

## LA FILIACIÓN DE MENORES NACIDOS POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

*Paola Zouak Lara*

Becaria de Investigación del Departamento de Derecho civil  
Universidad de Granada

---

TITLE: *Filiation of children born by surrogacy: Current situation in Spain and future perspectives*

RESUMEN: Cada vez es más frecuente establecer la filiación basada en la voluntad o intención a través de la gestación por sustitución, incluso en países que no permiten esta práctica: los comitentes contratan a la gestante en el extranjero y luego reclaman en el país de destino el reconocimiento de la filiación ya establecida, lo que se ve favorecido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que vinculan la filiación a los derechos a la vida privada y familiar y a la identidad, con trascendencia para ejercer la libertad de circulación. Esto parece obligar a respetar la continuidad de la filiación ya establecida, con unas condiciones que están estudiando la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y la Unión Europea, que se están centrando en el reconocimiento de la filiación, en vez de en la abolición de esta práctica, que suscita innumerables problemas éticos y jurídicos.

ABSTRACT: : *It is increasingly common to establish filiation based on the will or intention through surrogacy, even in countries that do not allow this practice: the intended parents hire the surrogate abroad and then claim in the country of destination the recognition of the already established filiation, which is favoured by the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, which link filiation with the rights to private and family life and to identity, with significance to exercise freedom of movement. This seems to force us to respect the continuity of the filiation already established, with some conditions that are being studied by The Hague Conference on Private International Law and the European Union, which are focusing on the recognition of filiation, instead of on the abolition of this practice, which raises countless ethical and legal issues.*

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución, filiación, derecho a la vida privada y familiar, derecho a la identidad, continuidad de la filiación legalmente establecida.

KEY WORDS: *Surrogacy, filiation, right to private and family life, right to identity, continuity of legally established parenthood.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA FILIACIÓN COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD Y A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: REPERCUSIONES DE LA MOVILIDAD DE LAS PERSONAS EN LA CONTINUIDAD DE SU FILIACIÓN. 3. LA FILIACIÓN DERIVADA DE CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. 3.1. *La gestación por sustitución en Derecho comparado: heterogeneidad normativa.* 3.2. *Situación actual de la gestación por sustitución en España: panorama normativo y doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.* 3.2.1. Regulación contraria a la gestación por sustitución en la normativa española. 3.2.2. Instrucciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública: ¿coherencia o inconsistencia del sistema legal? 4. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FILIACIÓN DE LOS MENORES NACIDOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A PARTIR DE LA LABOR JURISPRUDENCIAL. 4.1. *Avances en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* 4.1.1. Alcance de la filiación biológica paterna y su incidencia en el derecho a la vida privada del menor. 4.1.2. Inexistencia de vínculos genéticos con los comitentes y prevención de los supuestos de tráfico y trata de

menores. 4.1.3. Derecho a la vida privada y relación de filiación de la madre de intención y del comitente que es cónyuge o pareja del padre biológico. 4.2. *Libertad de circulación y continuidad del estatuto personal en el marco de la Unión Europea y su incidencia en la continuidad de la filiación derivada de contratos de gestación por sustitución.* 4.3. *La posición del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional español: búsqueda de un equilibrio entre la negativa a admitir la gestación por sustitución en España y el interés superior del menor ya nacido.* 4.4. *Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las jurisprudencias nacionales.* 5. PERSPECTIVAS DE FUTURO RESPECTO A LA FILIACIÓN DERIVADA DE CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ¿ABOLICIONISMO O REGULACIONISMO? 5.1. *División en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: ¿opción por un Protocolo para el reconocimiento de la filiación en casos de gestación por sustitución o por un Convenio sobre filiación en general?* 5.2. *Proyecto de Reglamento (UE) del Consejo sobre filiación y certificado de filiación europeo: mantenimiento del orden público internacional como límite.* 5.3. *¿Conveniencia de una normativa nacional reguladora?* 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA. OTROS RECURSOS

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución, término usado en el art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), es un contrato celebrado entre una mujer (gestante) y una o varias personas (padres/madres de intención o comitentes), por el que la gestante se somete a una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) para gestar y dar a luz a un bebé, que debe entregar a los comitentes, que serán los padres legales tras la renuncia de la gestante a su relación materno-filial, a cambio de un precio o de manera gratuita. Las variantes que se pueden utilizar para la gestación son múltiples: la gestante puede aportar sus propios óvulos (gestación tradicional) o no hacerlo (subrogación gestacional) y el/los comitentes pueden dar ambos su material genético (gestación homóloga), o recurrir en todo o en parte a donantes (gestación heteróloga) (SCOTT, 2013: 69). Existe otro contrato, que es el de encargo de la gestación por sustitución a la agencia intermediaria, por el cual, los padres de intención se comprometen a pagar los honorarios convenidos a la agencia y ésta se obliga a ayudarlos a encontrar una gestante, ponerlos en contacto con los profesionales, gestionar los trámites administrativos y a entregarles el niño. Muchos países no admiten esta práctica en su territorio, por entender que atenta contra la dignidad de mujeres y niños, al convertir al menor en objeto del contrato y mercantilizar el cuerpo de la mujer, aprovechándose de su situación de vulnerabilidad (NUÑO GÓMEZ, 2016: 683-700). Pero, otros Estados sí establecen esta relación de filiación socioafectiva basada en la voluntad o intención (TAMAYO HAYA, 2013: 261-316), porque priorizan la autonomía de la voluntad de los contratantes y la libertad de las mujeres de tomar sus propias decisiones sobre su cuerpo, ayudando a ser padres/madres a quienes tienen deseo de tener hijos (FARNÓS AMORÓS, 2010: 1-25). Las regulaciones permisivas o tolerantes con la gestación por sustitución permiten a las

agencias promover la contratación de gestantes, originando un «turismo procreativo» (HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2014: 147) y el nacimiento de miles de niños utilizando esta práctica en países que consideran a los comitentes sus padres legales. El problema surge cuando familias residentes en países como España, que no permiten la práctica, no reconocen la filiación tal cual ha sido establecida en el extranjero, vulnerando el interés superior del menor (GARCÍA RUBIO, 2020: 14-49), que podría ser apátrida y no tener derecho a alimentos, ni derechos sucesorios, ni una identidad reconocida en el país de los comitentes. Esta realidad cada vez más frecuente ha dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La inseguridad jurídica de estos menores también preocupa al Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y a la Unión Europea (UE), que están elaborando un Convenio/Protocolo y una Propuesta de Reglamento, respectivamente, para facilitar el reconocimiento de las filiaciones de menores nacidos de gestación por sustitución en el extranjero, pese a algunas peticiones de abolición universal de la gestación por sustitución, como la que promueve la Declaración de Casablanca 2023 por la abolición mundial de la maternidad subrogada, firmada el 3 de marzo de 2023 por 100 expertos de 75 nacionalidades o la Coalición Internacional por la Abolición de la gestación subrogada.

