor es la adopción por parte de la madre de intención.

no dio su consentimiento para la adopción, por lo que las autoridades noruegas denegaron la misma. El TEDH falló que no hubo violación del art. 8.

2.3. CONSIDERACIONES FINALES

Del análisis exhaustivo de la normativa, internacional y española, y jurisprudencia aplicable, deducimos conclusiones claras que avalan la vulneración del derecho a la identidad de estos niños.

La normativa internacional que analizamos establece la importancia de la protección de la identidad filial y personal de estos niños, ofreciendo criterios y mecanismos para salvaguardar los mismos. El TEDH no obliga a los estados a posicionarse de una forma u otra en lo que respecta a estos contratos, pero sí que exige que los estados proporcionen vías alternativas para garantizar la estabilidad y seguridad jurídica de los menores una vez llegan a sus países, en los que la gestación subrogada se encuentra prohibida. De esta forma se establecen criterios generales a todos los estados destinados a proteger a estos menores.

El derecho español por su lado establece de forma inequívoca la prohibición de estos contratos en la LTRHA. Esta prohibición tiene su fundamento en preceptos legales como el principio *mater Semper certa est*, que sirve como base para la forma de establecimiento de la filiación materna en España: la madre se determina por el parto. Por tanto, es entendible que el ordenamiento jurídico español no permita la inscripción de los certificados fraudulentos emitidos por países extranjeros en los que la madre comitente aparece como madre biológica. El legislador en todo caso pretende velar por la protección del orden público del país y por el interés superior del menor a la hora de establecer esta prohibición.

Es por ello que la jurisprudencia española ha establecido vías específicas para determinar esta filiación: reclamación de paternidad y posterior adopción del otro progenitor comitente.

El análisis normativo realizado nos sirve como base para analizar la Sentencia núm. 1141/2024, de 17 de septiembre, la cual supone el objeto del trabajo y supone un cambio en el tratamiento de estos casos en España.

3.- CAPITULO III. ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1141/2024, DE 17 DE SEPTIEMBRE.

3.1. SUPUESTO DE HECHO.

Tras el análisis de los preceptos de Derecho español que establecen la prohibición de los contratos de gestación subrogada y la jurisprudencia existente en referencia a estas prácticas, analizamos la sentencia objeto de este trabajo.

Esta sentencia trata un caso de gestación subrogada acontecido en Kiev aportando el material genético del padre intencional, del cual nació un niño que posteriormente fue trasladado a España. La filiación del menor se determinó con el reconocimiento de paternidad del padre intencional y la posterior adopción por parte de la madre intencional. Hasta aquí nos encontramos con el procedimiento normal que se lleva a cabo en este tipo de casos, pero son las actuaciones que siguen las que le dieron a este caso una relevancia jurídica que no tienen otros, ya que los padres solicitaron trasladar la inscripción de nacimiento desde el Registro Civil Central al Registro Civil de su domicilio en España, solicitando a su vez que se modificara la mención del lugar de nacimiento del menor, sustituyendo la ciudad extranjera (Kiev) por la localidad española del domicilio familiar (Barcelona). Tal y como afirma Pilar Jiménez Blanco, *la Sentencia no evidencia, sin embargo, el dato de la gestación subrogada, sino que se construye sobre la base de una aplicación analógica al caso de los arts. 16.3 y 20.1 LRC de 1957, previstos para supuestos de «adopciones internacionales»*⁵⁴. Este pronunciamiento por tanto no se enfoca en la determinación de filiación, sino en otro aspecto registral que no se había planteado anteriormente. Los únicos pronunciamientos existentes en materia registral sobre este tema trataban la inscripción de estos niños en el registro civil, negando esta inscripción si se basaba en un certificado de nacimiento falso que los nombraba padres biológicos sin serlo⁵⁵.

Además, solicitaron que en la nueva inscripción no constasen la gestación subrogada ni la adopción posterior. El encargado del Registro Civil Central accedió al traslado de inscripción, pero denegó el cambio de lugar de nacimiento. Los padres intencionales posteriormente interpusieron una demanda de oposición contra esta negativa registral, demanda que fue desestimada por el Juzgado de 1^a Instancia competente y posteriormente confirmada esta desestimación por la Audiencia Provincial de Barcelona. Para poner fin al procedimiento, los demandantes interpusieron recurso de casación ante el TS, el cual falló a favor de los demandantes, permitiendo el cambio de lugar de nacimiento del menor.

⁵⁴ Jiménez Blanco, P. “Gestación subrogada, adopción y mención registral del lugar de nacimiento. Comentario a la STS (civil) núm. 1141/2024 de 17 de septiembre de 2024”. *Revista de jurisprudencia de derecho internacional privado (RJDIPR)* (87). 2024.

⁵⁵ SAP Valencia 826/2011 (23 noviembre 2011) – Audiencia Provincial de Valencia; STS 835/2013 (6 febrero 2014) – Tribunal Supremo (Sala Civil); STS 277/2022 (31 marzo 2022) – Tribunal Supremo (Sala Civil); AAP Cádiz, Secc. 5.^a, Auto de 25 mayo 2023 – Audiencia Provincial de Cádiz.

