

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO NACIDO DE UNA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL
SUPREMO (*¹)**

*The protection of the rights of children born from surrogacy in light of the case law
of the European Court of Human Rights and the Supreme Court*

CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO

cristina.guilarte@uva.es

Catedrática de Derecho civil

Universidad de Valladolid

Fecha de envío: 4 de noviembre de 2025

Cómo citar / Citation

Guilarte Martín-Calero, C. (2025).

La protección de los derechos del niño nacido de una gestación por sustitución
a la luz de la jurisprudencia del TEDH.

Cuadernos de Derecho Privado, 13, pp. 43-86

DOI : <https://doi.org/10.62158/cdp.85>

(Recepción: 04/11/2025; aceptación: 29/12/2025; publicación: 31/12/2025)

Resumen

El presente estudio analiza cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo garantiza el ejercicio de los derechos de los niños en contextos de gestación por sustitución y se concluye su adecuación al marco normativo internacional y a las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave

Adopción, gestación por sustitución, derechos de los niños, vida privada y familiar, orden público español, tutela y guarda.

Abstract

This study analyses how the jurisprudence of the Supreme Court guarantees the exercise of children's rights in contexts of surrogacy and concludes that it is in line with the international regulatory framework and the requirements of the European Court of Human Rights.

Keywords

Adoption, surrogacy, children's rights, private and family life, Spanish public order, guardianship and care.

(*) El presente trabajo se enmarca en el proyecto PID2024-161427NB-100 "La edad como factor de protección y como factor de discriminación", financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS II. EL MARCO LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA PROHIBICIÓN III. LA POSICIÓN DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA UNIÓN EUROPEA IV. EL CONSEJO DE EUROPA: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU CONFORMIDAD CON LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. V.1. La vulneración del orden público español. V.2. Aplicación de la ley española en materia de filiación. V.3. La protección del interés del niño desde un enfoque de derechos. V.4. La adopción como vía adecuada para el establecimiento de la filiación del niño con su madre o padre de intención. VI. CONCLUSIONES. *Bibliografía*.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Cuando se analiza la gestación por sustitución desde un punto de vista ético y jurídico dos cuestiones deben plantearse²; en primer lugar, si debe aceptarse o prohibirse esta práctica de reproducción humana asistida, examinando los derechos, principios y valores que, con su aceptación o prohibición, pretenden garantizarse, y en segundo lugar, de aceptarse la prohibición, qué solución debe adoptarse para establecer la filiación de los niños nacidos en aquellos países en los que esta práctica es legal y a los que acuden los nacionales de los países que la prohíben³, dando lugar a un fenómeno internacional conocido como turismo reproductivo⁴.

Este trabajo no se va a ocupar de estudiar si debe o no aceptarse esta práctica reproductiva y de aceptarse, cómo debe regularse, cuestión ya tratada en numerosos estudios⁵, sino que, efectivamente, se partirá de la opción del legislador español, plasmada

² Se ha optado por la denominación gestación por sustitución porque es la denominación legal y porque, además, resulta más acorde con la finalidad actual de la práctica en la que, mayoritariamente, la mujer gestante es ajena al embrión implantado y se limita a gestar (subrogación gestacional frente a la subrogación tradicional en la que la mujer gestante aporta su propio ovulo); se abre paso la denominación *gestación para otros*, *gestar para otros* que, de forma muy gráfica, desvincula la gestación de la maternidad o, en su caso, del proyecto parental; vid. Salazar Benítez (2018), Bellver Capella/Romero - Wenz (2025). Sobre la cuestión terminológica y su carga valorativa, puede verse el Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (2017).

³ Si se trata de una gestación por sustitución pactada entre un nacional de un Estado que lo prohíbe y un nacional del Estado que la permite.

⁴ Vid. por todos, Fulchiron (2014: 563-588).

⁵ Vid. Serrano Ochoa (2024); Cabezudo Bajo (2023); Estellés Peralta, (2023); Romero García-Aranda (2023); Múrtula Lafuente (2022); Correa da Silva (2021); Jorqui Azofra (2020); Lucas Esteve (2019); Salazar Benítez (2018); García Rubio/Herrero Oviedo (2018); Arechederra Aranzadi (2018); Marrades Puig (2017). Esta cuestión también se trata en importantes informes nacionales e internacionales como el

expresamente, y de forma clara y rotunda, en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) y, en consecuencia, se estudiará si el marco legal y la jurisprudencia civil permiten determinar la filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución y si la fórmula utilizada respeta el marco internacional y regional de los derechos humanos. Naturalmente, al hilo de este análisis, se harán referencias obligadas a aquellos aspectos, pero sin que ello constituya el objeto del trabajo que lo que pretende es desvincular la garantía de los derechos de los niños nacidos de una gestación por sustitución, que incumbe al Estado español, de la práctica prohibida que se encuentra en su origen y cuya validez y reconocimiento se esgrime por algunos como única forma de garantizar los derechos en liza.

II. EL MARCO LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA PROHIBICIÓN⁶

En España, desde la primera regulación recogida en Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida (en adelante, LTRA), existe una reglamentación clara que, expresamente, prohíbe la gestación por sustitución y que hoy se recoge en los mismos términos en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que constituye el marco normativo sobre la materia y que, a pesar de haber sido reformada, en algunos aspectos, en varias ocasiones⁷, mantiene

Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (2017: 65-87), los Informes de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A/HRC/37/60; A/74/182) y el reciente informe de la Relatora especial, Reem Alsalem, sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y sus consecuencias (A/80/158).

⁶ Algunos autores han negado el carácter prohibido de esta práctica, atendida la falta de disposición sancionadora aparejada a su realización y la posibilidad de determinar la paternidad biológica del comitente (Atienza Rodríguez, 2008: 4-9); Heredia Cervantes (2014: 200-201). Aquí se defiende su carácter prohibido, pues, a nuestro juicio, sí existe disposición sancionadora al respecto (art. 221 CP) y la posibilidad de determinar la filiación se conecta a la generación biológica y a los derechos del niño y no a la gestación por sustitución; además la sanción de nulidad radical del contrato de gestación legalmente prevista constituye la sanción civil a los actos realizados infringiendo una norma prohibitiva (art.6.3 CC). En esta misma línea puede verse la Exposición de Motivos de Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁷ Esta Ley, que deroga la ley 35/1988 citada y la ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, ha sido reformada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas que extiende la previsión destinada a los matrimonios heterosexuales al matrimonio celebrado entre dos mujeres (art.7.3. LTRHA); igualmente, por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que deroga la DA 2ª y modifica el Anexo A).2. Por su parte, la Ley 26/11, de 1 de agosto, de adaptación

inalterado el texto originario del artículo 10 LTRA que expresamente establecía que *el contrato, a título oneroso o gratuito, por el que una mujer renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, es nulo de pleno derecho*.

Tras afirmar que el contrato por el cual una mujer renuncia a la filiación materna a favor del comanditario o de un tercero, es nulo de pleno derecho (art. 10.1º), el artículo 10.2º dispone que, si a pesar de la prohibición legal, una gestación por sustitución fuera llevada a cabo, la filiación materna de los hijos estará determinada por el parto (nº2), pues en esta ley, tal y como se aduce en la Exposición de Motivos, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango por la estrecha relación psico-física con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo, y la filiación paterna podrá reclamarse por el padre biológico, conforme a las reglas generales (nº3)⁸.

La prohibición va acompañada de sanciones penales, al determinarse, en el artículo 221 del Código penal, que aquellos que, mediando una compensación económica, entregaran a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con el fin de establecer una relación análoga a la de la filiación, serán castigados con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, la tutela, la curatela o la guarda por tiempo de cuatro a diez años (nº1); la misma pena es aplicable a la persona que reciba al niño y al intermediario, incluso si la entrega hubiera sido efectuada en un país extranjero (nº2).

El marco legal prohibitivo queda reforzado por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que introduce dos artículos referidos a la gestación por sustitución, a la que el legislador se refiere ahora como gestación subrogada. En la Exposición de Motivos se justifica la introducción de estas

normativa a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, incorpora a la ley 14/2006, la exigencia de la accesibilidad en la información y en el consentimiento prestado por las personas con discapacidad (arts.5.4, 6.4, 11.7 y 15.1.a) LTRHA). Finalmente, en 2015, se dictan dos leyes que afectan a la ley 14/2006: por una parte, la Ley 18/2015, de 9 de julio, por la que se modifica la ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público que añade una DA 6ª relativa al Registro Nacional de Actividad y de resultados de los centros y servicios de reproducción asistida (art.22 LTRHA) y, de otra, Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro civil que modifica los aspectos de la ley relativos al Registro civil (arts.7.3, 8.2 y 9.3 LTRHA).

⁸ La expresión “reclamar la filiación” parece aludir a su establecimiento por sentencia, sin embargo, en la práctica, se admiten otros modos como el reconocimiento, acompañado de una prueba biológica.

previsiones legales, pues, si bien estas prácticas, *que constituyen una manifestación de la violencia contra las mujeres*, ya resultan ilegales en España, según lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, *se siguen produciendo, amparándose en una regulación internacional diversa, ante lo cual se ha de reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva y se han de tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución.*

En coherencia con ello, se reitera, bajo la rúbrica *prevención de la gestación por subrogación o sustitución*, su carácter prohibido y la necesidad de informar sobre la ilegalidad de tales conductas y sobre la nulidad del contrato (art.32) y se prohíbe expresamente la promoción comercial de la gestación por sustitución y se insta a las autoridades a perseguir la publicidad de los servicios de gestación subrogada (art.33).

Por su parte, las conclusiones del Comité de Bioética de España, en su *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada* (2017: 86-87) se alinean con el marco normativo vigente y cierran con una propuesta de prohibición universal de la maternidad subrogada y, entretanto esta tiene lugar, de aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹.

El legislador español no expresa los derechos, principios o valores que se tutelan con la prohibición¹⁰ y son varios los fundamentos que se le han atribuido y que son compartidos por la mayoría de los países de nuestro entorno que prohíben la gestación por sustitución: el carácter *extra commercium* de la vida humana, la dignidad de la mujer gestante y la protección del interés superior del menor. En particular, y como se verá más adelante, la dignidad de la mujer gestante y la protección del interés del menor son los argumentos mayoritariamente utilizados por los organismos internacionales y por los tribunales encargados de enjuiciar los conflictos derivados de esta práctica reproductiva prohibida.

Descrito a grandes rasgos el marco legal, es claro que el legislador español se mantiene en su posición contraria a la admisión de esta práctica reproductiva, al tiempo

⁹ En Italia, la reforma de la ley n° 40 de 19 de febrero de 2004 por la ley de 16 de octubre de 2024 refuerza la prohibición de la gestación por sustitución que constituye ahora un delito universal (art.12); vid. ampliamente, Bianca (2025: 32-34).

¹⁰ El Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación artificial humana, aprobado por el Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986, conocido como Informe Palacios y considerado el antecedente inmediato de la primera ley de técnicas de reproducción asistida, rechazó la legalización de la maternidad subrogada, argumentando que entrañaba un riesgo de abuso y comercialización del cuerpo femenino, *inadmisible en un sociedad justa y democrática.*

que establece reglas para la determinación de la filiación legal de los niños nacidos del contrato de gestación por sustitución, primando la paternidad y maternidad biológica en correspondencia con el principio de veracidad biológica y libre investigación de la paternidad y maternidad informador del Derecho de filiación en España.

El marco legal descrito es asimismo conforme con la posición de rechazo de los organismos internacionales de Derechos humanos, del Consejo de Europa y de la Unión Europea hacia esta práctica comercial que produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes y a los que nos referimos a continuación con la intención de reflejar la alineación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo con este marco internacional de Derechos Humanos.

III. LA POSICIÓN DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA UNIÓN EUROPEA

Resulta necesaria una referencia breve a la posición internacional y europea en materia de gestación por sustitución, pues, por ejemplo, el TEDH en su *Avis consultatif* sobre gestación por sustitución o el Tribunal Supremo, en varios de sus pronunciamientos, aluden a lo dispuesto en distintos convenios, informes y resoluciones que, directa o indirectamente, afectan a esta práctica¹¹.