El objeto de estudio de este artículo es la filiación de los menores que nacen en el extranjero de gestación por sustitución, considerando la filiación como elemento integrante del derecho a la identidad y del derecho al respeto a la vida privada y familiar del menor, tal y como ha sido configurado por la jurisprudencia del TEDH. Me centraré en el momento en que ya ha nacido el menor, cuando lo relevante son sus derechos (GARCÍA RUBIO y HERRERO OVIEDO, 2018: 70), con independencia de la valoración que merezca la gestación por sustitución, aunque tendré en cuenta este aspecto para valorar la normativa española y preguntarme si conviene una regulación. El objetivo de esta investigación es descubrir qué consecuencias tiene vincular la filiación con los derechos a la identidad y a la vida privada y familiar del modo en que lo ha hecho el TEDH; concretamente, averiguar hasta qué punto el respeto a la vida privada y familiar y a la identidad de estos menores exige que se les garantice la continuidad de la filiación por gestación por sustitución ya establecida en el extranjero cuando se desplacen a otros países. Si hubiera que garantizarles en todo caso esa continuidad de su filiación, el derecho a la vida privada y familiar llevará consigo el derecho a que se les reconozca la filiación por gestación por sustitución establecida por autoridad extranjera. En tal caso, habría que averiguar si en España, conforme al art. 10.3 LTRHA y según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), se protege suficientemente el derecho a la identidad y al respeto a la vida privada y familiar; o si, por el contrario, dicha regulación no es bastante y es necesario *reconocer* la filiación tal y como consta

en los documentos extranjeros (sentencias o certificados de nacimiento) y, en tal caso, si será necesaria una regulación en España y de qué tipo.

Por otro lado, la continuidad de la filiación por gestación por sustitución de ciudadanos de la UE puede plantear problemas específicos en los casos en que la filiación ha sido establecida en un Estado Miembro de la UE y se pretende hacer efectiva en otro Estado Miembro, porque si no se reconoce, podría obstaculizarse la libertad de circulación. Por eso, abordaré jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relativa al reconocimiento del estatuto personal en la UE, para descubrir cómo incide la necesidad de respetar el ejercicio de las libertades de circulación en la exigencia de continuidad de la filiación de estos menores ya establecida en otro Estado Miembro y, a la inversa, cómo repercute en el ejercicio de las libertades de circulación el hecho de que a los menores ciudadanos de la UE nacidos de gestación por sustitución no se les reconozca la filiación establecida en otro Estado Miembro. También estudiaré la propuesta de Reglamento (UE) 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, para analizar cómo va a influir en las filiaciones por gestación por sustitución. Igualmente, analizaré el Convenio/Protocolo de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en materia de filiación, que persigue facilitar el reconocimiento de las filiaciones, entre ellas, las derivadas de gestación por sustitución, porque marca el futuro en este ámbito.

## 2. LA FILIACIÓN COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD Y A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: REPERCUSIONES DE LA MOVILIDAD DE LAS PERSONAS EN LA CONTINUIDAD DE SU FILIACIÓN

La filiación, regulada en el Código Civil (CC), Libro I, Título V, *De la paternidad y filiación* (arts. 108 a 141 CC), se puede definir como la condición de la persona determinada por su posición jurídica familiar, que vincula a los progenitores con los hijos, permitiéndoles su integración en una familia (LINACERO DE LA FUENTE, 2021: 387). La relación de filiación no requiere necesariamente que las personas guarden vinculación genética. De hecho, el CC ofrece numerosos ejemplos en que dicha vinculación no existe, como sucede en el caso de la presunción de paternidad matrimonial cuando el marido de la madre no es el padre biológico de la criatura (art. 116 CC), o con el reconocimiento de paternidad aun sabiendo que el menor no es el hijo biológico del padre, o en los casos de atribución de la paternidad a quienes se someten a TRHA con donación de gametos (art. 8 CC). Junto a la filiación biológica o natural se incluye la adoptiva (art. 108 CC) y un nuevo modo de establecer la filiación basado en la intención o voluntad, la filiación socioafectiva derivada de la gestación por sustitución, en la que hay intención y no

siempre vinculación genética, aunque el origen genético juega un papel muy importante en nuestra sociedad (ÁLVAREZ PLAZA, 2006: 423).

De la filiación derivan derechos: a alimentos, sucesorios, a apellidos, a una nacionalidad, a la expedición de un pasaporte y documentos de identidad y a un certificado de nacimiento que acredite su existencia como persona. Por eso, el art. 8 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 (CDN), dice que los Estados deben comprometerse a respetar el derecho del niño a preservar su identidad y vincula a dicha identidad la «nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas». Por tanto, hay una vinculación entre la filiación y la identidad de la persona. La identidad es la manifestación de la personalidad que permite la individualización de la persona, su identificación, distinguirla de las demás frente a cualquier otro individuo (SALVADOR GUTIÉRREZ, 2001: 3). Pero, aunque la CDN impone a los Estados la obligación de reconocer el derecho a la identidad, de respetarlo y de garantizarlo, no siempre se logra en los casos de movilidad internacional de los menores. Cuando la filiación se ha determinado en un país conforme a su normativa, no hay seguridad de que esa filiación la vaya a reconocer el país de destino del menor, cuando los documentos o actos extranjeros relativos a la filiación no respetan las garantías mínimas exigidas por su orden público internacional. Eso pone en entredicho el derecho a la identidad única del menor y también su derecho al respeto a su vida privada y familiar, porque, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la filiación es un elemento integrante de la identidad propia, personal, familiar y social y un aspecto esencial del derecho a la vida privada y familiar (STEDH Asunto *Menesson c. France* §§ 46,96 de 26 de junio de 2014; Asunto *Labassee c. France* §§ 38,75 de 26 de junio de 2014; Asunto *S.-H. c. Polonia* § 64 de 16 de noviembre de 2021). Esta vinculación entre filiación y derecho al respeto a la vida privada y familiar tiene implicaciones importantes, porque estos Derechos Humanos imponen una especie de obligación de permitir la continuidad de la relación familiar ya constituida en el extranjero (ARENAS GARCÍA, 2021: 58). El respeto a la vida familiar exige que se permita desde el nacimiento la integración del hijo en su familia, y el respeto a la vida privada requiere que la identidad (filiación) de una persona sea respetada y que se pueda conocer la filiación biológica para poder construir la identidad como sujeto. En este sentido se pronunció la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula VON DER LEYEN, cuando afirmó en septiembre de 2020 que, «Si eres padre o madre en un país, lo eres en todos los países», frase que se ha convertido en el lema de los trabajos sobre filiación que se están desarrollando en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y en la UE, aunque más que un derecho al reconocimiento de la filiación, lo que existe es una expectativa razonable de reconocimiento de una situación

que ya está consolidada de hecho y que no se ha creado fraudulentamente (QUIÑONES ESCÁMEZ, 2009: 38).