Los motivos para desestimar esta solicitud eran numerosos, y atendían en su mayoría a la prohibición de la gestación subrogada en España y por tanto la imposibilidad de que se aplique una interpretación analógica de las normas de adopción. Sin embargo, el TS consideró que el caso podía interpretarse de forma analógica y no restrictiva por las normas de adopción internacional, lo cual sirvió para permitir este cambio de lugar de nacimiento.

En este capítulo analizaremos los argumentos que usó el Registro civil central, el Juzgado de primera instancia y la Audiencia provincial de Barcelona para desestimar esta solicitud, al igual que los argumentos del TS para estimar el cambio de lugar de nacimiento del niño en ultima instancia. Por otro lado, analizaremos la relevancia jurídica de esta sentencia y las consecuencias que la misma puede tener en el marco normativo español relativo a gestación subrogada.

3.2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DECISIÓN DEL TS

Tanto el Registro Civil Central, como el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial de Barcelona, mostraron una postura idéntica ante esta petición, y los argumentos para desestimarla fueron los que se expondrán a continuación.

El Registro Civil Central en su denegación a esta solicitud se basó en tres argumentos:

- La legislación vigente solo permitía tal modificación en casos de adopción internacional, según el entonces art. 16.3 de la Ley de Registro Civil de 1957 (introducido por la Ley 15/2005)⁵⁶.
- No consideraron que esta adopción tuviese carácter “internacional”, ya que el menor tenía nacionalidad española de origen (por su padre) y la adopción fue tramitada enteramente en España (adopción nacional).
- La adopción nacional no tiene prevista legalmente la alteración del lugar de nacimiento, esta posibilidad se regula solo en caso de adopciones internacionales como medida excepcional.

Estos argumentos fueron apoyados por los órganos jurisdiccionales a los que se recurrió posteriormente, aunque llevaron a cabo una argumentación más detallada.

⁵⁶ 3. En los casos de adopción internacional, el adoptante o los adoptantes de común acuerdo, pueden solicitar directamente en el Registro Civil de su domicilio que se extienda la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, así como la extensión en el folio que entonces corresponda, de una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos, la oportuna referencia al matrimonio de éstos y la constancia de su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado.

En primer lugar, se hizo alusión a la prohibición expresa del ordenamiento jurídico español a los contratos de gestación por sustitución. La normativa estatal de nuestro ordenamiento establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación subrogada, debido a que los mismos se consideran contrarios al orden público del país. La AP de Barcelona afirmó que “*cuando se declare nulo el contrato de gestación subrogada, la consecuencia lógica es que la filiación mediante gestación subrogada está prohibida por la ley y no puede tener ningún efecto en España*”⁵⁷. Además, tal y como estableció el TS en su sentencia pionera de 2014, reconocer en España una filiación constituida mediante gestación por sustitución atenta contra nuestro orden público, debiendo en su lugar articularse vías alternativas (paternidad biológica y adopción) para integrar al menor en la familia comitente⁵⁸. Teniendo esto en cuenta, consideramos que la sentencia que comentamos pueda estar relajando la postura que el TS lleva años adoptando frente a la gestación subrogada, ya que siempre se había posicionado con bastante dureza en contra de esta práctica.

En segundo lugar, se aborda la cuestión de si realmente nos encontramos ante una laguna legal, ya que esta norma prevé la modificación del lugar de nacimiento en casos de adopción internacional pero no menciona los casos de gestación subrogada, teniendo ambos algo en común según los demandantes: la falta de vinculación del menor y de sus padres intencionales con el país extranjero de nacimiento.

La principal objeción jurídica es el hecho de que no concurren los requisitos del art. 4.1 CC⁵⁹ para la aplicación analógica de la norma prevista solo para adopciones internacionales. Para la aplicación analógica de una norma se exige que haya una laguna legal, es decir, un caso que no se encuentre previsto por la ley de forma expresa, pero similar a otro que sí lo está, de forma que la norma se pueda extender al mismo. Sin embargo, esta norma se estableció deliberadamente, permitiendo esta modificación solo en casos de adopción internacional, y de forma excepcional, excluyendo otros supuestos. La gestación subrogada no es un supuesto no previsto, sino que es un supuesto previsto por la ley de forma prohibitiva, es decir, el ordenamiento jurídico se refiere a ello como una práctica nula de pleno derecho, por lo que sí que está prevista por la ley, lo cual

⁵⁷ Pretel Serrano, JJ, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024 de 17 de septiembre”, *Notarios y Registradores*, 2024.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2013.

⁵⁹ Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

excluye la integración analógica por mandato del propio art. 4 CC⁶⁰. La Audiencia en su desestimación afirmó que “*no nos hallamos en presencia de un supuesto no regulado, pues regulado lo está al haber establecido la prohibición... por lo que no podría hacerse aplicación de la analogía*”. Por tanto, el TS creó con esta sentencia una excepción *ultra legem*, aplicando a un supuesto ilícito una consecuencia favorable que no estaba contemplada por el legislador, lo cual vulnera nuestra normativa estatal.