En primer lugar, debe destacarse el reciente informe de la Relatora especial, Reem Alsalem, sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y sus consecuencias¹², en el que se examinan las distintas manifestaciones de la violencia contra las mujeres y las niñas en el contexto de la reproducción subrogada (violencia económica, psicológica, física y reproductiva, riesgo de trata) y se equipara la modalidad comercial a la venta de niños (nº 42)¹³. En el Informe se analizan distintas normas internacionales de

¹¹ Muy crítico con su inclusión en las sentencias, Álvarez González (2022: nº6).

¹² Cfr: Asamblea General 14 de julio de 2025, A/80/158, <https://docs.un.org/es/A/80/158>

¹³ Misma consideración se mantiene en el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (15 de enero de 2018), que incluye un estudio temático sobre la gestación por sustitución y la venta de niños y en el que se invita a los Estados a crear salvaguardias para impedir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución de carácter comercial y altruista <https://docs.un.org/es/A/HRC/37/60>. Un informe posterior (15 de julio de 2019) mantiene una posición más moderada y analiza los derechos de los niños nacidos de una gestación por sustitución y las garantías necesarias para prevenir la venta de niños en el marco de esta práctica; este informe se muestra partidario de procurar un cuadro legal garantista sobre la gestación por sustitución en línea con las iniciativas de la Conferencia de la Haya <https://docs.un.org/es/A/74/162>

Derechos Humanos que exigen un enfoque de derechos en el análisis de la gestación por sustitución (el principio de dignidad humana que excluye la cosificación y la mercantilización de las mujeres y los niños, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, la prohibición de la trata y de la venta de niños, los derechos reproductivos, entre otros)¹⁴ y se afirma que la concurrencia de consentimiento por sí solo no hace que la reproducción subrogada sea ética, reconociéndose de forma amplia que el consentimiento no puede justificar violaciones de derechos humanos, incluidas las asociadas a la trata de personas, la venta de órganos, la esclavitud o la tortura (nº 61).

Junto a estas consideraciones, se incorporan en el Informe las obligaciones de los Estados en la materia, en general, como la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos y de ejercer la diligencia debida en todas sus actuaciones sin discriminación; y, en particular, destaca la obligación de los Estados de abstenerse de maltratar o discriminar a los niños nacidos mediante reproducción subrogada (nº 66) y, sea cual fuere su postura respecto de ella, el Estado sigue teniendo la obligación de dar prioridad al interés del menor y ello implica garantizar que el niño no sufra ningún tipo de discriminación, reciba protección en todo momento y se respete su derecho a la identidad, la nacionalidad, la atención de la salud o la educación (nº 68).

Finalmente, el Informe propone distintas recomendaciones a los Estados miembros entre las que deben reseñarse, a los efectos de este trabajo, las siguientes (nº 70): A escala internacional, avanzar hacia la erradicación de la reproducción subrogada en todas sus formas y trabajar para la aprobación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que prohíba todas las formas de reproducción subrogada; aprobar leyes que reconozcan a la madre gestante de un niño nacido mediante reproducción subrogada como la madre legal, y permitir que se transfieran los derechos parentales solo después del nacimiento y dentro de un plazo definido para dejar margen para que se reconsideren las decisiones tomadas; y oponerse al reconocimiento de los acuerdos de reproducción subrogada, incluidos los acordados en el extranjero, en que se confiere la filiación legal a personas que no tienen vinculación genética con el niño,

¹⁴ *Vid.* art.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art.10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art.10.2 y art.13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Preámbulo y art. 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art.16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como de su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

además de velar por que se dé prioridad a las decisiones relativas a establecer relaciones parentales¹⁵. Mientras tanto, tratar a los niños nacidos por medio de reproducción subrogada que son abandonados por su madre gestante como menores no acompañados para que sean acogidos en modalidades alternativas de cuidado en espera de la adopción, dando prioridad a las soluciones familiares. Podría favorecerse que la pareja del padre biológico adoptara al niño nacido mediante reproducción subrogada si se considera que ello salvaguarda su interés superior, con lo cual se evitaría normalizar esa forma de reproducción y se mantendría la filiación original.

En distinto sentido, en la Conferencia de la Haya, el grupo de trabajo encargado de analizar las cuestiones de Derecho Internacional Privado relativas a la filiación en general, incluida la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución internacional, prosigue sus trabajos para la elaboración de un instrumento cuyo objetivo fundamental será mejorar la previsibilidad, la seguridad y la continuidad de la filiación en situaciones internacionales para todas las personas afectadas, teniendo en cuenta sus derechos humanos, incluidos, en el caso de los niños, los derechos consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y, en particular, su derecho a que su interés superior sea una consideración primordial en todas las decisiones que les afecten¹⁶.

Por su parte, la Unión Europea¹⁷ condena la práctica de la gestación por sustitución en la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI) por ser *contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que*

¹⁵ Esta posición abolicionista también se mantiene en la Declaración de Casablanca (2023), elaborada por un grupo de expertos que propone un texto de Convención Internacional para la erradicación de la maternidad subrogada. <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/texto-de-la-declaracion/>

¹⁶ <https://www.hCCh.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

¹⁷ En 2013 se publicó un completo estudio sobre el régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE (Brunet et alii) que ponía de manifiesto la disparidad de regímenes existentes y la dificultad de identificar una tendencia legal en materia de subrogación [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOLE-JURI_ET\(2013\)474403](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOLE-JURI_ET(2013)474403)

*se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos*¹⁸.

Además, la Directiva (EU) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024 por la que se modifica la Directiva 2011/36/EU relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incorpora explícitamente *la explotación de la gestación subrogada* como forma de trata de seres humanos, junto a la adopción ilegal y el matrimonio forzado (art.2. a). apdo 3º).

En último término, hay que tener presente la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo COM (2022), 695 final, 2022/0402, aprobada el 7 de diciembre de 2022¹⁹, que prevé la creación de un certificado de filiación europeo facultativo que facilite el reconocimiento transfronterizo de la filiación dentro de los Estados miembros y que alcanza a todo tipo de filiación (padres del mismo sexo, adopciones y gestación por sustitución).

IV. EL CONSEJO DE EUROPA. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

No existe una posición oficial sobre la gestación por sustitución en el Consejo de Europa²⁰ y, al igual que en los Estados miembros de la UE, puede apreciarse una heterogénea disparidad en el tratamiento de la maternidad subrogada en los Estados parte; esta disparidad o falta de consenso es tenida en cuenta por el TEDH para ampliar el

¹⁸ Condena que se ha reiterado, desde entonces, en varias ocasiones: Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 2024, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto: informe anual 2023 (2023/2118(INI)); Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2023, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto — Informe anual 2022 (2022/2049(INI)); Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de febrero de 2022, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto — Informe anual 2021 (2021/2181(INI)).

¹⁹ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/family-law/recognition-parenthood-between-member-states_en

²⁰ Una Iniciativa antigua de la Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible examinó la gestación subrogada desde el punto de vista de los derechos de los niños y sometió a la Asamblea Parlamentaria una propuesta de recomendación <https://pace.coe.int/en/files/23015/html> que no fue aprobada <https://pace.coe.int/en/news/6355>. En ella se proponía, entre otras, considerar la conveniencia y viabilidad de elaborar directrices europeas para salvaguardar los derechos de los niños en relación con los acuerdos de maternidad subrogada y colaborar con la Conferencia de La Haya en los trabajos sobre la materia.

margen de apreciación concedido a los Estados, de suerte que, tanto la prohibición como la admisión de esta práctica reproductiva, es admitida por el Tribunal que, en sus distintos pronunciamientos sobre la materia, pone el foco en la posible vulneración de los derechos y libertades garantizados por el Convenio en el caso concreto y no se ocupa de determinar si esta práctica es o no admisible en el marco del citado del Convenio.

Analizamos, a continuación, de forma sintética, los pronunciamientos más relevantes del TEDH en la materia en los que cabe identificar una línea jurisprudencial constante basada en la protección de los derechos de los niños.

- SSTEDH de 26 de junio de 2014, asuntos Mennesson y Labassée c/Francia:

Casi coincidente en el tiempo con la primera sentencia del Tribunal Supremo (STS 247/2014, de 6 de febrero ECLI:ES:TS:2014:247), el TEDH dicta sus primeras sentencias sobre gestación por sustitución, en los asuntos Mennesson contra Francia, nº 65192/11, de 26 de junio (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211) y Labassée contra Francia, nº 65941/11, de 26 de junio de 2014 (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111). Estos casos presentan importantes similitudes con el caso resuelto por el Tribunal Supremo (gestación contratada en California, denegación de la transcripción de la certificación de nacimiento extranjera), si bien difiere en lo fundamental (garantía de los derechos de los niños implicados y prohibición de discriminación).

Pues bien, como es bien sabido, los padres Mennesson y Labassée, tras ver rechazada su solicitud de transcripción del acta de nacimiento californiana de sus dos hijas en su país, Francia, por ser contraria al orden público internacional francés, intentan los primeros el reconocimiento de la filiación biológica paterna que es denegada a la luz del principio de indisponibilidad del cuerpo humano y de indisponibilidad del Estado civil; principios que se oponen, asimismo, al reconocimiento de la posesión de estado solicitada por los padres Labassée²¹. Ambos fallos son recurridos ante el TEDH, alegando vulneración del artículo 8 CEDH, vida privada y familiar.

²¹ Con posterioridad a estas dos sentencias, la *Cour de Cassation* francesa se apartó de la cláusula de orden público y se amparó en el fraude de ley y en los principios *Fraudis omnia corrumpit* y *Quod nullum est nullum effectum producit*, para anular el reconocimiento efectuado por el padre comitente, aunque se trataba del padre biológico, social y afectivo del niño (cfr: Cour de Cassation, Civile, 1re, 13 de septiembre 2013, nº12-18.315 y nº12-30.138; 19 de marzo 2014, nº13-50.005). Finalmente, la Cour de Cassation, tras una tortuosa evolución en materia de gestación por sustitución (transcripción, adopción), admite el *exequatur* solicitado por los dos padres comitentes en las sentencias de 2 de octubre de 2024 nº 22-20.883 y nº 23-

En apretada síntesis, puede señalarse que el TEDH descarta la vulneración del derecho a la vida familiar de los padres y los hijos, pues los interesados han podido disfrutar de una vida familiar en el sentido habitual del término -los padres se ocupaban de sus hijos desde su nacimiento y vivían juntos- (Mennesson, nº 92, Labassée, nº 73), pero sí aprecia, en cambio, una clara vulneración del derecho a la vida privada de los hijos, en concreto en su derecho a la identidad, del que forma parte la filiación biológica, según la doctrina del TEDH.

Así, según el Tribunal, *“si bien es concebible que Francia pueda querer disuadir a sus ciudadanos de recurrir en el extranjero a un método de procreación que prohíbe en su territorio (...), resulta de lo precedente que los efectos del no reconocimiento en derecho francés del vínculo de filiación entre los hijos así concebidos y los padres intencionales no se limitan a la situación de éstos últimos, que son los únicos que han elegido las modalidades de procreación que les reprochan las autoridades francesas, repercuten también en la de los propios hijos, en el respeto de su vida privada, que implica que cada persona pueda decidir la esencia de su identidad, incluida la filiación, y que se encuentra significativamente afectado”* (Mennesson, nº 99, Labassée, nº 78). Y concluye que *“se plantea, por tanto, una grave cuestión de compatibilidad de esta decisión con el interés superior del menor, cuyo respeto debe guiar todas las decisiones que le afecten”* (Mennesson, nº 99, Labassée, nº. 78).