La continuidad de la filiación ya establecida en el extranjero también es importante en el marco de la UE, porque hay que facilitar la libre circulación de las personas, y, solo a esos efectos, también hay que respetar el derecho a la vida privada y familiar del menor (LARA AGUADO, 2022: 105-107 y 128-132): reconocer la filiación ya establecida en otro Estado Miembro es un presupuesto para que el ciudadano europeo pueda desplazarse sin obstáculos (ARENAS GARCÍA, 2021:69). En el marco europeo también la expectativa de reconocimiento de la filiación ya constituida en otro Estado Miembro es legítima si responde a una realidad familiar *de facto*, así que se puede denegar el reconocimiento por razones de orden público internacional y de fraude de ley (JIMÉNEZ BLANCO, 2018: 17 y 18) y (QUIÑONES ESCÁMEZ, 2009: 24-25).

### 3. LA FILIACIÓN DERIVADA DE CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

#### 3.1. *La gestación por sustitución en Derecho comparado: heterogeneidad normativa*

Los planteamientos sobre la gestación por sustitución en el mundo son muy variopintos. Hay países que no permiten la gestación por sustitución en su territorio (Alemania, Austria, España, Francia, Hungría, Italia, Suiza...), pero la variedad normativa entre los que sí la regulan es enorme y afecta a la modalidad de gestación por sustitución que se admite: solo altruista (Australia, Brasil, Canadá, Cuba, Grecia, Israel, Portugal, Reino Unido, Suráfrica...) o comercial (California, Georgia, Rusia, Ucrania...). Respecto a las condiciones subjetivas exigidas, hay países que solo ofrecen la gestación por sustitución a nacionales o residentes en el país (Armenia, Bielorrusia, Camboya, India, Nepal, Portugal, el Estado mexicano de Tabasco, Tailandia) y otros no exigen lazos con el Estado (Cuba), o les basta con que la gestante resida en el país (California) o que resida la gestante o la madre intencional (Grecia) (MÚRTULA LAFUENTE, 2022: 152-171). En algunos Estados se permite la gestación por sustitución a cualquier persona, individualmente o en pareja, mientras que otros solo la prevén para parejas heterosexuales, casadas o a mujeres solteras (Grecia); o solo a matrimonios heterosexuales (Ucrania). Algunos imponen a los comitentes un requisito de infertilidad u otra razón médica (Cuba, Grecia, Portugal, Reino Unido, Ucrania) y otros no exigen nada. Se suele prever que la gestante sea mayor de edad y tenga buena salud, así como que haya sido madre de menores sanos con anterioridad. La ausencia de vínculos genéticos entre la gestante y el menor la exigen muchos Estados (Cuba, Grecia, Ucrania), pero no todos; unos requieren que alguno de los comitentes aporte sus gametos (Portugal, Ucrania) y otros no (California, Grecia). En algunos casos, solo se atribuye la filiación al padre, debiendo la madre adoptar (Georgia). En ciertos países es

necesaria una sentencia judicial que atribuya la filiación a los comitentes antes del nacimiento (California) o después del parto (Australia, Canadá, Kazajistán, Reino Unido), o se requiere la intervención de una autoridad o un comité que autorice y controle la práctica (Cuba, Grecia, Israel); otros solo expiden un certificado de nacimiento y las partes quedan vinculadas por el contrato por el que se renuncia a la filiación ante notario (Ucrania).

Interesante es la situación del Reino Unido, que prohíbe la publicidad comercial de la gestación por sustitución, solo admite la gestación por sustitución altruista y el contrato no es vinculante para la gestante, que es inscrita en el Registro Civil como madre legal del menor, lo que permite que este pueda conocer sus orígenes; los padres intencionales pueden establecer su relación de filiación si lo solicitan después de un periodo de reflexión de entre 6 semanas y 6 meses, a través de la *parental order* que conceden los tribunales con el consentimiento de la gestante, aunque en la práctica son muy flexibles en interés del menor y conceden la orden de parentalidad incluso si no se cumplen los requisitos previstos legalmente. Así hizo la Sentencia *del England and Wales High Court of Justice Family Division*, de 9 de diciembre de 2008, *Re X & Y*, relativa a unos gemelos nacidos de gestación por sustitución de madre ucraniana casada y comitentes británicos residentes en Reino Unido. En el certificado de nacimiento ucraniano aparecían como padres legales los comitentes sin mención de la gestante. Los comitentes presentaron prueba de ADN acreditando que el padre de intención había aportado su semen y, aunque el Derecho inglés exige que la gestante renuncie y la gestación por sustitución fue comercial, en interés del menor se les concedió la *parental order* para que los niños entraran en UK.

Por ser países de la UE que permiten la gestación por sustitución y que, por tanto, pueden ser países de origen, interesa destacar el caso de Grecia, que la incorporó en el art. 1458 CC a través de la Ley 3089/2002, de reproducción humana asistida, modificada por la Ley 3305/2005 y por la Ley 4272/2014, admitiendo solo la gestación por sustitución altruista (con pago de gastos razonables a la gestante no superiores a 10.000 euros), gestacional, para mujeres casadas o con pareja de distinto sexo o mujeres solteras que no puedan gestar por sí mismas y solo si la gestante o la madre de intención residen temporalmente en Grecia (art. 17 Ley 4272/2014). Antes de comenzar la técnica de reproducción humana asistida, el juez del distrito donde reside la gestante o la comitente debe autorizar el acuerdo hecho ante notario entre la gestante y los comitentes; la gestante no puede reclamar la filiación (salvo que haya aportado sus óvulos, pese a la prohibición legal, en cuyo caso dispone de 6 meses desde el nacimiento para reclamarla) y los comitentes se inscriben como padres legales en el Registro Civil (VASTAROUCHA, 2019: 2).

Otro país de la UE que también admite la gestación por sustitución es Portugal, que la regula en la Ley 32/2006 de procreación médica asistida (*Diário da República* nº 143/2006, Série I de 26/07/2006), modificada por la Ley 25/2016, de 22 de agosto y por la Ley nº 90/2021, de 16 de diciembre (Ley nº 90/2021, *Altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida, Diário da República* nº 242/2021, Série I, pp. 13-16, de 16/12/2021). La primera fue declarada inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) portugués 225/2018, de 24 de abril, por no permitir a la gestante revocar su consentimiento una vez iniciada la TRHA y por no permitir conocer el origen de los gametos donados ni a la gestante. La segunda, también fue declarada inconstitucional por la STC 465/2019, de 18 de septiembre (*Diário da República*, 1ª Serie, Nº 201, de 10/10/2019), por no contemplar la revocación del consentimiento de la gestante una vez iniciada la TRHA. Actualmente se prevé la gestación por sustitución altruista con compensación de gastos a la gestante; esta no puede tener relación profesional con los comitentes, que deben ser portugueses o residentes en Portugal; debe ser por razones médicas, con vinculación genética de alguno de los comitentes y no de la gestante, tiene que estar autorizada previamente por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, con garantía de que la gestante conoce las consecuencias legales, médicas y psicológicas de la gestación por sustitución; cabe la revocación del consentimiento de la gestante hasta 20 días después del parto, aunque el niño se considera hijo de los comitentes.