Por otro lado, nos encontramos con el principio de veracidad registral, el cual exige que los datos registrados reflejen la realidad de los hechos. Nuestra legislación ofrece una excepción a este principio con la normativa de adopciones internacionales que permite la alteración del lugar de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero y adoptados por familias españolas. Esto se adopta como una medida excepcional para proteger al menor adoptado, por lo que fuera de estos supuestos, sigue rigiendo la veracidad. Los tribunales de instancia destacaron que la posibilidad de modificar este dato constituye “*una excepción al principio de fe pública registral*”, que por tanto ha de interpretarse restrictivamente⁶¹. En otras palabras, no cabe realizar una interpretación extensiva de este precepto en tanto en cuanto se trata de una excepción reservada a casos tasados. Además, consideramos que esto podría generar un precedente peligroso para el orden público y la seguridad del país, ya que incentivaría aún más a la gente a recurrir a estas prácticas en el extranjero sabiendo que posteriormente esto se podrá “blanquear” en España. Este argumento entronca con el principio general de que nadie debe beneficiarse de sus actos contrarios a la ley (*nemo auditur...*), y que los jueces no deben proporcionar *ex post* cobertura jurídica a lo que inició como un fraude a la ley española⁶². En resumen, esta decisión del TS debilita el respeto al orden público y supone un cambio de la doctrina que había adoptado el tribunal anteriormente.

Por último, hablamos del derecho fundamental que tienen los menores de conocer sus orígenes biológicos y familiares, como parte de su derecho a la identidad personal. Como hemos visto anteriormente en el análisis de la normativa estatal e internacional sobre estas prácticas, es un derecho que se encuentra recogido en numerosos textos legales, y que esta íntimamente ligado al interés superior del menor. La crítica señala que la decisión del TS, al permitir suprimir del nuevo registro todo rastro del origen real del menor (ni lugar de nacimiento verdadero, ni mención de la gestación subrogada o la madre

⁶⁰ Pretel Serrano, JJ, op. Cit.

⁶¹ Id.

⁶² Id.

gestante), podría interpretarse como una forma de “ficción legal” que encubre al propio menor la verdad de sus orígenes. Aunque la sentencia busca proteger la intimidad del menor (frente a terceros), podría a largo plazo dificultar su derecho a saber de dónde viene. La doctrina más garantista recuerda que el derecho del niño a conocer sus orígenes es inseparable de su interés superior y constituye la “piedra angular” que cuestiona determinadas prácticas como los vientres de alquiler⁶³.

Esta ocultación del lugar de nacimiento (Kiev), borra un dato significativo de la identidad filial del menor, a lo que Guillermo Iruegas se refiere como “piedra angular”, lo cual claramente vulnera el interés superior del menor. No obstante, cabe mencionar que la legislación de adopción internacional prevé mecanismos para que los adoptados, al cumplir la mayoría de edad, pueda acceder al expediente y conocer su inscripción original. Podemos interpretar esto como que el ordenamiento español realmente sí que le otorga importancia a que estas personas accedan a sus datos reales, por lo que bajo nuestro punto de vista resulta inadecuado que estos datos se les oculten a lo largo de su minoría de edad, que es el momento en el que se lleva a cabo el desarrollo psicológico y de personalidad de cualquier persona.

3.3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA DECISIÓN DEL TS

A pesar de todos los argumentos que ofrecieron el Registro Civil Central, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Barcelona, la Sala de lo Civil del TS falló en contra de todos ellos, permitiendo que este cambio de lugar de nacimiento se llevara a cabo. En este apartado analizaremos los argumentos que ofreció el TS para apoyar tal decisión.

En primer lugar, el TS alegó que la situación legal del menor se ajustaba en ese momento plenamente al ordenamiento jurídico español: la filiación paterna se había determinado por vía biológica⁶⁴, y la filiación materna se determinó por vía de adopción, siguiendo la vía legal que establecía el ordenamiento español en este tipo de casos. Por tanto, aunque el origen del menor fuese un contrato de gestación subrogada, en el momento de presentación de la demanda la situación legal del menor no era esa: se trataba de una adopción, por lo que el TS no consideró relevante el hecho de que ese niño fuese concebido por gestación subrogada. En palabras del TS, tanto la paternidad biológica

⁶³ Iruegas Prada, G. “El derecho a conocer sus orígenes: una manifestación del interés superior del menor”. *Revista Boliviana de Derecho*, n° 37, 2023, pp. 476-499.

⁶⁴ Paternidad por naturaleza, art. 120 CC.

como la adopción son modos de determinación de la filiación permitidos en nuestro ordenamiento y respetuosos con la dignidad del menor⁶⁵. Por tanto, ese momento inicial ilícito pasó a convertirse en una situación plenamente legal en España tras someterse a esta vía de reconocimiento de filiación. Apoyándose en esto, la Sala entiende que no se está dando un efecto civil a un contrato nulo, sino aplicando consecuencias jurídicas legítimas. El TS afirma que este caso es diferente a la situación que se analizó en 2014, ya que en ese momento se pretendía reconocer directamente en España la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada, lo cual se denegó alegando que iba en contra del orden público. Sin embargo, en este caso la filiación ya se encuentra determinada, y según el TS, “*aunque en el origen haya habido una gestación subrogada, ello no impide que la realidad actual sea otra, plenamente válida*”⁶⁶. Por ello, el TS considera que permitir que se realice el cambio que solicitan los demandantes no supone la validación del contrato de gestación subrogada, sino proteger al menor en su situación familiar ya regularizada conforme a la ley española. Esta idea es la que utiliza el TS para justificar que no está quebrantando su propia doctrina previa, ya que sigue sin permitir el reconocimiento de filiación directamente de un contrato de gestación subrogada.