Este análisis, afirma el tribunal, *“adquiere una especial relevancia cuando, como en el caso que nos ocupa, uno de los padres intencionales es igualmente el progenitor del niño”*. No puede sostenerse que es conforme al interés del menor privarle de un elemento esencial de su identidad cuando la realidad biológica del vínculo está establecida y cuando el niño y el padre afectados reivindican su pleno reconocimiento: ni se admite el vínculo entre los hijos y su padre biológico *“con ocasión de la solicitud de inscripción de las actas de nacimiento, ni tampoco su consagración por la vía del reconocimiento de paternidad o de la adopción o por efecto de la posesión de estado que chocarían con la jurisprudencia prohibitiva establecida igualmente sobre estos puntos por la Cour de Cassation (...)”*. *“Obstaculizando, así, tanto el reconocimiento como el establecimiento en derecho interno de su lazo de filiación en relación con su padre biológico, el Estado*

50.002 y el solicitado por una madre sola, sin vínculo genético con el niño nacido del contrato de gestación por sustitución, en la sentencia de 14 de noviembre de 2024 nº23-50.016; *vid.* Fulchiron (2025, 16); puede verse una crítica a esta nueva orientación jurisprudencial en D’Avout (2024) y Becqué-Ickowicz (2025).

defensor ha ido más allá de lo que le permitía su margen de apreciación” (Mennesson, nº100, Labassée, nº79)²².

En resumen, el Tribunal constata la falta de consenso sobre distintos aspectos de la gestación por sustitución, lo que *“pone de manifiesto que el recurso a la gestación por sustitución plantea interrogantes delicados de orden ético*. Confirma, por lo demás, que *los Estados deben en principio acordarse un amplio margen de apreciación, tratándose de la decisión no sólo de autorizar o no este modo de procreación sino igualmente de reconocer o no un lazo de filiación entre los hijos legalmente concebidos por gestación por sustitución en el extranjero y los padres intencionales”* (Mennesson, nº 79, Labassée, nº 58). Ahora bien, considera que *“un aspecto esencial de la identidad de los individuos está en juego cuando se trata de filiación”*. *Conviene, por lo tanto, atenuar el margen de apreciación del que dispone el Estado defensor en el caso que nos ocupa* (Mennesson, nº 80, Labassée, nº 59).

Puede, pues, concluirse que la doctrina del TEDH, en sus primeras sentencias, se concreta en la obligación de reconocer el vínculo de filiación biológico que une a los hijos con el padre comitente y no alcanza, en ningún caso, a la fórmula elegida por el Estado parte para hacerlo, de suerte que no se obliga, en ningún momento, a dar validez a la certificación de nacimiento o a la resolución judicial que deriva del contrato de gestación por sustitución y en la que consta la filiación de los niños nacidos de la gestación subrogada a favor de los padres comitentes²³.

- STEDH de 24 de enero de 2017, Asunto Paradiso Campanelli c/Italia:

Importantes diferencias se aprecian con el caso enjuiciado en el asunto Paradiso Campanelli contra Italia, nº41816/98, de 24 de enero de 2017 (ECLI: CE:ECHR:2000:0208JUD004181698), en el que se cuestionaba la decisión del Estado

²² Se aplica esta doctrina en las SSTEDH, Foulon y Bouvet c/ Francia, nº 9063/14, de 21 de julio de 2016 (ECLI:CE:ECHR:2016:0721JUD000906314) y Laborie c/ Francia, nº44024/13, de 19 de enero de 2017 (ECLI:CE:ECHR:2017:0119JUD004402413).

²³ En distinto sentido la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014, que interpreta libremente la doctrina del TEDH y declara plenamente vigente y adaptada al fallo la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que, como se verá, se opone a la doctrina del Tribunal de Supremo; igualmente Heredia Cervantes (2014: 214); Castellanos Ruiz (2024: 139) quien defiende que *en las citadas sentencias el TEDH viene a concluir que la certificación registral expedida por autoridades de un Estado en la que consta la filiación de los menores en favor de los comitentes debe siempre producir efectos jurídicos en un Estado parte en el convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y no puede considerarse contrario al orden público internacional del país de destino*.

italiano de separar a un niño nacido de una gestación subrogada de los padres comitentes, con los que no mantenía vínculo genético alguno, y su puesta a cargo de los servicios sociales. Los padres comitentes denuncian que la separación de su hijo, así como la negativa a transcribir en el Registro el certificado de nacimiento en el que consta la filiación del niño y los padres comitentes, constituye una vulneración del artículo 8 CEDH.

En este caso, el TEDH consideró que no había vulneración del derecho al respeto de la vida familiar, atendida la ausencia de vínculo biológico con el niño, la corta duración de la relación y la precariedad del vínculo jurídico (nº140-158); a pesar de la existencia de un proyecto parental y del vínculo afectivo no aprecia la Gran Sala vida familiar, que sí apreció, en cambio, la Decisión de la Sección Segunda del TEDH (Sala) del 27 de enero de 2015, solicitud nº25358/12 (ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812)²⁴.

En una interpretación, a mi entender, muy forzada, se concluye que sí ha existido una injerencia del Estado en su derecho al respeto de la vida privada de los padres comitentes, en cuyo marco, el TEDH incluye el derecho a relacionarse con las demás personas, considerando que tiene cabida la relación que une al niño con los comitentes (nº 168). Ahora bien, concluye la Sala que esta injerencia cumple las exigencias del apartado segundo del artículo 8 (prevista en la ley, finalidad legítima y necesaria en una sociedad democrática)-; se consideró que las medidas adoptadas por el Estado italiano tenían una finalidad legítima cual es la defensa del orden (previsiones legales sobre la adopción y prohibición de la fecundación heteróloga) y la defensa de los derechos y libertades de los demás (la mujer gestante y el niño); asimismo, se consideró legítima la decisión del Estado italiano de reafirmar la competencia exclusiva para determinar la filiación -únicamente en caso de vínculo genético o de adopción regular- a fin de proteger a los niños (nº177).

No estaba en juego aquí, como en los casos precedentes, el respeto a la identidad del niño ni la determinación de su filiación biológica, que justifican una restricción del margen de apreciación, aquí el Estado italiano goza de un amplio margen de apreciación que no escapa al control del Tribunal, que, finalmente, concluye que la jurisdicción italiana, tras comprobar que la separación del niño y los comitentes no supondría perjuicio

²⁴ Se dictó una primera sentencia (27 de enero de 2015) por la Sala que apreció vulneración del derecho a la vida familiar de los comitentes; el Estado italiano solicitó su reenvío a la Gran Sala que dicta esta nueva sentencia en distinto sentido (24 de enero de 2017).

grave o irreparable para el primero, ha observado un justo equilibrio entre los intereses en presencia, dentro de los límites de su margen de apreciación (nº195).

- Dictamen consultivo relativo al reconocimiento en derecho interno del vínculo de filiación entre el niño nacido de una gestación por sustitución practicada en el extranjero y la madre de intención (10 de abril de 2019)²⁵:

La consulta elevada por la *Cour de Cassation* se limita a la situación de la madre de intención, es decir, la persona designada como madre legal en el certificado de nacimiento expedido en el país donde se ha practicado la gestión por sustitución, una vez ya admitida la filiación biológica respecto del padre comitente; el dictamen se circunscribe al caso en el que la comitente no presente vínculo genético con el niño y siempre que la madre gestante no haya aportado sus gametos (*Avis consultatif*, nº 28).

En concreto, se plantean dos cuestiones, de enorme interés, pues permiten enjuiciar la posición del Tribunal Supremo a la luz de la doctrina del TEDH:

1ª.- Si se deniega la transcripción del acta de nacimiento extranjera respecto de la filiación determinada a favor de la madre comitente, ¿el Estado parte excede el margen de apreciación concedido en el artículo 8 CEDH? ¿debe darse una solución distinta en el caso de que el niño haya sido concebido con los gametos de la madre de intención?

2ª.- En el caso de responderse afirmativamente a alguna de las cuestiones planteadas, ¿la adopción por la madre de intención del hijo de su cónyuge, padre biológico del niño, permite respetar las exigencias del artículo 8 CEDH?

Para emitir su dictamen, el TEDH tuvo en cuenta los artículos 2, 3, 7, 9 y 18 Convención Internacional de los derechos del niño (en adelante CIDN), así como los artículos 1 y 2 de su Protocolo facultativo, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; los trabajos de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado; y en especial el informe de la Relatora especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños de 15 de enero de 2018 (A/HRC/37/60). Asimismo, realizó un análisis comparado de las soluciones normativas en materia de reconocimiento

²⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-6380431-8364345>

del vínculo de filiación derivado de la gestación por sustitución en los Estado parte del Convenio, cuyas conclusiones son sustanciales (*Avis Consultatif*, nº24), pues el TEDH amplía el margen de apreciación de los Estados, cuando se trata de cuestiones delicadas de marcado carácter ético y moral y no existe consenso en los Estados parte ²⁶.

El TEDH recuerda que la doctrina jurisprudencial en torno al artículo 8 CEDH exige que el derecho interno contemple una vía para el reconocimiento de la filiación del padre comitente, cuando se trata del padre biológico y subraya que, hoy, su jurisprudencia pone el acento en la existencia de un vínculo biológico entre el niño y, al menos, uno de los padres comitentes y, en consecuencia, restringe su Dictamen a este supuesto (nº 35 y 36).

Primera cuestión planteada: reconocimiento del vínculo del niño con la madre comitente de intención.

Para dar respuesta al primer interrogante planteado por la *Cour de Cassation francesa*, el TEDH se centra en dos aspectos, el interés del menor y el margen de apreciación:

a) En relación con el interés del menor:

El TEDH recuerda el principio esencial según el cual cada vez que se enjuicia la situación de un niño, su interés superior debe primar; así la falta de reconocimiento de la filiación del niño nacido de una gestación por sustitución practicada en el extranjero, no solo afecta a los padres comitentes, únicos responsables del modo de procreación prohibido, sino que afecta significativamente al derecho al respeto de la vida privada del niño, como manifestación de su identidad personal, del que la filiación biológica es un aspecto sustancial.

Además, la falta de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y la madre de intención tiene importantes consecuencias negativas en distintos aspectos del derecho del niño al respeto de su vida privada. En este sentido, el TEDH recuerda que, desde un punto de vista general, esta ausencia de reconocimiento perjudica al niño desde el momento en que le coloca en una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a su identidad social; también se identifica un riesgo en el acceso a la nacionalidad de la madre comitente, que puede complicar su continuidad en el territorio del país de residencia de la madre (riesgo que no existe en el caso sometido

²⁶ Vid. por todas Sentencia TEDH, Lia contra Malta, nº8709/20 (nº 59), de 5 de mayo de 2022, (ECLI: CE:ECHR:2022:0505JUD000870920).

al TEDH, toda vez que ambos comitentes ostentan la misma nacionalidad), puede debilitar sus derechos sucesorios, puede poner en peligro su relación familiar en caso de separación de los padres o de fallecimiento del padre comitente (único que tendría determinada su filiación biológica) y, en último término, podría colocar al niño en una situación de desprotección en caso de renuncia de la madre de intención a su guarda y cuidado.

Aunque el TEDH es consciente de que, en un contexto de gestación por sustitución, el interés del niño no se agota en el respeto y garantía de estas manifestaciones de su derecho al respeto de la vida privada e incluye otros elementos fundamentales, que precisamente no abogan en favor del reconocimiento de la filiación materna, como la protección frente a los riesgos de abuso que comporta la gestación por sustitución o la posibilidad de conocer sus orígenes, concluye que el interés superior del niño también alcanza a la identificación legal de las personas responsables de criarlo, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como a la posibilidad de vivir y desarrollarse en un entorno estable.

Por todo ello, el Tribunal declara que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo entre un niño nacido de una gestación por sustitución realizada en el extranjero y la madre intencional no es compatible con el interés superior del niño, que exige, como mínimo, un examen de cada situación en función de las circunstancias particulares que la caracterizan (*Avis consultatif*, nº 38-42).

b) En relación con el margen de apreciación del que disponen los Estados parte:

El TEDH recuerda, por una parte, que su alcance varía según las circunstancias, el ámbito y el contexto, siendo determinante la presencia o ausencia de un denominador común en los sistemas jurídicos de los Estados parte; y, por otra, que la falta de consenso en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa, y muy en particular, cuando el asunto plantea cuestiones morales o éticas delicadas, se amplía notablemente el margen de apreciación del Estado.