Respecto a los Estados de destino de los menores, suelen ser países que no permiten la gestación por sustitución. Entre ellos también hay variedad: los hay que prevén una acción de reclamación de la paternidad biológica (España) o permiten la adopción del hijo del cónyuge (Bélgica, España, Francia, Países Bajos) o reconocen la filiación por posesión de estado (Bélgica), e, incluso quienes transcriben los datos de filiación que constan en las sentencias extranjeras (Alemania, Francia) [QUIÑONES ESCÁMEZ, 2009: 37].

### *3.1. Situación actual de la gestación por sustitución en España: panorama normativo y doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*

#### *3.1.1. Regulación contraria a la gestación por sustitución en la normativa española*

El art. 10.1 LTRHA declara nulo de pleno derecho «el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». Sin embargo, no hay consenso sobre si la práctica de la gestación por sustitución está prohibida en España. Defienden la no

prohibición en España, entre otros, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2022: 3; ATIENZA RODRÍGUEZ, 2008: 4-9 o HEREDIA CERVANTES, 2015: 339-396. En cambio, afirma que sí está prohibida DÍAZ FRAILE, 2019: 68. Lo que sí está claro es que el art. 1261 CC exige consentimiento, objeto y causa para la validez de los contratos. Por tanto, no es válido el contrato celebrado entre gestante y comitentes ni el concluido entre padres de intención y la agencia intermediaria por varios motivos: por el objeto, porque no puede recaer sobre cosas que estén fuera de comercio (art. 1271 CC), como el cuerpo humano o un bebé; y por la causa, porque tiene que ser lícita y no lo es si se opone a la ley o a la moral (1275 CC), que es justamente lo que sucede con estos contratos, que atentan contra la dignidad de la mujer gestante, por mercantilizar sus funciones reproductivas y contra la dignidad del menor, al convertirlo en objeto del contrato.

Por ello, llama la atención que algunas sentencias españolas estimen las pretensiones de los comitentes que reclaman una indemnización por incumplimiento de contratos en los que se incluyen cláusulas de éxito que garantizan conseguir un bebé sano, comprometiéndose la empresa a devolver el precio pagado si no se lograba ese fin (SAP de Barcelona 618/2019, de 28 de noviembre de 2019, SAP Barcelona 287/2019, de 13 de mayo de 2019; SAP Barcelona 524/2019, de 26 de septiembre de 2019 y SAP Barcelona 618/2019, de 28 de noviembre de 2019). Desde el punto de vista contractual, un contrato nulo de pleno derecho es inválido y no produce efecto alguno ni genera obligaciones que puedan resultar incumplidas (art. 6.2, 1303, 1305 y 1306 CC), por lo que no es lógico acudir a la figura del incumplimiento contractual para dar solución a los conflictos planteados. Incluso en el caso de que el contrato se rigiera por una ley extranjera, según los criterios de conexión previstos en el art. 10.5 del CC -ya que está excluido del Reglamento (CE) Nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en virtud de su art. 1.2º b)-, dicha ley quedaría descartada por su incompatibilidad con el orden público internacional español, por ser incompatible con la dignidad de la persona.

Debe tenerse en cuenta que el art. 27 LTRHA impone sanciones a las clínicas que no respeten la LTRHA, cuyo art. 26 LTRHA considera infracción muy grave la realización o práctica de técnicas no previstas en el Anexo, debiendo destacarse que, en el Anexo A) LTRHA no se menciona la gestación por sustitución entre las TRHA. Y también hay que recordar que el Código Penal (CP) tipifica el delito de suposición de parto (art. 220) y el de entrega del hijo a terceros para alterar la filiación sin atender al procedimiento legal de la guarda, acogimiento o adopción para establecer una relación análoga a la filiación, aunque el menor haya sido entregado en el extranjero (art. 221). No obstante, la realización de una gestación por sustitución en el extranjero no se sanciona en

España, porque no tienen competencia los tribunales españoles para juzgar estos hechos si la conducta no está doblemente sancionada en España y en el lugar de comisión del hecho (art. 23 Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ).

De esto se deduce que la voluntad del legislador español es contraria a la práctica de la gestación por sustitución en España y, de hecho, aunque ha habido algunos intentos de regular la gestación por sustitución en nuestro país (Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 30/03/23), 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, define la gestación por sustitución igual que el art. 10.1 LTRHA y establece la misma sanción de nulidad para el contrato. El punto II del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2023 dispone que la gestación por sustitución es una vulneración grave de los derechos reproductivos, que constituye una forma de violencia contra las mujeres, una forma grave de violencia reproductiva. El art. 10.2 LTRHA especifica que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto», por lo que rige la regla *mater semper certa est*. Por eso, los comitentes no acuden a las clínicas españolas para la gestación por sustitución, pues no lograrían su propósito de que la maternidad se estableciera a favor de la madre de intención, sino que acuden a países que sí establecen la filiación basada en la socio-afectividad, por ello, los problemas que se plantean en España son de menores nacidos en el extranjero, que pretenden que su filiación se les reconozca e inscriba en el Registro Civil español y quieren obtener prestaciones de la Seguridad Social u otros beneficios sociales [SSTS (Pleno) 881/2016, de 25 de octubre de 2016; 953/2016, de 16 de noviembre de 2016; 1002/2017 y 1005/2017, de 14 de diciembre de 2017; 277/2018, de 13 de marzo de 2018 y 347/2018, de 22 de marzo de 2018].

Veamos si en la práctica registral se reconoce en España la filiación tal y como se ha establecido en el extranjero (método del reconocimiento) o si se opta por reconstruir (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2017: 165-200), esto es, establecer *ex novo* ante la autoridad española la filiación de esos menores, según los arts. 10.2 y 10.3 LTRHA.

3.1.2. Instrucciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública: ¿coherencia o inconsistencia del sistema legal?

Los Encargados del Registro Civil, aparte del art. 10 LTRHA, la LRC y el RRC, deben atender a la Instrucción de la (entonces) Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 5 de octubre de 2010 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que continúa en vigor tras la Instrucción de 18 de febrero de 2019, dictada para derogar otra de 14 de febrero