Una vez identificada la situación del menor como un niño nacido en el extranjero y adoptado por una española, el TS considera que el caso presenta una laguna legal en la Ley del registro Civil de 1957, ya que esta prevé expresamente la posibilidad de cambiar la mención del lugar de nacimiento cuando se trata de adopciones internacionales⁶⁷, pero no mencionaba ninguna situación similar. La Sala considera que concurren en este caso circunstancias equiparables a las de una adopción internacional:

- El menor nació en un país remoto (Ucrania).
- Ha sido adoptado en territorio español por una pareja de españoles.
- El hecho de mantener ese lugar de nacimiento en su registro revelaría el carácter adoptivo de su filiación y el resto de las circunstancias de su origen.

Sin embargo, la ley no prevé esta situación en concreto, ya que el menor tenía nacionalidad española por filiación paterna en el momento de la adopción, y la adopción se produjo en España. Por tanto, el TS considera que nos encontramos ante una laguna legal, ya que el legislador tenía como objetivo proteger la intimidad del adoptado en casos de adopción internacional, pero no previó otros escenarios donde también pudiera ser

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024.

⁶⁶ Id.

⁶⁷ Arts. 16.3 y 20.1º LRC/1957.

pertinente (como en este caso). Recordando su propia doctrina, el TS afirma que no se requiere ausencia absoluta de norma, sino “defecto o insuficiencia” de la misma para un caso concreto, y se basa en consideraciones de semejanza en la *ratio legis*⁶⁸. Concluye que la razón de la norma es válida en este caso, ya que se basa en proteger la intimidad del menor adoptado, evitando revelar orígenes potencialmente traumáticos o estigmatizantes, y afirma que existe una “similitud jurídica esencial” entre ambos supuestos, por lo que procede a colmar la laguna normativa extendiendo la previsión de los arts. 16.3 y 20.1 LRC/1957 al caso concreto.

El eje principal de la argumentación del TS es la protección de la intimidad del menor respecto de las circunstancias de su nacimiento y filiación. Los datos relativos al origen biológico de un niño se considera información sensible y privada, siendo parte del derecho fundamental a la intimidad que se regula en el art. 18.1 CE. Si bien estos datos están dentro de esta esfera del derecho a la intimidad, consideramos que forman parte, o deberían formar parte, del derecho a la intimidad de esos niños, no de sus padres. Es decir, los niños nacidos a través de estas técnicas (adopción o gestación subrogada) deberían ser los que decidan cómo tratar o qué hacer con dichos datos, no debe ser competencia de los padres la posible ocultación de los mismos. Tal y como apoya el TS, estos datos son sensibles y privados, por lo que corresponde a estos niños estar en poder de ellos y decidir qué hacen con dicha información.

La normativa registral y el TS no mantienen esta opinión, y afirma que el art. 21.1 del Reglamento del Registro Civil vigente en 1958 disponía que no se dará publicidad, sin autorización especial, a la filiación adoptiva “*o a las circunstancias que descubran tal carácter*”. Además, los artículos 77 y 307 del Reglamento del Registro Civil permiten que en las nuevas inscripciones de nacimiento por adopción se omitan los datos de la filiación original si así lo solicitan los adoptantes, consignando solo los de los padres adoptivos. Toda esta normativa va dirigida a preservar su vida privada y evitar que terceros puedan conocer fácilmente su origen biológico. Supuestamente el fin de esto es que sea él quien, llegado el momento, decida qué hacer con esta información. Si bien este es el objetivo de la norma, consideramos que el mecanismo no puede ser eliminar estos datos del registro y establecer un lugar de nacimiento falso, ya que en ese caso será decisión de los padres si comunicarle al niño su verdadero origen o no. La sentencia señala que en el DNI o pasaporte del menor conste un lugar de nacimiento tan inusual

⁶⁸ Pretel Serrano, JJ, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024 de 17 de septiembre”, *Notarios y Registradores*, 2024.

respecto del domicilio de sus padres “*revelaría... circunstancias relativas a su origen especialmente sensibles (en concreto, haber sido engendrado por gestación por sustitución)*”⁶⁹, vulnerando su derecho a la intimidad.

La Sala además reafirma su argumentación señalando el alineamiento que tiene la misma con la jurisprudencia del TEDH. Desde 2014⁷⁰ este tribunal exige a los Estados garantizar el derecho a la identidad del niño nacido por gestación subrogada en el extranjero, lo cual implica establecer vías para su reconocimiento de filiación en el país de residencia. Por tanto, el TS cumple con esas directrices y además aplica una protección adicional (bajo su parecer) que refuerza la esfera privada del menor (la modificación de su lugar de nacimiento), algo que el TS considera que en ningún caso va en contra de lo establecido por el CEDH.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 28/2024, insistió en que cuando está en juego “*la construcción de la identidad del menor y la protección de los lazos familiares creados*” es exigible una motivación reforzada por parte de los tribunales, dándole una especial relevancia al interés superior del menor⁷¹.

En conclusión, la decisión del TS se basa en los siguientes argumentos: a) tras el establecimiento de la filiación, no nos encontramos ante un caso prohibido por la ley, sino ante una filiación completamente legal, b) existe una laguna legal en la ley registral, c) la medida solicitada busca salvaguardar un derecho fundamental del menor – su intimidad personal y familiar – evitando la divulgación de estos datos que la Sala considera “sensibles”, y d) la decisión va en concordancia con la doctrina previa del TS, además de con el TEDH y el TC.