Pues bien, aunque en materia de gestación por sustitución, el TEDH aprecia una falta de consenso en Europa, cuando se trata de un aspecto particularmente importante que afecta a la identidad de la persona, como es la filiación, el margen de apreciación se restringe; en este caso, además, y como ya se ha señalado en el apartado anterior, cuando se trata de reconocer un vínculo de filiación entre el niño y la madre comitente,

otros aspectos esenciales de la vida privada son afectados (el entorno familiar en el que viven y se desarrollan y la identificación de las personas que tienen la responsabilidad de satisfacer sus necesidades y de garantizar su bienestar), lo que refuerza la constatación del TEDH en cuanto a la reducción del margen de apreciación en esta materia (*Avis consultatif*, nº 43-45).

A la vista del interés del menor y del restringido alcance del margen de apreciación del que disponen los Estados, el TEDH concluye que el derecho al respeto de la vida privada del niño nacido de una gestación por sustitución ex artículo 8 CEDH, exige que el derecho interno ofrezca una vía para el reconocimiento de su vínculo de filiación con la madre comitente, designada como madre legal en el acta de nacimiento legalmente establecido en el extranjero; esta exigencia de prever la posibilidad de reconocer el vínculo entre el niño y la madre intencional, es aún más importante en el caso de que la madre de intención aporte sus gametos.

Segunda Cuestión: la adopción como cauce para determinar la filiación de la madre comitente.

En relación con la segunda cuestión sometida a la consideración del TEDH, relativa a la vía legal para el reconocimiento del vínculo de filiación del niño nacido de una gestación por sustitución con gametos de una donante y la madre comitente, se trata ahora de determinar si el derecho al respeto de la vida privada del niño requiere que este reconocimiento se canalice a través de la transcripción del acta de nacimiento legalmente establecida en el extranjero o si puede hacerse a través de otros medios, como la adopción.

El TEDH considera que el interés del menor requiere que el período de incertidumbre respecto de su filiación sea lo más breve posible; de ello no puede deducirse que los Estados parte estén obligados a optar por la transcripción de las partidas de nacimiento legalmente expedidas en el extranjero. En este sentido, el TEDH constata que no existe un consenso europeo en la materia; en los casos en los que se admite el reconocimiento de la filiación respecto del progenitor intencional no biológico, las modalidades varían de un Estado a otro; además, observa que la incidencia sobre el derecho a la identidad del niño es menor cuando se trata de los medios que deben emplearse para el reconocimiento. Por consiguiente, el Tribunal estima que la elección de los medios que deben emplearse para permitir el reconocimiento del vínculo entre el niño

y los padres comitentes entra dentro del margen de apreciación de los Estados (*Avis Consultatif*, nº51).

Por último, el TEDH entiende que el artículo 8 del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer *ab initio* un vínculo de filiación entre el niño y la madre intencional; lo que exige el interés superior del niño, que se aprecia ante todo *in concreto* y no *in abstracto*, es que este vínculo, establecido legalmente en el extranjero, pueda reconocerse una vez que se haya materializado; en principio, no corresponde al Tribunal, sino en primer lugar a las autoridades nacionales, evaluar, a la luz de las circunstancias particulares del caso, si se ha materializado este vínculo y cuándo (*Avis Consultatif*, nº52).

Así, lo importante es que, una vez concretado el vínculo entre el niño y la madre comitante, exista un mecanismo eficaz que permita el reconocimiento de dicho vínculo. Un procedimiento de adopción puede responder a esta necesidad siempre que sus condiciones sean adecuadas y sus modalidades permitan una decisión rápida, a fin de evitar que el niño permanezca durante mucho tiempo en la incertidumbre jurídica respecto de este vínculo (*Avis Consultatif*, nº54).

A la vista de todo ello, el TEDH concluye que, atendido el amplio margen de apreciación de que disponen los Estados en cuanto a la elección de los medios, otras vías distintas de la transcripción, en particular la adopción por parte de la madre de intención, pueden ser aceptables en la medida en que las modalidades previstas por el derecho interno garanticen la eficacia y la prontitud en su aplicación, de conformidad con el interés superior del niño (*Avis Consultatif*, nº55).

- STEDH de 16 de julio de 2020, asunto D. contra Francia:

Tras la emisión de su Dictamen, el TEDH se ha ocupado de varios casos de gestación por sustitución en los que ha tenido ocasión de aplicar la doctrina expuesta.

Así lo ha hecho en STEDH, D. contra Francia (nº 11.288/18), 16 de julio de 2020 (ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818) en la que aplica su doctrina en caso de una comitante que era, a su vez, la madre genética del niño nacido de la gestación por sustitución, y se estima que no ha existido vulneración ni del artículo 8 CEDH, por entrar dentro del margen de apreciación concedido al Estado, la denegación de la transcripción

del acta de nacimiento extranjero como vía para determinar la filiación (nº 50), ni del artículo 14 CEDH (prohibición de discriminación), al entender que la diferencia de trato denunciada por los demandantes, en cuanto a los modos de determinarse la filiación de la madre comitente y genética, reposaba en una justificación objetiva y razonable (nº 84-88) y, en último término, recuerda el Tribunal, basándose en su *Avis consultatif*, que la adopción produce los mismos efectos que la transcripción del acta en lo que respecta al reconocimiento del vínculo de filiación²⁷.

- STEDH de 18 de mayo de 2021, Asunto Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia:

Resulta de especial interés para este estudio, la STEDH *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia* (nº 71.552/17), de 18 de mayo de 2021 (ECLI: CE:ECHR:2021:0518JUD007155217), en la que se cuestiona la falta de reconocimiento por parte de las autoridades de Islandia, donde la gestación por sustitución es ilegal, de la filiación de un niño nacido de una gestación por sustitución en los Estados Unidos, respecto de las madres comitentes, cuando ninguna de ellas era su madre biológica. Baste señalar aquí que las autoridades deniegan la transcripción del acta de nacimiento y admiten el acogimiento del niño con el fin de preservar el vínculo entre ellos, concediéndole, primero, la residencia y, después, la nacionalidad; siendo admitido en el derecho islandés la posibilidad de adoptar a los niños en acogida (nº 5 - nº 25).

El TEDH aprecia la existencia de vida familiar atendida la larga duración de la relación ininterrumpida de los comitentes y el niño, la calidad de los lazos ya establecidos y los estrechos vínculos emocionales forjados con el niño durante las primeras etapas de su vida, reforzados por el acuerdo de acogida adoptado por las autoridades nacionales y no impugnado por el Gobierno ante el Tribunal (nº 62). Considera que ha existido injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar, al denegarse el reconocimiento de las comitentes como madres, cuando constaban como madres legales en el acta de nacimiento practicada legalmente en el extranjero; ahora bien, tras analizar si concurren

²⁷ En el mismo sentido, la STEDH, asunto R.F. y otros contra Alemania, nº46808/16, de 12 de noviembre de 2024 (ECLI:CE:ECHR:2024:1112JUD004680816), en la que se estima que no ha existido vulneración del derecho al respeto de la vida privada de la primera demandante (madre genética y de intención del niño nacido de una gestación por sustitución en Bélgica) al obligarla a recurrir a la adopción, dada la ausencia de dificultades particulares para vivir su relación con el niño en el día a día, ni tampoco vulneración del derecho al respeto de la vida privada del niño, ya que la adopción se llevó a cabo sin dificultades particulares y la primera demandante ya tenía derechos y obligaciones con respecto al niño en virtud de su unión legal con la segunda demandante.

los requisitos establecidos en el apartado segundo del artículo 8 CEDH, se concluye que la injerencia es conforme a la ley, pues tiene base jurídica suficiente (nº 64), persigue un objetivo legítimo cual es proteger los derechos de otras personas, los derechos de las mujeres y de los niños (nº 65), es necesaria en una sociedad democrática, pues las razones aducidas para justificar dicha medida han sido pertinentes y suficientes (nº 66- nº 74).

Por ello, se estima que, atendida la ausencia de indicios de obstáculos reales y prácticos para el disfrute de la vida familiar, y las medidas adoptadas por el Estado demandado para regularizar y garantizar el vínculo entre los demandantes, el Tribunal concluye que el no reconocimiento de un vínculo parental formal, confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo, estableció un equilibrio justo entre el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y los intereses generales que el Estado pretendía proteger con la prohibición de la gestación subrogada. Por lo tanto, el Estado actuó dentro del margen de apreciación que se le concede en tales asuntos y se estima que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio en lo que respecta al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar.

- STEDH, de 22 de noviembre de 2022, Asunto D.B. y otros contra Suiza:

En la STEDH, D.B. y otros contra Suiza (nº 58.817/2015 y nº 58.252/2015), de 22 de noviembre (ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD005881715), se aprecia vulneración del derecho al respeto de la vida privada del niño nacido de una gestación por sustitución en los Estados Unidos, al quedar circunscrita la adopción, hasta el 1 de enero de 2018, a las parejas casadas, tratándose en el caso enjuiciado de una pareja registrada homosexual masculina; una vez admitida la adopción por parte de las parejas registradas en el derecho suizo, el padre de intención solicitó la adopción del hijo biológico de su pareja que les fue concedida el 21 de diciembre de 2018.

Durante casi siete años y ocho meses (solicitud de reconocimiento del 30 de abril de 2011, adopción pronunciada el 21 de diciembre de 2018), no existió ninguna posibilidad de que se reconociera definitivamente el vínculo de filiación; el TEDH considera que tal duración no es compatible con el interés superior del niño, en la medida en que puede situarlo en una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a su identidad en la sociedad y privarlo de la posibilidad de vivir y desarrollarse en un entorno estable, tal y como se mantuvo en el *Avis Consultatif* (nº 40-42). En estas circunstancias, se

considera que la negativa a reconocer el acta de nacimiento expedida legalmente en el extranjero relativa al vínculo de filiación entre el padre intencional y el niño, sin prever modos alternativos de reconocimiento de dicho vínculo, no respetaba el interés superior del niño.

En otras palabras, la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo entre el niño y el padre de intención durante un período de tiempo significativo constituye una injerencia desproporcionada en el derecho del niño al respeto de su vida privada protegido por el artículo 8. De ello se desprende que, en las circunstancias del caso, Suiza se excedió en su margen de apreciación al no haber previsto a tiempo en su legislación tal posibilidad (nº 87- nº 90).

- STEDH de 6 de diciembre de 2022, Asunto K.K. y otros contra Dinamarca:

También resulta de interés el caso resuelto en STEDH, K.K. y otros contra Dinamarca, nº 25.212/21, de 6 de diciembre de 2022 (ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221), que se centra en la denegación a la esposa de la adopción de los hijos biológicos de su cónyuge, nacidos de una gestación comercial en Ucrania, alegando que la madre de alquiler había recibido una remuneración por consentir la adopción, lo que prohíbe el artículo 15 de la Ley de Adopción, decisión confirmada por el Tribunal Supremo danés que concluyó por unanimidad que, aunque redundaría en interés de los niños ser adoptados por la primera demandante, a fin de que su identidad como hijos fuera reconocida legalmente, habida cuenta de las diferentes soluciones acumulativas específicas previstas por la legislación danesa, en particular la concesión a la primera demandante de la patria potestad compartida sobre los niños y la posibilidad de que conserve dicha patria potestad en caso de separación, divorcio o fallecimiento del padre biológico, la mayoría considera que «nada indica que la denegación de la adopción a la primera demandante tenga una incidencia significativa en la vida privada de los niños» (nº 62).