de 2019, que no se llegó a publicar en el *BOE*. La Instrucción de 2010 dispone que solo se practiquen inscripciones de filiación por gestación por sustitución establecidas en resolución judicial extranjera que haya obtenido el *exequatur* o superado el control incidental (en el caso de resoluciones de jurisdicción voluntaria), sin que sirvan de título las certificaciones registrales extranjeras. Esto contradice el criterio que mantuvo el Órgano Directivo en la Resolución de 18 de febrero de 2009, que ordenó por primera vez que se inscribiera en el Registro Civil español la filiación de menores nacidos por gestación por sustitución, utilizando como título para la inscripción una certificación de nacimiento extranjera. La Resolución se refería a dos gemelos nacidos en California de comitentes españoles residentes en Valencia y gestante estadounidense. La DGRN ordenó que se inscribiera la paternidad de los comitentes conforme a la certificación registral californiana, en contra del criterio del Cónsul español, que se negó a practicarla, porque en el certificado extranjero no constaba el nombre de la madre y resultaba evidente que se trataba de una gestación por sustitución, al ser los padres dos varones, lo que iba contra el art. 10.2 LTRHA. La Resolución dispuso que no era aplicable al art. 10.2 LTRHA, porque no era un problema de *ley aplicable* a la filiación, sino un problema de *reconocimiento* de la certificación registral extranjera y que no era incompatible con el orden público internacional atribuir la filiación a dos hombres, por lo que ordenó la transcripción de los certificados de nacimiento californianos. Dicho pronunciamiento suscitó muchas críticas: por no haber tenido en cuenta que la filiación se había establecido en una sentencia que homologaba un contrato de gestación por sustitución; porque la certificación registral solo acreditaba dicha filiación ya establecida en virtud de una sentencia judicial, sin que se pudiera separar el certificado de nacimiento de la sentencia californiana, que tenía que haber sido reconocida a través del *exequatur* (HEREDIA CERVANTES, 2015: 349; QUIÑONES ESCÁMEZ, 2009: 5-8 y 13-15) y porque la Resolución había ignorado el art. 10 LTRHA (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2009: 2117-2119).

El Ministerio Fiscal impugnó la Resolución; el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia dictó sentencia el 17 de septiembre de 2010, anulando la Resolución recurrida y dejando sin efecto la inscripción y la Dirección General dictó entonces la Instrucción de 2010. La Sentencia del Juzgado fue recurrida en apelación y confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, que entendió que no se podía satisfacer el interés del menor vulnerando la legalidad (VELA SÁNCHEZ, 2012). A su vez, esta Sentencia de la Audiencia fue confirmada en casación por la STS 835/2013 (Sala de lo Civil. Sección Pleno), de 6 de febrero de 2014, que se basó en el art. 81 RRC, según el cual, para practicar inscripciones utilizando como título certificaciones registrales extranjeras, se requiere que «el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la

inscripción por la Ley española» y concluyó que no procedía la inscripción de la filiación por ser contraria al orden público internacional. Para proteger el interés de los menores, el TS dijo que el padre biológico podía reclamar la filiación paterna y el otro comitente adoptar al hijo del cónyuge. Mientras tanto, el TEDH dictó el 26 de junio de 2014 las Sentencias (Sección 5ª), *Mennesson c. Francia* (nº 65192/11) y *Labassee c. Francia* (nº 65941/11), que condenaron a Francia por no permitir el establecimiento de la filiación de unos menores nacidos en California de comitentes franceses, estando el varón vinculado genéticamente con los niños. Estos pronunciamientos, llevaron a los comitentes valencianos a solicitar la nulidad de la STS de 6 de febrero de 2014, por ir en contra de la jurisprudencia del TEDH, pero el TS dictó el Auto núm. 335/2015, de 2 de febrero (RJ 2015/141), que desestimó la pretensión, porque los supuestos no eran equiparables, ya que en España se permite el establecimiento de la filiación conforme dispone el art. 10.3 LTRHA, a diferencia de Francia, que no lo permite por ninguna vía.

A pesar de la STS y de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en los Registros Civiles consulares españoles se venía permitiendo la inscripción de la filiación de los menores a partir de certificaciones de nacimiento extranjeras, haciendo constar los datos del padre de intención que hubiera acreditado su vinculación genética con una prueba de ADN y los datos de la gestante como madre legal, como si fuera una filiación extramatrimonial. Posteriormente en España se permitía que la madre de intención solicitara la adopción del hijo del cónyuge. Esta práctica se mantuvo hasta que en el año 2018 la prensa denunció que unas veinte familias españolas estaban atrapadas en Ucrania con sus hijos nacidos de gestación por sustitución, porque los cónsules les negaban la inscripción (FERNÁNDEZ ECHEGARAY, 2020: 153-194; JIMENEZ BLANCO, 2019: 25). Las denegaciones se debieron a tres razones: el aumento de nacimientos por gestación por sustitución de menores en Ucrania desbordó al Consulado español en Kiev y había muchos retrasos para documentarlos, lo que causó problemas económicos y jurídicos a los comitentes, porque les expiraban los visados (Europa Press Sociedad 8/01/2019); los escándalos de clínicas ucranianas que se sospechaba que estaban traficando con bebés (Bebes y Más 24/09/2018); y la aplicación efectiva el 25 de mayo de 2018 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, que hizo que los resultados de las pruebas de ADN que aportaban los comitentes se consideraran «datos sensibles», por lo que los Cónsules no podían seguir admitiendo esas pruebas (ORTEGA JIMÉNEZ, COBAS COBIELLA y HEREDIA SÁNCHEZ, 2018: 1-23).

La Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019 trató de dar salida a la situación, «legalizando» las actuaciones de los cónsules españoles en países como Ucrania, en los que no se obtienen sentencias de filiación por gestación por sustitución. Esta Instrucción iba a permitir la inscripción de estos nacimientos en los Registros Civiles consulares aportando certificaciones de nacimiento extranjeras e inscribiendo solo los datos del padre biológico que acreditara su vinculación genética con prueba de ADN y los de la madre gestante. La pareja o cónyuge del padre biológico podía establecer su filiación solicitando la adopción del hijo de su cónyuge, con el consentimiento de la madre gestante otorgado «libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias de forma clara y suficiente para que el mismo pueda considerarse un asentimiento válido, y una vez hayan transcurrido seis semanas desde el parto». Respecto a las resoluciones judiciales, también se reconocerían, previo control del consentimiento de la madre y garantizando «el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, y que no concurren motivos graves de falta de idoneidad respecto de los padres comitentes para asumir las funciones tuitivas y protectoras del nacido/a propias de la patria potestad, por razón de edad, estado de salud, u otras» (Directriz Primera de la Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019). También se comprobaría que la gestante no estaba en estado de necesidad económica, explotación, discapacidad, coacción... (ANDREU MARTÍNEZ, 2019: 72). Además, la Instrucción permitiría a la madre que hubiera aportado el óvulo que reclamara judicialmente su maternidad, aplicando analógicamente el art. 10.3 LTRHA. Pero esta Instrucción contradecía las reglas de la LTRHA, porque para establecer la paternidad biológica, el art. 10.3 prevé la acción de reclamación de la filiación y no la inscripción registral directa y para establecer la maternidad atiende al parto, permitiendo la adopción por el cónyuge del padre biológico, en vez de la analogía con el art. 10.3 LTRHA (JIMÉNEZ BLANCO, 2018: 30) y fue derogada a los pocos días de su aprobación (FLORES RODRÍGUEZ, 2019).