3.4. RELEVANCIA JURÍDICA Y SOCIAL DE LA SENTENCIA.

Tal y como hemos podido observar a lo largo del presente trabajo, el TS ha centrado sus pronunciamientos en cuanto a la gestación subrogada alrededor de la determinación de filiación de los menores, ofreciendo un mecanismo para que esta se pueda llevar a cabo y proteger al menor de una posible situación de vulnerabilidad o inseguridad jurídica.

El TS siempre se ha mostrado en contra de esta práctica, y ha adoptado una postura dura con respecto a este tipo de reproducción asistida, pretendiendo con sus pronunciamientos proteger a los menores nacidos por estas prácticas sin asumir la

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024.

⁷⁰ Casos *Mennesson y Labassee* contra Francia.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 28/2024, de 27 de febrero de 2024.

legalidad de las mismas. Tal y como afirma Ana María Arroyo Moreno, “*aunque no cambia la prohibición nacional, esta decisión refleja una interpretación más flexible del Tribunal Supremo y subraya la necesidad de establecer un marco legislativo claro para regular la gestación subrogada*”⁷². Este fallo nos muestra una mayor flexibilidad de interpretación por parte del TS, permitiendo que una práctica prohibida en nuestro ordenamiento pueda generar efectos civiles beneficiosos para los padres comitentes. Por otro lado, el TS abre la puerta a este tipo de solicitudes, e impulsa a las familias creadas por estos métodos a recurrir a estas vías para adoptar este cambio que permite la Sala. Bajo nuestro punto de vista, la equiparación de la adopción y la gestación subrogada supone una clara vulneración de la normativa de nuestro país, ya que estamos ante una práctica legalizada y regulada, y otra expresamente prohibida en nuestro ordenamiento. A pesar de que se habían llevado a cabo los mecanismos para determinar la filiación en España del menor, eso no debería suponer que su situación parte de un supuesto legal como es la adopción.

La “*posibilidad de flexibilización*” que deducimos de este pronunciamiento podría quedarse en eso, una mera posibilidad, ya que, en este mes de marzo de 2025, la Sala ha desestimado una demanda de impugnación de filiación materna en un caso de gestación subrogada. En línea con numerosas sentencias que ha dictado previamente, señala que el interés del menor no puede confundirse con el interés del padre comitente, y que la práctica objeto del litigio es contraria al orden público del país⁷³. Esta sentencia tan reciente, y posterior al pronunciamiento objeto de estudio, puede resultar esperanzador, ya que supondría que el TS continúa manteniendo la postura que venía aplicando desde años atrás.

Es la primera vez que nos encontramos ante un fallo del TS relativo a la gestación subrogada que no es puramente civil. Aunque hemos podido ver consecuencias laborales o fiscales derivadas de la gestación subrogada, las sentencias del TS siempre han sido de carácter civil, relativas a la determinación de la filiación de los niños. Al estar este supuesto prohibido expresamente en nuestro ordenamiento, el TS únicamente ha de

⁷² Arroyo Moreno, A.M. Gestación subrogada y Registro civil: impacto de la Sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024, de 17 de septiembre, sobre la modificación del lugar de nacimiento (1). *Actualidad Civil*, nº 2. 2025.

⁷³ Comunicación del Poder Judicial de 27 de marzo de 2025, “El Tribunal Supremo desestima una demanda de impugnación de filiación materna en un caso de gestación subrogada”. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-desestima-una-demanda-de-impugnacion-de-filiacion-materna-en-un-caso-de-gestacion-subrogada>; última consulta 28/03/2025).

preocuparse por solucionar esta inseguridad jurídica que puede tener el menor una vez en España. Una vez determinada su filiación, el niño goza de protección y seguridad en territorio español. Esto no significa que el menor haya sido concebido mediante prácticas permitidas, por lo que resulta poco lógico que a las familias creadas por estas técnicas se les apliquen de forma analógica las consecuencias jurídicas previstas para una práctica permitida por la normativa española.

El derecho a la identidad que venimos analizando en este trabajo conlleva una esfera mucho más amplia que el nombre y apellidos, incluye sus orígenes, y el conocimiento de ellos en cualquier momento de su vida. Con esta decisión la Sala deja en manos de sus padres esta información, suponiendo que los mismos van a actuar de forma diligente, pero, si los padres quieren eliminar cualquier rastro que muestre que su hijo nació mediante gestación subrogada, ¿qué nos asegura que éstos van a transmitirle esta información de forma voluntaria a sus hijos cuando cumplan la mayoría de edad?