El TEDH es plenamente consciente de que el Tribunal Supremo tenía la delicada tarea de sopesar el interés superior de los niños *in concreto* con las consideraciones de interés general en las que se basa el artículo 15 de la Ley de Adopción, en particular evitar la explotación comercial de las madres de alquiler y el riesgo de que los niños se conviertan en una mercancía (nº 60); pero lo cierto es que aparte de la adopción, la

legislación nacional no preveía ninguna otra posibilidad de reconocimiento legal de un vínculo de filiación con la madre intencional. Por lo tanto, la denegación de la adopción supuso *de facto* la denegación de cualquier reconocimiento legal de un vínculo de parentesco; esta falta de reconocimiento, en sí misma, tuvo una repercusión negativa en el derecho de los niños al respeto de su vida privada, en particular porque se encontraron en una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a su identidad dentro de la sociedad (nº 72).

A la vista de todo ello, el Tribunal no tiene la convicción de que, en las circunstancias particulares del caso, las soluciones acumulativas previstas por la legislación danesa hayan tenido una incidencia tal en la vida privada de los niños que hayan compensado la denegación de la autorización de su adopción por parte de la primera demandante (nº 75) y, en consecuencia, el TEDH aprecia vulneración del derecho al respeto de la vida privada de los niños (nº 77).

- STEDH de 31 de agosto de 2023, Asunto C.c. contra Italia:

Por último, la STEDH, asunto C.c. contra Italia, nº47196/21, de 31 de agosto de 2023 (ECLI:CE:ECHR:2023:0831JUD004719621), enjuicia la negativa de las autoridades italianas a reconocer el vínculo de filiación establecido en el acta de nacimiento expedido en Ucrania, que designa como padres legales de la niña, nacida en el extranjero de una gestación por sustitución, a su padre biológico y su madre intencional. El Tribunal aprecia vulneración del artículo 8 CEDH en relación con el establecimiento del vínculo de filiación entre la demandante y su padre biológico, pero no en relación con el establecimiento del vínculo de filiación entre la demandante y su madre de intención. En particular, el Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia, el artículo 8 CEDH exige que el derecho interno ofrezca la posibilidad de reconocer el vínculo entre un niño nacido de una gestación por sustitución practicada en el extranjero y el padre de intención cuando este es el padre biológico (nº56).

En este caso, el Tribunal observa que los tribunales nacionales no han sido capaces de tomar una decisión rápida para proteger el interés de la demandante en que se estableciera su filiación paterna biológica; la demandante, de cuatro años, se encontraba en una situación de incertidumbre prolongada en cuanto a su identidad personal desde su

nacimiento y, al no tener establecida su filiación, se la consideraba apátrida en Italia (nº 67).

Así, con el fin de garantizar un resultado *rápido y eficaz* de conformidad con el interés superior del niño en lo que respecta al establecimiento del vínculo de filiación entre el progenitor biológico y el niño nacido tras una gestación por sustitución realizada en el extranjero, el TEDH sostiene que:

- a) el proceso de toma de decisiones debe centrarse suficientemente en el interés superior del niño y, en este sentido, estar exento de formalismos excesivos y ser capaz de realizar dicho interés independientemente de posibles vicios de procedimiento;
- b) los tribunales nacionales deben cooperar con las partes indicando las soluciones elegidas por el sistema, independientemente de las solicitudes de las partes interesadas.

Pues bien, a la vista de estas circunstancias, el Tribunal consideró que, a pesar del margen de apreciación reconocido al Estado, las autoridades italianas habían incumplido la obligación positiva de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su vida privada, al que tenía derecho en virtud del Convenio (nº68).

En cuanto al vínculo de filiación entre la demandante y su madre de intención, el Tribunal constata que, si bien la ley italiana no permitía la transcripción del acta de nacimiento en lo que respecta a la madre de intención, garantizaba a esta última la posibilidad de reconocer legalmente al niño mediante la adopción (nº69). Al negarse a transcribir el acta de nacimiento ucraniana de la demandante en los registros civiles italianos en la medida en que designaba a la madre intencional como su madre, el Estado demandado no ha excedido su margen de apreciación (nº78).

V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU CONFORMIDAD CON LA DOCTRINA DEL TEDH

En las distintas sentencias dictadas por la Sala Primera se identifica una línea jurisprudencial de rechazo y condena de la gestación por sustitución en estricta aplicación

de la ley española y de los instrumentos internacionales de derechos humanos y que se ajusta plenamente a la doctrina jurisprudencial del TEDH antes expuesta.

Esta jurisprudencia ha sido diversamente acogida por la doctrina²⁸ y por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), hoy Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJyFP), que, como se verá más adelante, hasta la reciente Instrucción de 28 de abril de 2025 (Boe nº105, 1 de mayo de 2025), ignoró la doctrina del Tribunal Supremo, como ha sido puesto también de manifiesto por el propio Tribunal Supremo en la STS 1958/2023, de 16 de mayo, en la que se duda de su valor normativo y se aprecia su contradicción con la jurisprudencia de la Sala (FD 6º nº4).

Pues bien, las sentencias dictadas por la Sala Primera han tenido por objeto resolver distintas cuestiones jurídicas relacionadas, directa o indirectamente, con la gestación por sustitución.

En la primera de ellas, la conocida STS 247/2014, de 6 febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247)²⁹, se cuestionaba la admisibilidad de la transcripción del acta de nacimiento extranjero en el que constaba la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución, asunto que guarda importantes similitudes e importantes diferencias con las primeras decisiones dictadas por la *Cour de Cassation* francesa³⁰ y que, como ya se ha visto, fueron cuestionadas ante el TEDH, asuntos Menesson y Labassée de 26 de junio de 2014.

Esta primera decisión del TEDH fue alegada por los demandantes españoles en su solicitud de anulación de la STS 247/2014, de 6 de febrero, que fue desestimada por el ATS 335/2015, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:335A), donde se justifican pertinentemente las diferencias entre los casos franceses y el caso español, y, por tanto, la no vulneración del derecho a la vida privada de los niños españoles a los que sí se permitió establecer la filiación respecto del padre comitente que aportó su material genético y el respeto de la vida familiar a través de la propuesta de guarda o adopción del padre o madre de intención.

²⁸ Críticos con la jurisprudencia de la Sala Primera, Heredia Cervantes (2014); Álvarez García (2022); Vaquero López (2025); la considera ajustada al Derecho español Quicios Molina (2019: 43).

²⁹ Vid. el comentario de Heredia Cervantes (2014: 177-214).

³⁰ Vid. Fulchiron y Guilarte Martín-Calero (2014: 531-558).

A pesar de las aceradas críticas que recibió esta primera sentencia³¹, es evidente que la decisión del Alto Tribunal se ajusta a la posterior doctrina del TEDH (Mennesson y Labassée) y a su *Avis Consultatif* (2019), solución facilitada por la propia LTRHA que contempla el establecimiento del vínculo de filiación con el padre biológico (art.10.3)³²; además, recuérdese que la doctrina del Tribunal de Estrasburgo no exige que este reconocimiento se haga a través de la transcripción del acta de nacimiento practicada en el extranjero, lo que exige es que se determine de forma rápida y eficaz la filiación biológica entre el padre comitente y el niño nacido de la gestación por sustitución, a través de la vía que el Estado considere más oportuna, decisión que cae dentro del margen de apreciación del Estado.

Otras cuestiones debatidas han sido:

- a) la posesión de estado como título para determinar la filiación del padre comitente de intención; de ella se han ocupado la STS 1153/2022, de 31 marzo (ECLI:ES:TS:2022:1153)³³ y la STS 1958/2023, de 16 mayo (ECLI:ES:TS:2023:1958)³⁴.
- b) la posibilidad de aplicar analógicamente las reglas de la adopción internacional, que autorizan el cambio del lugar de nacimiento del niño adoptado por el domicilio de los padres adoptantes, a los niños nacidos de una gestación por sustitución en país extranjero con el que no se guarda vinculación alguna en STS 4370/2024, de 17 septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4370)
- c) la solicitud de *exequatur* de una sentencia americana que declara la paternidad de los demandantes derivada de un contrato de gestación por sustitución en STS 5879/2024, de 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2024:5879)³⁵, denegada por el juez de primera instancia, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo.
- d) la impugnación de la maternidad determinada conforme a lo establecido en el art.10.2 LTRHA que fue estimada por la SAP Madrid (22ª) 431/2023, de 28 de abril, tras acordar la práctica de la prueba pericial biológica respecto de la madre gestante de la que resultó que no había aportado material genético para la gestación de las menores, dejando sin efecto el asiento registral practicado en el

³¹ Vid. por todos, Heredia Cervantes (2014: 208-214).

³² Cfr. Quicios Molina (2019:17)

³³ Vid. el comentario de Lara Aguado (2022: 1-11).

³⁴ Vid. el comentario de Minero Alexandre (2023: 1-7).

³⁵ Vid. el comentario de Vaquero López (2025:1-13).

Registro Civil Central relativo a la filiación materna. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación que fue estimado por la STS 1262/2025, de 25 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1262)³⁶ que la considera contraria a la legislación española y a la jurisprudencia que la interpreta; considera el TS que no tiene trascendencia el hecho de que la madre gestante no fuera la madre genética, *dato irrelevante para la legislación española, en la que la filiación materna no adoptiva se fija por el parto (con la matización de lo previsto en el art.7.3 de la citada Ley 14/2006, de 26 de mayo), sin que tenga trascendencia quien aportó el óvulo.*

Sobre las bases legales antes descritas, y en estricta aplicación de la ley, el Tribunal Supremo considera que la gestación por sustitución es contraria al orden público español al atentar gravemente contra los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico (1), aplica la ley nacional en materia de filiación -Ley TRHA y Código civil- (2), funda sus sentencias en la defensa del interés del niño, concebido como garantía del ejercicio de los derechos en liza (3) y estima que la adopción es la vía adecuada para establecer la filiación del niño con su madre o padre de intención (4).

V.1. La vulneración del orden público español

El Tribunal Supremo parte del concepto de orden público entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución española y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y los valores y principios que estos encarnan; los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del niño (art.15 CE), el respeto a su dignidad (art.10 CE) y la protección de la infancia integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STS 247/ 2014, de 6 de febrero, FD 3º, nº 4; STS 5879/2024, de 4 de diciembre, FD 3º, nº3, STS 1262/2025, de 25 de marzo, FD 2º, nº 3).

Desde la primera STS 247/2014, de 6 de febrero, se considera que la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se precisa que, bajo la prohibición de la gestación por sustitución y el establecimiento de medidas destinadas a prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, se encuentra

³⁶ *Id.* el comentario de Lázaro González (2025:1-7).

la preocupación del legislador por la dignidad de la mujer gestante y del niño y la condena de la mercantilización de la gestación y de la filiación, que cosifica a la mujer gestante y al niño, que permite a determinados intermediarios realizar negocio con ellos y que posibilita la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza (STS 247/2014, de 6 de febrero, FD 3º, nº6; STS 5879/2024, de 4 de diciembre, FD 3º, nº2, STS 1262/2025, de 25 de marzo, FD 2º, nº 5).

En las sentencias posteriores, STS 1153/2022, de 31 de marzo, y STS 5879/2024, de 4 de diciembre, se advierte una mayor contundencia en la condena de esta práctica comercial que se identifica con la venta de niños y se configura como trato inhumano y degradante y como trata de seres humanos; en este sentido, el TS:

- a) recuerda lo dispuesto en el artículo 35 CIDE que impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma y se afirma que la gestación por sustitución comercial entra en la definición de venta de niños recogida en el artículo 2. a). del Protocolo Facultativo de la CIDE, relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía: *todo acto o transacción en virtud de la cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución* (STS 1153/2022, de 31 de marzo FD 2º nº5).
- b) considera que las cláusulas del contrato de gestación por sustitución imponen a la mujer gestante un trato inhumano y degradante al obligarla a renunciar a sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad de todo ser humano (STS 1153/2022, de 31 de marzo, FD 3º, nº8).
- c) finalmente, subraya que España es parte de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW), que, en su artículo 6, conmina a los Estados parte a adoptar las medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, *en la que puede incluirse la situación que para la mujer gestante resulta de un contrato de gestación comercial* (STS 1153/2022, de 31 de marzo, FD 4º, nº5).