La actual Instrucción de 18 de febrero de 2019 es aplicable a las inscripciones de filiación de menores nacidos de gestación por sustitución a partir del 21 de febrero de 2019 y recuerda la necesidad de aportar una sentencia firme que haya obtenido el *exequatur* o superado el control incidental, al igual que preveía la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y dispone que en el Registro Civil Consular no se estimarán las solicitudes de inscripción basadas en certificados de nacimiento extranjeros, aunque se aporte una prueba de ADN del padre de intención que establezca dicha filiación, sino que se debe suspender la inscripción, comunicarlo al Ministerio Fiscal y tramitar el procedimiento de inscripción en España. Si el menor obtiene un pasaporte en el país de nacimiento y permisos para poder viajar a España, los comitentes deberán tramitar ya en nuestro país el expediente de inscripción de la filiación con intervención del

Ministerio Fiscal, para que se garantice que se cumplen las garantías necesarias, o iniciar una reclamación judicial de la filiación ejerciendo las acciones oportunas. La doctrina ha criticado que la Instrucción no admita como títulos válidos para practicar las inscripciones las certificaciones registrales extranjeras, porque esta limitación va en contra de normas de rango superior, como el art. 23 de la anterior LRC (actual art. 98 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), y el art. 85 RRC, según los cuales sí son admisibles como títulos en el Registro Civil español las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros, una vez que se verifique que cumplen una serie de requisitos (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2011: 251-252); (LASARTE ÁLVAREZ, 2012: 12). Entre ellos, el actual art. 98 LRC incluye el control de la competencia de la autoridad registral extranjera conforme a su normativa, que el Registro extranjero ofrezca, en cuanto a los hechos de que da fe, garantías análogas a las exigidas por la ley española para la inscripción; validez del hecho o acto al que se refiere la certificación registral extranjera conforme al Derecho aplicable según las normas de conflicto españolas y que la inscripción no sea manifiestamente incompatible con el orden público internacional español.

A pesar de las críticas doctrinales, lo cierto es que el art. 23 de la anterior LRC imponía un control de legalidad conforme a la ley española del hecho o acto al que se refiere la certificación registral extranjera, lo que puede ser interpretado en un sentido amplio, no solo como control de la ley aplicada por la autoridad extranjera, sino también como control respecto al orden público internacional, por lo que no pueden tener eficacia en España las certificaciones extranjeras sobre filiación de menores nacidos por gestación por sustitución, por ser incompatibles con nuestro orden público internacional. Por eso, las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019 deberían conducir a denegar la práctica de inscripciones por transcripción de las certificaciones registrales extranjeras, por ser incompatible su contenido con el orden público internacional, aunque no es este el planteamiento que sigue la Dirección General. La Instrucción de 18 de febrero de 2019 se remite a la de 5 de octubre de 2010 para el procedimiento de reconocimiento de las resoluciones judiciales que establecen la filiación de los menores nacidos de gestación por sustitución. Siguiendo las reglas generales, se debe estar al trámite previsto en un Convenio internacional si la sentencia procede de un Estado parte en ese Convenio y, en su defecto, la sentencia debe superar el *exequatur*, salvo que la resolución derive de un procedimiento asimilable a uno español de jurisdicción voluntaria. En ese caso, bastará el reconocimiento incidental, en el que la autoridad competente controlará una serie de requisitos. Por ello, la doctrina afirma que la Instrucción habilita el fraude de ley (LASARTE ÁLVAREZ, 2012: 17-18) y que favorece el turismo reproductivo (DE VERDA y BEAMONTE, 2010: 13-15). A ello se añade que dicha Instrucción no menciona el control del orden público

internacional entre los requisitos que deben controlarse, a diferencia del art. 96.2 de la actual LRC. Pero, aunque la Instrucción no disponga nada del orden público, no hay que olvidar la fuerza normativa de la Constitución española, que se impone por encima de cualquier otra norma, por lo que no se deben reconocer en España decisiones judiciales extranjeras que contravengan el orden público internacional, aunque la normativa de reconocimiento no lo diga expresamente, pues el sistema jurídico español es completo con la Constitución en la cúspide. Por eso, aunque parezca que las Instrucciones de 2019 y 2010 permiten la transcripción de los datos de filiación por gestación por sustitución contenidos en las sentencias extranjeras, su reconocimiento no debería permitirse, al ir contra el orden público internacional español, aunque en la práctica sí se reconozcan.

La contravención del orden público internacional español de estos contratos de gestación por sustitución no parece frenar al Grupo Parlamentario Plural, que presentó el 9 de marzo de 2022 una Proposición no de Ley por la que se insta al Gobierno a revocar y dejar sin efectos la Instrucción de 18 de febrero de 2019, por vulnerar los derechos humanos de muchos niños, discriminándolos por razón de nacimiento. Como quiera que la Instrucción de 18 de febrero de 2019, conjuntamente con la de 5 de octubre de 2010, son aplicadas sin tener en cuenta lo que disponen normas de rango superior como la LRC, para evitar esta incoherencia del sistema, sería necesario aclarar las reglas a seguir para que los Cónsules no incurran en incoherencias.

#### 4. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FILIACIÓN DE LOS MENORES NACIDOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A PARTIR DE LA LABOR JURISPRUDENCIAL

##### 4.1. *Avances en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

##### 4.1.1. Alcance de la filiación biológica paterna y su incidencia en el derecho a la vida privada del menor

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está modulando el derecho de filiación por gestación por sustitución vinculándolo a los derechos del art. 8 CEDH. La vinculación genética del padre de intención con el menor es muy importante, por lo que, si el Estado de destino no reconoce la filiación por gestación por sustitución del padre biológico establecida en el extranjero, viola el derecho a la vida privada del menor (art. 8 CEDH). En cambio, no hay injerencia en el derecho a la vida familiar si los comitentes pueden vivir como una unidad familiar en el país de destino, aunque no se les reconozca la filiación. La injerencia en el derecho a la vida privada del menor solo se produce si los interesados guardan lazos efectivos con el país en el que se pretende hacer valer la filiación y el no reconocimiento conlleva realmente, y no de manera

hipotética, obstáculos para el desarrollo de la vida privada y familiar del nacido y de los comitentes. Y, aunque no existan vínculos genéticos de la madre de intención, cónyuge/pareja del padre biológico, se debe reconocer la filiación intencional, siempre que haya una realidad familiar de convivencia y afectividad de hecho ya consolidada. Así lo dispusieron las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, que tienen en común que las autoridades francesas deniegan el reconocimiento de las filiaciones por gestación por sustitución de menores establecidas en Estados Unidos a favor de parejas heterosexuales con aportación de semen por los comitentes, que vivían con los menores en Francia. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no había violación del derecho a la *vida familiar*, porque los comitentes habían vivido como unidad familiar, cuidando de los menores desde su nacimiento. Sin embargo, la negativa de Francia a reconocer la filiación paterna biológica establecida en el extranjero en cualquiera de sus formas, suponía una injerencia en el derecho del menor al respeto a su vida privada, aunque el propósito fuera proteger el orden público internacional francés, los derechos de la madre gestante y disuadir a las parejas francesas de acudir a la gestación por sustitución en el extranjero.