Consideramos que algo tan importante como el conocimiento de sus orígenes no debe dejarse en manos de terceros, por mucho que estos terceros sean los padres. Los datos del nacimiento corresponden a la esfera personal del niño nacido por estas técnicas, y no sirve de nada que se le reconozca el derecho de acceder a estos datos si se va a permitir que los mismos se le oculten hasta que cumpla la mayoría de edad o hasta que sus padres comitentes consideren. Dolores Palacios, hablando sobre adopción, afirma que “*será necesaria una investigación en sentido propio, cuando la filiación biológica no conste en el Registro, lo que puede ocurrir en relación con la madre y centrándonos en la adopción nacional si el niño ha sido abandonado o si, de acuerdo con el sistema que en su día rigió en España, hubiera ocultado su maternidad extramatrimonial*”⁷⁴. En ese mismo estudio, la autora defiende que “*de poco sirve el reconocimiento de un derecho cuando el titular no tiene posibilidad de hacerlo efectivo. El derecho a conocer los orígenes biológicos ha de suponer, por tanto, la facultad de obligar a los organismos administrativos a entregar la documentación que obre en su poder y que afecte al origen biológico de los interesados*”⁷⁵. Esto se puede entender a su vez con la gestación subrogada, ya que los sujetos de ambas técnicas tienen algo en común: el posible desconocimiento de sus orígenes. Junto a todos estos retos específicos de la paternidad encontramos que una de las tareas adicionales más importantes será hablar al niño sobre su adopción, comunicarse

⁷⁴ Palacios González, D. “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”. *Revista de derecho civil*. Vol. IV, núm. 3. 2017.

⁷⁵ Id.

con él en torno a las cuestiones adoptivas y acompañarlo en el proceso de duelo por la pérdida de sus referentes biológicos; tarea que durante mucho tiempo se ha denominado revelación y que actualmente empieza a ser considerada de un modo más amplio bajo el nombre de comunicación sobre los orígenes⁷⁶.

La equiparación que hace el TS en esta sentencia de la gestación subrogada y la adopción puede ser el precedente de una mayor tolerancia de esta práctica en España, sirviendo como transición a una nueva realidad que quizá permita estas técnicas en territorio español.

En conclusión, esta sentencia tiene una gran relevancia tanto en el ámbito jurídico como en el ámbito social. En cuanto al ámbito jurídico supone un pronunciamiento novedoso en cuanto al fondo, una nueva forma de interpretación del TS mucho más flexible, dejando abierta la puerta a que el tratamiento de estas cuestiones se flexibilice jurídicamente. Por otro lado, en el ámbito social, nos preocupa la vulneración del derecho a la identidad que puede suponer esta decisión, pudiendo afectar esta ocultación al desarrollo de la personalidad de estos niños en su edad adulta.

3.5. CONSIDERACIONES FINALES

Tras el análisis crítico de esta sentencia, resulta esencial resaltar sus aspectos más controvertidos y las consecuencias que se derivan de la misma.

El TS fundamenta su decisión en una interpretación analógica de las normas de adopción internacional aplicadas al caso controvertido: un contrato de gestación subrogada acontecido en Kiev, Ucrania, permitiendo la modificación registral del lugar de nacimiento del niño a Barcelona.

Esta interpretación resulta cuestionable desde el punto de vista jurídico, ya que ofrece el mismo tratamiento a dos prácticas de las cuales una de ellas se encuentra regulada en nuestro ordenamiento y la otra se encuentra expresamente prohibida por el mismo. Esto genera inseguridad jurídica y vulnera los derechos del menor involucrado.

El TS con su pronunciamiento pretende facilitar la integración del menor en la esfera familiar, protegiendo así el interés superior del menor. A pesar de ello, la solución aplicada resulta inapropiada por el potencial daño que se puede generar a la identidad filial del menor.

⁷⁶ Berástegui Pedro Viejo, A y Gómez Bengoechea, B. “Esta es tu historia: identidad y comunicación sobre los orígenes en adopción”. *Universidad Pontificia de Comillas*. 2007.

A nuestro parecer, esta sentencia podría incentivar a prácticas que, aunque sean ilegales en España, se puedan percibir ahora más “viables” o “fácilmente subsanables” por la vía judicial, pudiendo aumentar así el número de casos de vulneración de los derechos de los menores y del orden público del país.

4.- CAPITULO IV. CONCLUSIONES.

Como resultado final de este estudio, podemos señalar con claridad y precisión las siguientes conclusiones fundamentales.

El derecho a la identidad, más allá de una esfera meramente registral, resulta esencial en el ámbito jurídico y personal. Este derecho se encuentra reconocido y protegido en textos legales internacionales como el CEDH o la CNUD, así como en la CE, al estar estrechamente vinculado con la dignidad humana y el desarrollo personal y psicológico de la persona.

En España la gestación subrogada genera una situación de tensión entre la prohibición expresa de la misma por parte del legislador y la realidad social creciente de parejas españolas que acuden a países extranjeros para llevarla a cabo. Este “turismo procreativo” del que habla Hernández Rodríguez está generando una situación jurídica en la que los menores se ven envueltos en una posición vulnerable y en una situación de inseguridad jurídica.

El análisis formal de la sentencia objeto del trabajo nos permite concluir que, aunque el TS busque garantizar una mayor integración social y familiar del menor, la solución que ofrece resulta jurídicamente inadecuada, ya que aplica de manera analógica las normas de adopción internacional a una práctica prohibida en España. Esta interpretación nos resulta cuestionable, ya que equipara situaciones jurídicas que nada tienen que ver, generando un precedente que podría dificultar aún más el acceso de los menores nacidos por gestación subrogada a la verdad sobre sus orígenes biológicos. Desde un punto de vista ético, este pronunciamiento podría causar graves perjuicios, aumentando la percepción social de que, a pesar de estar la gestación subrogada prohibida en España, existen “atajos jurídicos” para regularizar y blanquear esta práctica una vez en España. Esto, a nuestro parecer, promueve aún más el turismo reproductivo hacia países donde la esta técnica se encuentra regulada y permitida. A nuestro parecer, la intervención de los tribunales en estos casos debería limitarse a la determinación de filiación de estos menores, para ofrecerles una estabilidad legal en España, pero en ningún caso deberían ir

más allá y ofrecer consecuencias beneficiosas a las parejas que llevan a cabo este tipo de prácticas en el extranjero.