A la vista de todo ello, el Tribunal Supremo considera que la gestación por sustitución comercial vulnera el orden público español, lo que impide reconocer efectos a las decisiones de autoridades extranjeras que determinan la filiación derivada de aquellos contratos (transcripción de actas de nacimiento o *exequatur* de sentencia extranjera)³⁷.

V.2. Aplicación de la ley española en materia de filiación

La aplicación de la excepción del orden público (art.12.3 CC) determina la aplicación de la ley española, que permite el establecimiento de la paternidad biológica del comitente que aportó su material genético, en coherencia con la primacía de la verdad biológica que rige en el derecho español y el establecimiento de la filiación materna en aplicación del principio *mater semper certa est*. Así las cosas, es la determinación de la filiación respecto del otro comitente (padre o madre de intención) la que resulta problemática, al no admitirse la filiación intencional derivada del contrato de gestación por sustitución y quedar limitada la aptitud de la voluntad del padre o madre de intención, en el Derecho español, al consentimiento prestado al uso de las técnicas de reproducción humana asistida admitidas en el derecho español (arts.7.3 y 8.1 LTRHA) y a la adopción.

Ello ha llevado al Tribunal Supremo a inadmitir la posesión de estado como título apto para determinar la filiación solicitada en los casos contemplados en las STS 1153/2022, de 31 marzo, STS 1958/2023, de 16 de mayo y STS 5879/2024, de 4 de diciembre³⁸ y al reconocimiento de la adopción como único camino para la determinación de la paternidad o maternidad de intención, con cita del *Avis Consultatif* (2019), aunque ya la STS 247/2014 remitía a los padres demandantes a las figuras de la guarda y del

³⁷ Puede verse una crítica a este argumento en Farnós Amorós (2022:89) y su plena aceptación en Bercovitz (2022:5). Por su parte, el TEDH admite este enfoque, aunque lo somete a su control: *El Tribunal constata que este enfoque se traduce en el recurso a la excepción de orden público internacional, propia del Derecho internacional privado. No pretende cuestionarla como tal. No obstante, debe verificar si, al aplicar este mecanismo en el presente caso, el juez nacional ha tenido debidamente en cuenta la necesidad de lograr un justo equilibrio entre el interés de la comunidad en garantizar que sus miembros se sometan a la elección democrática realizada en su seno y el interés de los demandantes —entre ellos, el interés superior del niño— en disfrutar plenamente de sus derechos al respeto de su vida privada y familiar* (STEDH, Labassée contra Francia, 26 de junio de 2014, nº 63).

³⁸ Posesión de estado que sí fue admitida en STS 740/2013, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:740) y en STS 836/2013, de 15 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2013:836), a la vista de las circunstancias (la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre). Puede verse una crítica en Quicios Molina (2014: 69-630); Barber Cárcamo (2014: 93-136); Farnós (2022: 1299-1301).

acogimiento para garantizar el respeto de la vida familiar de los niños y servir de cauce a la adopción.

Los motivos de la STS 1958/2023, de 16 de mayo, de forma interrelacionada, pretenden la suficiencia de la posesión de estado y del interés del niño para determinar la filiación, salvando con ello la oposición a la adopción por parte del padre biológico. Al respecto recuerda el Tribunal Supremo su doctrina en la materia³⁹:

«El interés del menor no es una causa que permita al juez atribuir la filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses en juego, tales como la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del niño...» (STS 1958/2023, de 16 de mayo, FD 5º, nº2 y STS 5879/2024, de 4 de diciembre, FD 5º, STS 1262/2025, de 25 de marzo, FD 2º, nº 4).

Según el Tribunal Supremo, *ni una convivencia anterior establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados entre las partes, ni una invocación genérica e interesada del principio del interés del niño, justifican que se puedan establecer unas paternidades, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello comporta, que carecen de cobertura legal. El vínculo socioafectivo de los hijos entre sí y con la pareja de sus respectivos padres no es por sí título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación. No es el ordenamiento jurídico español el que impedía la adopción, sino que fueron los litigantes quienes, pudiendo hacerlo, no quisieron adoptar, sin que el hecho de que ahora no sea viable por la ruptura determine que deba establecerse un vínculo legal de filiación al margen de las causas previstas por el legislador* (STS 1958/2023, de 16 de mayo, FD 6º, nº5).

El derecho al respeto de la vida familiar no exige la determinación de la filiación en todo caso, sino la preservación de los vínculos y del derecho a mantener relaciones con las personas con las que los menores tienen una relación afectiva, que resultan garantizados cuando se establecen regímenes de comunicación y estancia entre los

³⁹ Cfr..STS 45/2022, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:45) y STS 558/2022, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2022:558).

menores y la persona adulta (como así acontece en el caso enjuiciado en STS 1958/2023, de 16 de mayo).

V.3. La protección del interés del niño desde un enfoque de derechos

Negada la validez de un contrato de gestación por sustitución para producir los debidos efectos en el Ordenamiento jurídico español, en particular la determinación de la filiación de los padres comitentes y la consiguiente atribución de la patria potestad, la respuesta jurídica debe pasar por proteger el interés de los niños nacidos de una gestación por sustitución comercial, y ello exige garantizar el ejercicio de sus derechos.

Esta exigencia no es, a nuestro juicio, una forma de sortear la prohibición, ni constituye un *subterfugio legal* (Castellanos, 2024:141), ni una *solución generosa* (Vaquero Pinto, 2024:22), ni una *solución bienintencionada* (Vaquero, 2025: 8), ni es *un efecto atenuado del orden público* (Vaquero López, 2025:4); es el cumplimiento de las obligaciones positivas que se imponen al Estado español en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular, lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre los derechos del niño, con aplicación de nuestro derecho vigente.

Según el Tribunal Supremo la concreción del interés del niño debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre el Estado civil y la infancia (STS 5879/2024, de 4 de diciembre, FD 5º).

En cada caso, han de analizarse los derechos en liza; en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo se identifican el derecho a la vida privada, en su vertiente derecho a la identidad y derecho a conocer sus orígenes biológicos, el derecho a la vida familiar, el derecho a mantener los vínculos y las relaciones con aquellas personas a las que le une una relación afectiva y el derecho a la intimidad personal.

Unas veces, se concreta, pues, el interés del niño en su derecho a la identidad, que queda adecuadamente garantizado cuando se admite la determinación de la filiación biológica respecto del padre comitente conforme al artículo 10 LTRHA (vida privada), en su derecho a conocer sus orígenes que se garantiza cuando no se admite la impugnación de la filiación materna y en su derecho a la vida familiar (derecho del niño a desarrollarse en un entorno estable y a vivir con las personas que están obligadas a prestarle asistencia

y cuidados) que queda asimismo garantizado por el reconocimiento de la adopción como cauce idóneo para establecer la filiación respecto del padre o madre de intención (STS 247/2014, de 6 de febrero, STS 1153/22, de 31 de marzo y STS 5879/2024, de 4 de diciembre, STS 1262/2025, de 25 de marzo, FD 2º, nº 5).

Otras veces, quedará protegido el interés del niño si se garantiza su derecho a mantener los vínculos y relacionarse con las personas a las que les une una relación afectiva, sin necesidad determinar una filiación que no responde a la verdad biológica y que no tiene cobertura legal (STS 1958/2023, de 16 de mayo).

Cuestión jurídica distinta es la planteada en la STS 4370/2024, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4370) en la que el interés del niño se concreta en su derecho a la intimidad personal y familiar y que se garantiza cuando, frente a lo dispuesto en la instancia, el Tribunal Supremo admite acertadamente, aunque con argumentación discutible, la aplicación analógica de las reglas de la adopción internacional a la adopción nacional derivada de una gestación por sustitución.

En efecto, se permite cambiar el lugar de nacimiento del niño por el domicilio de los padres a fin de no dar publicidad de determinados datos indicativos del carácter adoptivo de la filiación que es un dato protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar (art.44.5 LRC), en línea con lo establecido en el apartado segundo del art.7 LTRHA que establece que, en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter (no biológico) de la generación. En el caso enjuiciado en esta sentencia los padres (padre biológico de un niño nacido de una gestación por sustitución y la madre que lo adopta) solicitaron el traslado de la inscripción de nacimiento al Registro civil de Barcelona, a lo que se accedió, y que se hiciera constar como lugar del nacimiento del menor, el del domicilio de los padres, que fue, en cambio, denegado por entender que este supuesto se circunscribe a los casos de adopción internacional.

Esta decisión fue recurrida ante la DGSJyFP y el recurso fue desestimado por Resolución de 21 de febrero de 2022 con el mismo argumento. Los padres promovieron un juicio verbal de oposición a la citada Resolución y el Juzgado de Primera Instancia, por sentencia 445/2022, de 23 de noviembre, desestimó su demanda por entender que *no puede considerarse que exista semejanza entre la adopción internacional... y la técnica de gestación por sustitución, que no es que no esté expresamente regulada en España,*

sino que está expresamente prohibida por el art.10 LTRHA... y no puede accederse a la modificación del lugar del nacimiento del menor prevista exclusivamente para las adopciones internacionales, que ha de ser objeto de interpretación restrictiva, al suponer una excepción al principio de fe pública registral (STS 4370/2024, FD 1º, nº 3).

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona, ante la que recurrieron los padres, desestimó el recurso por sentencia 6734/2023, de 29 de junio (ECLI: ES:APB:2023:6734), al entender que no procede realizar una interpretación extensiva o por analogía a aquellos supuestos que están prohibidos por el ordenamiento jurídico, ya sea la gestación subrogada realizada en el territorio español o el extranjero (STS 4370/2024, de 17 de septiembre, FD 1º, nº 5).

Efectivamente, no existe semejanza entre la adopción internacional y la gestación por sustitución, pero es que no es aquí donde debe centrarse la controversia, sino en el derecho a la intimidad del menor que se garantiza cuando se omiten datos relativos a su filiación no biológica o las circunstancias que rodean su nacimiento y que debe garantizarse en el supuesto de adopción internacional y en el supuesto de gestación por sustitución, porque sí existe una identidad en la situación en la que se encuentran los menores adoptados y los nacidos de una gestación por sustitución: en ambas situaciones existe un dato, el lugar de nacimiento, indicativo de una filiación no biológica, dato especialmente protegido.

Por tanto, para resolver esta cuestión debe partirse del derecho del menor a su intimidad personal, de todo menor, sin que quepa discriminar por razón de filiación ni por el modo de concepción y gestación del niño, y, en ningún caso, a nuestro juicio, debe argumentarse en función del carácter nacional o internacional de la adopción (como hace el TS) o del carácter prohibido de la gestación por sustitución (como hace la instancia).

En tal sentido, la STS 4370/2024, de 17 de septiembre, centra la controversia en el hecho de que la filiación materna es adoptiva y en el hecho de que, en el Registro civil, conste como lugar de nacimiento Kiev, con el que los progenitores no tienen vinculación, poniéndose de manifiesto, por tanto, que la filiación materna no es la biológica y que, muy posiblemente, el niño nació de una gestación subrogada (STS 4370/2024, de 17 de septiembre, FD 2º, nº3); estima que la razón de no hacer público el nacimiento del menor es *impedir que el carácter adoptivo de la filiación y las circunstancias relativas al origen del menor sean públicos* (STS 4370/2024, de 17 de septiembre, FD 2º, nº 7) y concluye

la procedencia de la aplicación analógica, pues la publicidad registral de un lugar de nacimiento como el del caso enjuiciado (Kiev, Ucrania) que constaría en su carnet de identidad o en su pasaporte, vulneraría el derecho a la intimidad del niño, al ser revelador de la existencia de la adopción y de las circunstancias relativas a su origen especialmente sensibles (en concreto haber sido engendrado por gestación por sustitución) y supondría una discriminación respecto de otras filiaciones (en concreto, la adoptiva internacional) que no se encuentra justificada.