También han entendido que hay violación del art. 8 CEDH las sentencias del TEDH de 21 de julio de 2016, Asunto *Foulon y Bouvet c. Francia* y la de 19 de enero de 2017, Asunto *Laborie c. Francia*. En el caso *Laborie c. Francia*, aunque Francia ya permitía establecer el vínculo de filiación paterna biológica transcribiendo los certificados de nacimiento extranjeros, había tardado más de cuatro años en permitirlo y eso constituía una injerencia en el derecho a la vida privada del menor, porque no le había permitido establecer su identidad. En la STEDH, de 7 de abril de 2022, Asunto *A.L. c. Francia*, la violación del art. 8 CEDH se justificó por la falta de diligencia debida de las autoridades francesas, que no permitieron al demandante establecer la paternidad respecto a su hijo biológico nacido por gestación por sustitución en Francia de una gestante que lo entregó a una tercera pareja de comitentes. Los tribunales franceses decidieron en interés del menor la continuación de la filiación legal establecida, también ilegal, y no concedieron derechos de visita al padre biológico, para no romper la familia socioafectiva. Afirmó el TEDH que, no permitir al padre biológico establecer su filiación vulneraba su derecho a la vida privada, pero que esa injerencia no violaba el art. 8 CEDH si estaba prevista por ley, perseguía objetivos legítimos (la protección de los derechos de las personas y, en especial, los del menor) y era necesaria en una sociedad democrática, debiendo ponderarse todos los intereses en juego, dando prioridad al interés superior del menor. En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que dicho interés no consistía en que se estableciera su filiación con respecto a su padre biológico y permitirle conocer sus orígenes, sino que era más bien,

permitirle tener un estatuto jurídico estable y permanecer con la familia con la que llevaba viviendo desde que nació. Pero, para el Tribunal Europeo sí había habido violación del art. 8 CEDH, porque Francia había incumplido su deber de diligencia en estas circunstancias tan excepcionales, al haberse dilatado el proceso 6 años, que fueron cruciales para que el menor estableciera vínculos con los segundos comitentes y no con su padre biológico.

Una excepción a esta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que considera que se viola el derecho a la vida privada cuando no se permite reconocer la filiación paterna biológica establecida en el extranjero es la STEDH (Sección 1ª) de 16 noviembre 2021, *S.-H. c. Polonia*. En este caso, una pareja de dos varones residentes en Israel, uno de ellos polaco, obtuvo una sentencia estadounidense que los consideraba padres legales de dos gemelos doble nacionales, israelíes y estadounidenses, que nacieron de una gestante estadounidense casada. Aunque el comitente polaco estaba vinculado genéticamente con los niños, Polonia no reconoció la filiación ni la nacionalidad a los menores, porque consideraba madre a quien había dado a luz y padre al marido de la gestante. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que no se había violado el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los solicitantes, porque los menores nunca habían vivido en Polonia, sino que formaban una unidad familiar en Israel, donde se les reconoció la filiación establecida en Estados Unidos, los menores tenían doble nacionalidad y no eran apátridas por no recibir la nacionalidad polaca, podían ejercer la libre circulación dentro de la UE como miembros de la familia de un ciudadano de la UE. Aunque no tener reconocida la filiación en Polonia repercutía en su derecho a la identidad, el riesgo potencial para su vida familiar era meramente hipotético y solo se materializaría si vivieran en Polonia, pero esa no era su intención, por lo que tales riesgos no tenían suficiente gravedad para suponer una vulneración del derecho a la vida privada, al no vivir ninguno en Polonia.

#### 4.1.2. Inexistencia de vínculos genéticos con los comitentes y prevención de los supuestos de tráfico y trata de menores

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorga gran importancia al derecho de los Estados a prevenir las situaciones de tráfico de menores en su territorio y considera que no reconocer la filiación por gestación por sustitución establecida en el extranjero no viola el derecho a la *vida privada* cuando no existe ningún vínculo genético con los comitentes. Además, entiende que no se vulnera el derecho a la *vida familiar* del menor ni de los comitentes, si el Estado de destino pone trabas a la entrada del menor en su territorio, porque tiene que comprobar que existen esos vínculos genéticos. Así se deriva de la STEDH (Sección 10ª), de 8 de julio de 2014, Asunto *D. y otros c. Bélgica*, en la que se analizó la negativa de los órganos belgas a permitir la entrada en Bélgica

de una pareja con su hijo nacido por gestación por sustitución en Ucrania hasta que comprobaron los vínculos genéticos del menor con los comitentes belgas. Los padres de intención alegaban que negarle la entrada en Bélgica atentaba contra el interés superior del menor, porque lo estaban separando de su familia y era un trato degradante. El TEDH entendió que los controles para la entrada en Bélgica se enmarcaban en el ámbito de libre apreciación que tienen los países para prevenir el tráfico de menores, además, habían concedido al menor un salvoconducto en tiempo razonable (Ficha temática de la Corte Europea de Derechos Humanos. Gestación subrogada y el CEDH).

Otro caso paradigmático es la Sentencia del TEDH (Gran Sala), de 24 de enero de 2017, *Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia*, que anuló la STEDH (sección 2ª) de 27 de enero de 2015, relativa a una pareja italiana que había contratado en Rusia la gestación por sustitución y se trasladó a Italia con el menor, pero los servicios sociales italianos pusieron al niño de nueve meses en acogimiento de otra pareja por falsedad documental y vulneración de la normativa italiana sobre filiación, ya que los padres habían alterado el estado civil del menor según el Código Penal italiano, por no tener ningún vínculo biológico con el niño, a pesar de que los demandantes alegaron que el padre sí aportó semen, aunque la clínica no lo utilizó. En la primera sentencia de 2015, la Sección 2ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo algo muy importante: que el derecho a la vida familiar no salvaguarda el deseo de formar una familia, sino que presupone que ya existe esa familia, aunque aún no esté plenamente establecida, siempre que haya lazos familiares *de facto*. Según el TEDH, sí existían esos lazos, ya que el menor llevaba nueve meses viviendo con sus padres intencionales y el interés superior del menor requiere que el menor no sea separado de sus padres salvo en casos extremos, para evitar un serio peligro, lo que no era el caso. Por eso, las autoridades italianas se habían excedido de su margen de apreciación y habían violado el derecho a la vida privada y familiar, aunque, como el menor ya había desarrollado vínculos con la nueva familia, no procedía el retorno con los comitentes. Italia recurrió y la Gran Sala del TEDH, en Sentencia de 24 de enero de 2017, a diferencia de la Sección 2ª, afirmó que no se había violado el derecho a la *vida familiar*, porque, a pesar del proyecto parental, nunca había existido una vida familiar de hecho: no existía vinculación genética y habían estado juntos menos de un año y, aunque las medidas de alejamiento del menor de los comitentes, colocándolo en otra familia suponían una injerencia en su *vida privada*, estaban previstas en la ley, eran legítimas (para proteger derechos y libertades de la gestante y erradicar la gestación por sustitución en Italia), y necesarias en una sociedad democrática, porque los comitentes no vinculados genéticamente al menor habían pagado una gran cantidad de dinero, habían facilitado la entrada del menor en Italia sin respetar la ley de adopción, el contrato de gestación

por sustitución era contrario a la ley italiana y la separación no causaría un trauma devastador y un perjuicio grave e irreparable para el niño (MORENO BOTELLA, 2017: 9).