Finalmente, concluimos con que resulta necesario un enfoque más rígido frente a estos casos. La determinación de filiación en ningún caso se estableció como un mecanismo de legalización de estos contratos, sino como una herramienta para garantizar la protección de los niños que son objeto de los mismos. Esta vía tiene como fin ofrecer seguridad jurídica y estabilidad legal a estos niños una vez se encuentran en territorio español, por lo que no tiene sentido que se utilice como excusa para ofrecer beneficios a estas familias que fomentan la ocultación de información y la vulneración de derechos de los niños nacidos por estas técnicas. Por tanto, se debería procurar no caer en la flexibilidad en la que cae el TS en su pronunciamiento, ya que eso podría conllevar la incitación a la realización de estas prácticas. Con estas actuaciones se sigue fomentando la realización fraudulenta de estos contratos en el extranjero, lo cual va en contra del orden público español, y es competencia de los órganos judiciales españoles aplicar la norma de forma estricta para evitar estas actuaciones fraudulentas.

BIBLIOGRAFÍA

- LEGISLACIÓN ESTATAL

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006). Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889). Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

Ley Orgánica 1/1978, de 27 de diciembre, por la que se aprueba la Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978). Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/l/1957/06/08/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/l/1957/06/08/(1)/con)

Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos, de 15 de enero de 2020.

Reglamento de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 1993, RJ 1993\3243.

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.

Recomendación núm. 2156 del Consejo de Europa, de 14 de octubre de 2019. “Anonymous donation of sperm and oocytes: Balancing the rights of parents, donors and children”.

- LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE 31 de diciembre de 1990). Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/(1))

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE 10 de octubre de 1979). Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/(1))

- JURISPRUDENCIA

• TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024.
ECLI:ES:TS:2024:4370.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1626/2024, de 4 de diciembre.
ECLI:ES:TS:2024:5879.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5879/2024, de 4 de diciembre.
ECLI:ES:TS:2024:5879

Auto del Tribunal Supremo núm. 13228/2024, de 30 de octubre.
ECLI:ES:TS:2024:13228A.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2013.
ECLI:ES:TS:2014:247.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2022, de 31 de marzo de 2022.
ECLI:ES:TS:2022:1153.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 881/2016, de 25 de octubre de 2016.
ECLI:ES:TS:2016:5375

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 992/2016, de 16 de noviembre de 2016.
ECLI:ES:TS:2016:5283

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1681/2023, de 4 de diciembre de 2023.
ECLI:ES:TS:2024:5879

Comunicación del Poder Judicial de 27 de marzo de 2025, “El Tribunal Supremo desestima una demanda de impugnación de filiación materna en un caso de gestación subrogada”. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias->

[Judiciales/El-Tribunal-Supremo-desestima-una-demanda-de-impugnacion-de-filiacion-materna-en-un-caso-de-gestacion-subrogada](#); última consulta 28/03/2025).

- **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Paradiso y Campanelli c. Italia* (Solicitud núm. 25358/12). Sentencia de 24 de enero de 2017.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Labassee c. Francia* (Requête no 65941/11). Sentencia de 26 de junio de 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Mennesson c. Francia* (Solicitud núm. 65192/11). Sentencia de 26 de junio de 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Opinión consultiva P16-2018-001 sobre la gestación subrogada y el reconocimiento de la filiación*. Sentencia de 10 de abril de 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Foulon y Bouvet c. Francia* (Solicitud num. 9063/14). Sentencia de 21 de julio de 2016.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Laborie c. Francia* (Solicitud núm. 44024/13). Sentencia de 19 de enero de 2017.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *A.L. c. Francia* (Solicitud núm. 13344/20). Sentencia de 7 de abril de 2022.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia* (Solicitud núm. 71552/17). Sentencia de 18 de mayo de 2021.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *S.-H. c. Polonia* (Solicitudes núms. 56846/15 y 56849/15). Decisión de inadmisibilidad de 16 de noviembre de 2021.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *C. y E. c. Francia* (Solicitudes núms. 1462/18 y 17348/18). Decisión de inadmisibilidad de 19 de noviembre de 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *D. c. Francia* (Solicitud núm. 11288/18). Sentencia de 16 de julio de 2020.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *K.K. y otros c. Dinamarca* (Solicitud núm. 25212/21). Sentencia de 6 de diciembre de 2022.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *A.M. c. Noruega* (Solicitud núm. 30254/18). Sentencia de 24 de marzo de 2022.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *C. c. Italia* (Solicitud núm. 47196/21). Sentencia de 31 de agosto de 2023.

- **OTROS ÓRGANOS**

Audiencia Provincial de Barcelona 618/2019, de 28 de noviembre de 2019.
ECLI:ES:APB:2019:14112.

Audiencia Provincial de Barcelona 524/2019, de 26 de septiembre de 2019.
ECLI:ES:APB:2019:11563

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 94/2001 (Sección 1^a) de 29 de marzo. ECLI:ES:APCC:2001:281.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Secc. 10^a, núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011. ECLI:ES:APV:2011:5738.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 22^a, núm. 947/2020, de 1 de diciembre de 2020. ECLI:ES:APM:2020:14547.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Secc. 4^a, núm. 207/2021, de 27 de abril de 2021. ECLI:ES:APIB:2021:660

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 18^a, de 12 de julio de 2023.
ECLI:ES:APB:2023:5991A.

Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Secc. 5^a, de 25 de mayo de 2023.
ECLI:ES:APCA:2023:5364.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 28/2024, de 27 de febrero de 2024.
ECLI:ES:TC:2024:28

- **DOCTRINA**

Adroher Biosca, M. S., & Berástegui Pedro-Viejo, A. “La adopción internacional. Una nueva migración”. *Revista Migraciones*, 8, 251-284. 2000.

Álvarez Plaza, C. “La diversidad familiar y la divulgación de los orígenes genéticos a los niños nacidos a partir de donantes y/o gestación subrogada”. *IMPertinente*, 2 (1), 17-43. 2014.

Alba Ferré, E. “La defensa de la verdad biológica en la reproducción asistida”. *Revista de Derecho Civil*, 11(3), 243-291, 2024.

Arroyo Moreno, A.M. Gestación subrogada y Registro civil: impacto de la Sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024, de 17 de septiembre, sobre la modificación del lugar de nacimiento (1). *Actualidad Civil*, nº 2. 2025.

Baden, A.L, Shadel, D, Morgan, R, White, E.E, Harrington, E.S, Christian, N, y Bates, T.A. “Delaying Adoption Disclosure: A Survey of Late Discovery Adoptees”. *Journal of Family Issues*. Vol. 40(9). Pp. 1154–1180. 2019.

Benavente Moreda, P. “La necesidad de regular la gestación subrogada: relevancia del contrato de gestación por sustitución entre la persona gestante y los padres de intención para la protección de los intereses en juego”. En M. J. Cabezudo Bajo (Coord.), *Distintos enfoques de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida* (pp. 21-79). Dykinson. 2023.

Berástegui Pedro Viejo, A y Gómez Bengoechea, B. “Esta es tu historia: identidad y comunicación sobre los orígenes en adopción”. *Universidad Pontificia de Comillas*. 2007.

Blasco Gascó, F., “La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, no 2, 1991.

Castillo Aguirre, D. *¿Quién soy?: reflexiones sobre el derecho humano a la identidad de los niños y niñas adoptados. Derechos humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*. (Dykinson eBook), 1337-1354, 2020.

Fernández Muñiz, P.I. “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”. *Dilemata*. Núm. 26, pp. 27-37. 2018.

Gallant, E. “Gestación por sustitución en el extranjero y exequáтур: el Tribunal de Casación Francés marca la pauta”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 17, núm. 1, pp. 407-419. 2025.

Gómez Bengoechea, B. “Derecho a la identidad y filiación: un estudio de Derecho internacional privado y Derecho comparado”. *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho*, (68), 265-268. 2006.

Gómez Bengoechea, B. “El derecho a la identidad filial o biológica en el Ordenamiento Jurídico Español”. *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho*, (72), 259-298. 2007.

Godoy Domínguez, L.A. “La posición del TEDH en materia de gestación subrogada” en Lasarte Álvarez, C (Ed.) *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*. Dykinson. Pp 83-105. 2021.

Golombok, S. et. al. “A longitudinal study of families forms through third-party assisted reproduction: Mother-child relationships and child adjustment from infancy to adulthood”. *Developmental Psychology*. 2023.

Ilio, E, Blake, L, Jadva, V, Roman, G, y Golombok, S. “The role of age of disclosure of biological origins in the psychological wellbeing of adolescents conceived by reproductive donation: a longitudinal study from age 1 to age 14”. *The journal of child psychology and psychiatry*. 2019.

Iruegas Prada, G. “El derecho a conocer sus orígenes: una manifestación del interés superior del menor”. *Revista Boliviana de Derecho*, n° 37, pp. 476-499. 2023.

Jiménez Blanco, P. “Gestación subrogada, adopción y mención registral del lugar de nacimiento. Comentario a la STS (civil) núm. 1141/2024 de 17 de septiembre de 2024”. *Revista de jurisprudencia de derecho internacional privado (RJDIPR)* (87). 2024.

Palacios González, D. “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”. *Revista de derecho civil*. Vol. IV, núm. 3. 2017.

Perez Monge, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Centro de Estudios Registrales*, Madrid 2002.

Pretel Serrano, JJ, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024 de 17 de septiembre”, *Notarios y Registradores*, 2024.

Rivero Hernández, F. “¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español”. *Anuario de Derecho Civil*, 5-96. 1997.

Sahis, E. “Los pediatras instan a situar al menor en el centro del debate sobre el anonimato en la donación de gametos”. *Asociación Española de Pediatría (AEP)*, 30 de enero de 2025.

Sancho Rebullida, F. y otros, “Elementos de Derecho Civil IV”. *Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1997.

Schooler, J. “Telling the Truth to Your Adopted or Foster Child: Helping Your Child Come to a Strength-Based Understanding of His or Her Life Story”. *Adoption Advocate No. 137*. 2019.

Zouak Lara, P. “La filiación de menores nacidos por gestación por sustitución: situación actual en España y perspectivas de futuro”. *Revista de Derecho Civil*. Vol. XI, núm. 3. Pp. 243-291. 2024.