En realidad, la publicidad del lugar del nacimiento informa sobre la práctica reproductiva, una gestación por sustitución, y aunque tiene una relación directa con la adopción materna que se realiza en España, lo relevante es garantizar el derecho a la intimidad personal del niño que se protege cuando se restringe la publicidad sobre un dato, el lugar del nacimiento, que puede ser indicativo de la utilización de una técnica de reproducción humana asistida y, por ende, evidenciar el origen del niño, su filiación no biológica, aspecto protegido por el derecho a la intimidad y que debe ser, por tanto, objeto de publicidad restringida ⁴⁰; y ello, aunque no existiera adopción materna, y solo se hubiere determinado la filiación biológica respecto del padre comitente, pues el lugar del nacimiento seguiría siendo Kiev y el razonamiento del TS seguiría siendo válido y ello no implica, en modo alguno, y siempre en nuestra opinión, un reconocimiento implícito de la gestación por sustitución (Vaquero López, 2025:8)⁴¹, sino la estricta defensa del interés del menor concretado en el ejercicio de su derecho a la intimidad personal garantizado en el art.18 CE.

V.4. La adopción como vía adecuada para el establecimiento de la filiación del niño con su madre o padre de intención

Aunque las posiciones del Tribunal Supremo y del Ministerio Fiscal siempre han sido firmes y claras sobre la procedencia de la adopción como modo de establecer la filiación respecto de la madre o padre comitente no biológico o de intención⁴² y el primero

⁴⁰ *Vid.* STC 197/1991, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:1991:197) y STC 134/1999, de 15 de julio (ECLI:ES:TC:1999:134).

⁴¹ De la misma manera que, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 125 CC no supone reconocer implícitamente el incesto o lo dispuesto en el artículo 111 CC implique reconocer implícitamente la violación. Son situaciones prohibidas que están en el origen de la previsión legal o, en su caso, de la decisión judicial, sin que ello suponga, a nuestro juicio, ni validarlas ni reconocerlas.

⁴² Igualmente, el TC en STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero (ECLI:ES:TC:2024:28).

encomienda al segundo el impulso de las acciones pertinentes para que se produzca, con prontitud y eficacia, la integración jurídica del niño en su núcleo familiar *de facto* (STS 247/2014, de 6 de febrero, y STS 5879/2024, de 4 de diciembre), hasta la Instrucción de 28 de abril de 2025 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, *sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución*, no se cohonestaba la práctica registral de la filiación en contextos de gestación por sustitución con la línea jurisprudencial expuesta ⁴³.

En esta Instrucción de 28 de abril de 2025, atendiendo a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo y para asegurar la adecuación del tratamiento registral en casos de gestación por sustitución a nuestro ordenamiento y a las normas internacionales en

⁴³ En un primer momento, la antigua DGRN dictó una Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE, nº 243, de 7 octubre), en la que se establecían las directrices para la calificación por parte de los encargados del Registro civil de las solicitudes de inscripción de nacimiento de los menores nacidos en el extranjero de una gestación por sustitución y formuladas por ciudadanos españoles. En primer término, se consideraba que la inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero de una gestación por sustitución, sólo podría realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal Competente en la que se determinara la filiación del nacido y se rechazaba el acceso al Registro civil español de la certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no constara la identidad de la madre gestante; vid. ampliamente, Barber Cárcamo (2013). A la vista de la STS de 6 de febrero de 2014, la antigua DGRN aclaró, en una circular de 2014, que se trataba de un caso distinto a los contemplados en la Instrucción de 2010 e instó a los encargados de los Registros civiles, si existía una resolución judicial extranjera, a la práctica de la inscripción del nacimiento de los niños con constancia de la filiación determinada en el extranjero. En aplicación de lo dispuesto en la Instrucción de 2010 y en la Circular de 2014, los Consulados de España en los países en los que se practicaba la gestación por sustitución, siempre que existiera resolución judicial de la autoridad extranjera, extendían la inscripción de nacimiento. En todo caso, algunos Registros civiles consulares, cuando no existía resolución judicial extranjera que determinara la filiación, permitían la inscripción si se acreditaba prueba del vínculo biológico mediante prueba de ADN. Recuérdese que en los Registros consulares no hay Ministerio fiscal ejerciendo funciones de control de la legalidad. Pues bien, la DGRN dictó una nueva Instrucción el 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE nº45, 21 de febrero de 2019) que pretendía desincentivar esta práctica, al menos en países en los que no intervenía una autoridad judicial. En este sentido, se establecía que las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serían estimadas salvo que existiera una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que fuera firme y dotada de *exequatur*, u objeto del debido control incidental cuando procediera, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Si no existía sentencia, el encargado del Registro Civil consular debía suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serían notificadas por el encargado del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil. En todo caso el solicitante podría obtener, si procedía, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar el cumplimiento de todas las garantías con el necesario rigor probatorio, se debía iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación; vid. ampliamente, Díaz Fraile (2019), Quicios Molina (2021: 184-193).

materia de derechos de los menores y de las mujeres gestantes, se acuerdan varias directrices:

1ª.- Dejar sin efecto las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

2ª.- No admitir como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución una certificación registral extranjera, ni la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente.

3ª.- No practicar la inscripción de la filiación de las solicitudes pendientes a la fecha de la presente Instrucción.

4ª.- Podrá obtenerse de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos correspondientes para que los menores puedan viajar a España y, una vez aquí, la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

Esta Instrucción debe valorarse positivamente pues pone fin a una discordancia interpretativa largamente sostenida en el tiempo y se alinea debidamente con la normativa sustantiva y su interpretación jurisprudencial; además, establece reglas claras y aplicables a todos los supuestos. Ahora bien, no contempla la Instrucción todas las situaciones que pueden originarse en la práctica, pues en ella se parte del establecimiento previo de la filiación biológica, y no siempre este vínculo biológico existe, y, además, no establece cuáles son los cauces legales previos a la constitución de la adopción.

Aunque en la primera parte de la Instrucción, y conectado al artículo 10, se hace referencia a *los medios ordinarios de determinación legal de la filiación*, refiriéndose, a continuación, exclusivamente, a la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico y a la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo, en la Directriz 4ª se limita a señalar que *la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención...*, sin excluir de forma expresa

otros modos de determinación de la filiación previstos en el artículo 120 CC que podrán, a nuestro juicio, utilizarse para determinar la filiación biológica del padre comitente, a fin de dar cumplimiento a las exigencias de prontitud y eficacia impuestas por el TEDH.

Así, aun partiendo siempre de que la fórmula adecuada es la adopción, las distintas situaciones que pueden originarse en la práctica exigen una respuesta diversa, pues lo que en ningún caso puede defenderse, a nuestro juicio, es que la Instrucción se agota en los supuestos en los que existe vínculo biológico o que el vínculo biológico de uno de los comitentes sea presupuesto de la adopción, pues ésta se constituye siempre en interés del niño nacido de gestación por sustitución, garantizando con ello el respeto a su vida familiar efectiva ex artículo 8 CEDH, que exige la preservación de la relación de afecto que le une al padre o madre de intención.

En este análisis debe distinguirse entonces según exista vínculo biológico con el padre comitente o no exista vínculo biológico en los comitentes. Cuestión que, en este punto, puede considerarse controvertida es el recurso a la adopción de la madre comitente cuando es la madre genética del niño nacido de la gestación por sustitución; tanto el TEDH, en sentencia de 16 de julio de 2020, asunto D c/Francia, como el Tribunal Supremo y la Instrucción de 28 de abril de 2025, admiten la determinación legal de la filiación paterna conforme a lo establecido en el artículo 10 LTRHA (filiación materna determinada por el parto) y remiten a la adopción para el establecimiento de la filiación respecto del padre o madre comitente sin distinción⁴⁴.

A) PADRE COMITENTE BIOLÓGICO Y PADRE O MADRE DE INTENCIÓN

Este es el caso previsto en la Instrucción 2025, una vez determinada la filiación biológica respecto del padre comitente, se abre la vía de la adopción como fórmula adecuada para determinar la filiación del padre o la madre comitente de intención. Adoptar al hijo del cónyuge o de la pareja de hecho, supuesto al que se refiere expresamente la regla segunda del artículo 176.2 CC, no plantea especiales dificultades procedimentales y puede obtenerse en un plazo razonable, cumpliéndose así con la exigencia del TEDH (vía rápida y eficaz); además, las reglas sobre la edad de los adoptantes no operan para los casos recogidos en el art.176.2 CC, a tenor de lo establecido en el artículo 175.1 CC.

⁴⁴ *Vid.* en otro sentido, Quicios Molina (2021: 201).

En ningún caso, a nuestro juicio, puede denegarse la adopción sobre la base de la existencia de un contrato de gestación por sustitución, cuya nulidad es precisamente la que determina la procedencia de la adopción como vía para establecer la filiación cuando esta no es biológica, ni establecer exigencias que, en el caso de la gestación por sustitución, son de difícil o imposible cumplimiento (como requerir el asentimiento de la madre gestante). Recuérdese que la adopción se pronuncia en interés del menor al que no puede oponerse sanción ni trato discriminatorio por razón de su procreación a través de una práctica prohibida⁴⁵.

En principio, la Instrucción de 28 de abril de 2025, tan sólo exige para la filiación adoptiva posterior que se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías que, por lo general, y a la vista de los casos enjuiciados, siempre concurren, lo que no dispensa de su oportuna verificación por parte del juez antes de constituir la adopción (consentimiento de los adoptantes, existencia de un proyecto parental, convivencia efectiva y vínculos de afecto). Además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 176.1 CC, el juez verificará la idoneidad del padre o madre comitente, entendida como *la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción* (art.176.3 CC).

En estos casos, la dificultad puede encontrarse en la oposición del padre biológico a la adopción, lo que impide su constitución como la impediría en cualquier otro supuesto (STS 1958/2023, de 16 de mayo); en este caso, el interés del menor se concreta en su derecho a mantener relaciones con las personas a las que le unen vínculos afectivos estrechos y queda garantizado cuando se establecen fórmulas de comunicación y estancia con el padre o madre de intención (art.160.2. CC).

B) PADRES O MADRES COMITENTES QUE NO PRESENTAN VÍNCULO BIOLÓGICO CON EL NACIDO DE UNA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La Instrucción no prevé el supuesto de que el padre biológico no exista (STS 1153/22, de 31 de marzo); para este caso, no hay una previsión legal en las reglas de la

⁴⁵ En la práctica sí han sido denegadas algunas adopciones solicitadas por la madre o el padre de intención, vid. por ejemplo la AAP Barcelona 6994/2018, de 16 de octubre (ECLI:ES:APB:2018:6494A); en detalle, Quicios Molina (2021: 202-207); Cabezudo Pinto (2024: 5-6).

guarda, acogimiento y adopción, ni en el Código civil ni en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, por lo que será preciso determinar, a la luz de las normas citadas, cual es el procedimiento más adecuado.

En todo caso, con carácter previo, hay que realizar algunas consideraciones porque la situación familiar en la que se encuentra un niño nacido de una gestación por sustitución presenta unas particularidades que condicionan decisivamente la respuesta a esta cuestión:

En primer lugar, aunque, en principio, en materia de protección de la infancia y la adolescencia, la familia de origen se conecta a la familia biológica, el núcleo fáctico en el que se desenvuelve la vida familiar del niño nacido de una gestación por sustitución debe considerarse su familia de origen.

Ello implica, en segundo lugar, descartar la intervención de la Entidad pública que tiene encomendada en la Comunidad Autónoma la protección de la infancia y la adolescencia que actúa en situaciones de desprotección social del menor, mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo y de desamparo. La renuncia de la madre gestante a su maternidad no coloca al niño en situación de riesgo⁴⁶ o desamparo⁴⁷ pues sus necesidades de cuidado están atendidas por los comitentes, si no fuera así, naturalmente, se aplicarían las reglas generales.

En consecuencia, queda excluida la fórmula del acogimiento familiar pues el presupuesto para su adopción es la imposibilidad de mantener al menor en el entorno familiar de origen (situación de desamparo); no debe equipararse, a nuestro juicio, el núcleo familiar de facto en el que conviven los comitentes y el niño y que constituye vida familiar ex artículo 8 CEDH con la familia de acogida que es un remedio legal para los casos en los que existe una disfunción en la familia de origen, una disfunción que aquí no existe. Además, ello podría tener incidencia en la adopción pues existen Comunidades

⁴⁶ Según el artículo 17.1. LOPJM se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, la persona menor de edad se ve perjudicada en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar

⁴⁷ El artículo 18.2 LOPJM y el art.172 CC definen el desamparo como la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Autónomas que no permiten la adopción a los acogedores (Castilla y León). También quedaría excluida la guarda con fines de adopción que, al igual que el acogimiento familiar, presupone la declaración de desamparo del menor (art.176 bis.1. CC) y, por ello, ambos cauces deben descartarse, aunque se citen en la STS 247/2014 y en la más reciente STS 5879/2024 como vías para la integración jurídica del niño en el núcleo familiar⁴⁸; si existiera desamparo la norma exige apartar al menor de su familia de origen y procurarle una alternativa en acogida familiar y, en defecto de ésta, residencial (art.2.b y art.20 LOPJM). Estas fórmulas se desenvuelven en el sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

Teniendo en cuenta estas consideraciones y a tenor de la regulación del Código civil en materia de protección de menores, tres fórmulas, que pueden constituirse al margen del sistema de protección, podrían utilizarse:

- a) Adopción constituida por resolución judicial sin propuesta de la Entidad pública ni declaración de idoneidad por haber estado bajo tutela del adoptante durante más de un año (art.176.2.3ª CC). Ello exige como cauce previo la constitución de la tutela a favor de la madre comitente en virtud de los artículos 199.2º CC (quedan sujetos a tutela los menores no emancipados no sujetos a patria potestad), 206 CC (Está obligada a promover la constitución de la tutela la persona física bajo cuya guarda se encuentre el menor) y 214 CC (en defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, la autoridad judicial designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en el interés superior de éste, considere más idóneo) y transcurrido el año quedaría abierta la vía de la adopción.
- b) Otra posibilidad sería considerar a la madre comitente como una guardadora de hecho a la que se le pueden atribuir facultades tutelares ex artículo 237.1 2º pfo. CC e incluso entender que ya ha ejercido estas facultades tutelares *de facto*, pues en la esfera familiar la madre comitente desempeña importantes funciones de crianza y cuidado y garantiza el bienestar del menor. En ambos casos, se podría considerar aplicable al guardador con facultades tutelares, la norma prevista para el tutor.
- c) También se contempla en el artículo 237.1.2ºpfo., *in fine*, la posibilidad de constituir por el juez un acogimiento temporal, siendo acogedores los

⁴⁸ Admite la guarda con fines de adopción como vía previa a la adopción, Farnós (2022:1306).

guardadores, desligado de la declaración de desamparo a la que se refiere en el artículo 237.2 CC. Se trata de un acogimiento constituido por el juez frente al acogimiento familiar que se constituye por la Entidad Pública (art.20.2 LOPJM), no se adjetiva como familiar, precisamente, para distinguirlo del acogimiento del sistema de protección. Se prevé como temporal sin especificarse su duración ni la causa que puede ponerle fin, aunque una lectura de conjunto permitiría mantener el acogimiento hasta la constitución de la medida de protección adecuada (la adopción). En todo caso, lo importante a los efectos de la adopción es que se atribuyan facultades tutelares a los acogedores con el fin de posibilitar la aplicación del artículo 176.2.3ª CC.

De estas posibilidades, la constitución de la tutela a favor de la madre comitente parece la fórmula formalmente más adecuada, pues asegura la aplicación del art.176.2.3ª CC y la culminación del proceso de adopción que resulta una vía obligada a tenor de la doctrina del TEDH expuesta y de las decisiones de nuestro Tribunal Supremo, siempre que se den las circunstancias legalmente exigidas (idoneidad y existencia de núcleo familiar con garantías); también permite obviar el requisito de la edad no aplicable a los supuestos en los que no se requiere propuesta previa de la Entidad Pública a tenor de lo establecido en el artículo 175.1 CC.

La opción de la guarda de hecho y la constitución del acogimiento temporal se revela como el proceso más ágil y eficaz y, sin duda, menos gravoso, pero, comporta el riesgo de no ser reconocido judicialmente como figura análoga a las previstas en el art.176.2.3º CC.

VI. CONCLUSIONES

El Ordenamiento jurídico español prevé instrumentos para garantizar los derechos de los niños nacidos de una gestación por sustitución (su derecho a la identidad, el acceso a sus orígenes, el disfrute de su vida familiar), a los que naturalmente alcanzan las obligaciones positivas impuestas al Estado español en la Convención Internacional de los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 y en las leyes nacionales de protección de la infancia y a los que no se puede oponer la prohibición de la gestación por sustitución. Estos instrumentos permiten determinar la filiación biológica del padre comitente, si existe, y constituir la adopción cuando hay una convivencia familiar efectiva, con las garantías de ambas instituciones.

Como señala el Tribunal Supremo (STS 1153/2022, de 31 de marzo), esta interpretación, además de proteger el interés del niño en concreto, intenta salvaguardar los derechos fundamentales de la madre gestante y de los niños en general que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación por sustitución comercial, pues se facilitaría la actuación de las agencias de intermediación, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación de un contrato de gestación por sustitución comercial, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin ni siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor.

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto debería de perfilarse adecuadamente la fórmula para que la adopción del niño por su madre o padre de intención, cuando no se haya determinado la filiación biológica paterna, cumpla las exigencias del TEDH y sea rápida y eficaz, resultando adecuada tanto la atribución de la tutela a la madre comitente como paso previo a la adopción, proceso que garantiza que ésta se produce en interés del menor, como su consideración como guardadora de hecho o acogedora con facultades tutelares.

Considero, finalmente, que el Tribunal Supremo mantiene en materia de gestación por sustitución una posición firmemente comprometida con los derechos y las libertades fundamentales y que conjura el riesgo de normalizar prácticas incontroladas que violan los derechos humanos.

Bibliografía

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2022), “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022”, *Diario La Ley*, núm. 10069, Sección Tribuna, 16 de mayo de 2022 (pp. 1-12), disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/05/16/gestacion-porsustitucion-y-tribunal-supremo-espanol>
- ARECHEDERRA ARANZADI, L.I., (2018), *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2013), «La “legalización administrativa” de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739 (pp. 2905-2950).
- BARBER CÁRCAMO, R. (2014), «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *Derecho Privado y Constitución*, nº 28 (pp. 93-136).

- BECQUE-ICKOWICZ, S. (2025), «Réflexions sur les sources du droit et les fondements de la filiation», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2025 (pp.221-250).
- BELLVER CAPELLA, V.; ROMERO y WENZ, L., (2025), *¿Gestar hijos para otros? Debates éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, dBolsillo, Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2022), “Maternidad Subrogada” (Tribuna), *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 4, pp.2-6. DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.29>
- BIANCA, M. (2025), «L’oxymore juridique de l’enfant né de GPA : le choix inacceptable du système juridique italien», *Droit de la Famille*, 2025-4 (pp. 32-34).
- BRUNET, L. (2013), «El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE», [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_ET(2013)474403)
- CABEZUDO BAJO, M^a.J., (2023), (Dir), *Distintos enfoques de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*, Dykinson, Madrid.
- CASTELLANOS RUIZ, E. (2024), “Novedades en torno a los efectos legales de la gestación subrogada según el derecho internacional privado español: el caso de Ana García Obregón”, *Derecho Privado y Constitución*, 44 (pp. 125-173).
- CORREA DA SILVA, W., (2021), *Maternidad subrogada. Vulnerabilidades, Derechos humanos, explotación y autonomía*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- D’AVOUT, L. (2024), «GPA: la première Chambre civile couvre la fraude et institue le droit à l’enfant», *La Semaine Juridique*, 48, 2 de décembre de 2024, act.1410.
- DÍAZ FRAILE, J.M. (2019), “La gestación por sustitución ante el Registro civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, VI-1 (pp.53-131).
- ESTELLÉS PERALTA, P.M., (2023), (Dir), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2022), «La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual”, *Anuario de Derecho Civil*, 2022-III (pp.1281-1314).
- FULCHIRON, H. (2014), «La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?», *Journal de Droit International*, n° 2 (pp. 563-588).
- FULCHIRON, H. (2025), “Dossier, La filiation des enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui. Perspectives de droit interne et de droit comparé», *Droit de la Famille* (2025-4), 16-38.
- FULCHIRON, H. y GUILARTE MARTIN-CALERO, C. (2014), «L’ordre public international à l’épreuve des droits de l’enfant : non à la GPA internationale, oui à l’intégration de l’enfant dans sa famille», *Revue Critique de Droit International Privé*, 103 (3) (pp.531-558).

- GARCÍA RUBIO, M^a P. y HERRERO OVIEDO, M. (2018), «Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52 (pp. 67-89).
- HEREDIA CERVANTES, I., (2014), «Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero. Comentario a la Sentencia de 6 de febrero de 2014», *CCJC*, n° 96 (pp.177-214).
- JORQUI AZOFRA, M., (2020), «La difícil conciliación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico con los derechos fundamentales involucrados», *Derecho Privado y Constitución*, 37 (pp. 381-426).
- LARA AGUADO, A. (2022), «La encrucijada entre el derecho a la identidad personal de los menores nacidos por contratos de gestación por sustitución y el respeto a los derechos fundamentales», *CCJC*, n° 120 (pp.1-11).
- LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., «Impugnación de la filiación materna de la madre gestante», *CCJC*, n° 129 (pp.1-7).
- LUCAS ESTEVE, A. (2019), (Editor), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARRADES PUIG, A., (2017), «La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos», *Revista Estudios de Deusto* (2017-1), 219-241. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp219-241](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp219-241)
- MINERO ALEJANDRE, G., (2023), «Posesión de Estado, interés superior del menor, vínculo afectivo de los niños entre sí y determinación legal de la filiación en casos de maternidad subrogada», *CCJC*, n° 123 (pp.1-7).
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2022), «Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad», *Cuadernos de Derecho Privado*, 2 (pp.134-190).
- QUICIOS MOLINA, S. (2014-a), «¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción humana asistida?», *CCJC*, n° 95 (pp.609-630).
- QUICIOS MOLINA, S. (2019), «Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar», *Revista de Derecho Privado*, n° 103 (pp. 3-46).
- QUICIOS MOLINA, S. (2021), «La respuesta de los ordenamientos jurídicos que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. El caso español», en *Filiación, Gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de Derecho Comparado*, GONZÁLEZ MARTÍN (Ed), UNAM, México, 2021, pp.175-207.
- ROMERO GARCÍA-ARANDA, B., (2023), *Determinación de la filiación en España cuando se emplea la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*, Aranzadi, Cizur Menor.

- SALAZAR BENÍTEZ, O., (2018), *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid.
- SERRANO OCHOA, M^a.A. (2024), *Legitimidad constitucional de la gestación por sustitución solidaria en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Cizur Menor.
- VAQUERO LÓPEZ, M^a.C., (2025), «Denegación de reconocimiento de sentencia extranjera por la que se determina la filiación de menores nacidos mediante gestación por sustitución a favor de los padres comitentes», *CCJC*, nº 128 (pp.1-13).
- VAQUERO PINTO, M^a.J., (2024), «La adopción del menor nacido por gestación por sustitución: el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuando se invoca el interés superior del menor Comentario a la STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero», *CCJC*, nº 126 (pp.1-23).

Informes

- Declaración de Casablanca (2023). <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/texto-de-la-declaracion/>
- Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (2017). https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf
- Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, Asamblea General, 15 de enero de 2018, A/HRC/37/60, <https://docs.un.org/es/A/HRC/37/60>
- Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, Asamblea General, 15 de julio de 2019, A/74/182 <https://docs.un.org/es/A/74/162>
- Informe de la Relatora especial, REEM ALSALEM, sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y sus consecuencias, Asamblea General 14 de julio de 2025, A/80/158, <https://docs.un.org/es/A/80/158>