Que no existieran vínculos genéticos fue también muy importante en la STEDH (Sección 3ª), de 18 de mayo de 2021, Asunto *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*, en la que un matrimonio de dos mujeres islandesas recurrió a una gestación por sustitución en Estados Unidos sin aportar sus óvulos. El certificado estadounidense las designaba como madres legales, pero en Islandia no se permitió inscribir al menor como hijo de ninguna; las comitentes solicitaron la adopción del niño, pero Islandia lo denegó mientras no se decidiera la filiación del menor; se le concedió la nacionalidad islandesa al menor; las comitentes se divorciaron, retiraron la solicitud de adopción, porque al estar separadas no podían adoptar conjuntamente al niño según el Derecho islandés y acogieron temporalmente al menor un año cada una de ellas y luego permanentemente una de las comitentes y su esposa, con derechos de visita para la otra. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la negativa a reconocer la filiación no era una violación del derecho a la vida familiar, porque el acogimiento les permitía vivir como una familia, y había un equilibrio entre su vida familiar y el interés de Islandia en oponerse a la gestación por sustitución dentro de su margen de discrecionalidad.

#### 4.1.3. Derecho a la vida privada y relación de filiación de la madre de intención y del comitente que es cónyuge o pareja del padre biológico

No reconocer la filiación respecto a la madre de intención, cónyuge/pareja del padre biológico, tal y como ha sido establecida dicha filiación en el extranjero, no siempre es una violación del art. 8 CEDH, ni siquiera cuando hay una vinculación genética de la madre comitente con el menor. Para el TEDH, son válidas todas las vías de establecimiento de la filiación que prevea el Estado de destino del menor, por ejemplo, la adopción. Así lo dijo la STEDH (Sección 5ª), de 16 de julio de 2020, Asunto *D. c. Francia*, en la que las autoridades francesas se negaron a inscribir en el Registro Civil francés la filiación materna de una menor nacida en Ucrania por gestación por sustitución, basándose en un certificado de nacimiento expedido por las autoridades ucranianas, que no mencionaba a la gestante y en el que constaba como madre legal la comitente, que había aportado material genético. Los comitentes denunciaron violación del derecho de la menor a su vida privada y discriminación por razón de su nacimiento. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que esta negativa a inscribir a la madre genética como madre legal no era una violación del art. 8 CEDH, ni una vulneración del principio de prohibición de discriminación, ya que Francia no se había extralimitado en su margen de apreciación, porque la decisión estaba fundada y tenía una justificación objetiva y razonable y como había declarado en los Asuntos

*Menesson c. Francia y Labassee c. Francia*, la vinculación genética entre los comitentes y el menor no otorga derecho a la transcripción directa de los datos de filiación contenidos en el documento extranjero, pues es aceptable la vía de la adopción.

Y lo mismo puede decirse de la STEDH (Sección 5ª) de 19 de noviembre de 2019, que resuelve conjuntamente los casos *C. y E. c. Francia*, en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vuelve a afirmar que se puede establecer el vínculo de filiación entre el menor y la madre de intención o el cónyuge/pareja del padre biológico del menor de múltiples formas. En estos casos, se presentaron unas certificaciones de nacimiento estadounidense y ghanesa respecto de padres biológicos y mujeres comitentes no vinculadas genéticamente. Francia admitió la filiación de los padres biológicos, pero denegó la transcripción de la filiación respecto a las madres de intención que figuraban en las certificaciones extranjeras de nacimiento, remitiéndolas a la adopción, lo que, según el TEDH, no viola el art. 8 CEDH, porque el procedimiento de la adopción no es largo. De este modo, confirma la postura que viene manteniendo desde que dictó el Primer Dictamen consultivo el 10 de abril de 2019, solicitado por el Tribunal de Casación francés a raíz del asunto *Menesson c. Francia*, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dejó claro que, una vez establecida la relación paterno-filial del padre biológico, el Estado de acogida debe permitir el establecimiento de la filiación con respecto a su cónyuge, madre legal del menor, aunque no sea la madre genética, pero que los Estados tienen libertad para decidir cuál es la vía (LAZCOZ MORATINOS y GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, 2019: 673-692) y la adopción es compatible con el art. 8 CEDH, siempre que sea un procedimiento rápido y ágil (Apartado 46 del Dictamen Consultivo).

Más débil es la posición de la madre de intención en relación con la filiación de los menores nacidos por gestación por sustitución en la Sentencia del TEDH (Sección 5ª), de 24 de marzo de 2022, Asunto *A.M. v. Noruega*, en la que el TEDH entendió que no había violación del art. 8 CEDH a pesar de que la filiación con respecto a la madre de intención no pudiera establecerse, porque se oponía a ello el padre biológico. El comitente noruego, vinculado genéticamente con el niño, fue declarado padre legal en una sentencia estadounidense reconocida en Noruega, pero rompió su relación con su pareja, que no aportó sus óvulos y a la que no se le reconoció la filiación materna en Noruega. La madre de intención solicitó la adopción, pero el padre biológico se opuso a la adopción de su hijo por la comitente, por lo que Noruega denegó la adopción. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no había violación del derecho a la *vida familiar*, porque Noruega había hecho todo lo posible por facilitar dicha relación, pero

su Derecho exige para la adopción el consentimiento del representante legal del menor, que es el padre legal y biológico, que, en este caso, no lo concedió.

#### *4.2. Libertad de circulación y continuidad del estatuto personal en el marco de la Unión Europea y su incidencia en la continuidad de la filiación derivada de contratos de gestación por sustitución*

Como he indicado anteriormente, algunos países de la UE, como Grecia o Portugal, admiten la gestación por sustitución, por lo que, una vez establecida la filiación del menor en uno de estos Estados Miembros, pueden surgir problemas si los comitentes se trasladan con su hijo a otro Estado Miembro de la UE que les deniegue el reconocimiento de su filiación, pues eso supondría un obstáculo al ejercicio de las libertades europeas y una vulneración del derecho a la identidad y a la vida privada del menor. Aún no hay sentencias del TJUE sobre filiación por gestación por sustitución, sino sobre supuestos de gestación por sustitución en el marco de las prestaciones de la Seguridad Social. Según la STJUE (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014, *Z. y A Government department, The Board of management of a community school*, asunto C-363/12, “no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución”. Y lo mismo afirmó la STJUE (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014, *C. D. c. S. T.*, asunto C-167/12.

Más interés tiene para este trabajo, la jurisprudencia del TJUE sobre la incidencia de algunos aspectos del estatuto personal sobre las libertades comunitarias, que pueden aplicarse analógicamente a la gestación por sustitución, como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea [STJCE] (Gran Sala) de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul c. Standesamt Stadt Niebüll*, asunto C-353/06, sobre unos padres alemanes residentes en Dinamarca que solicitaron la inscripción de su hijo en el Registro Civil alemán con el apellido Grunkin-Paul, tal y como fue inscrito en Dinamarca, donde nació y residía. En Alemania se les denegó la inscripción con el apellido doble, porque el Derecho alemán solo lo permite cuando la pareja tiene un apellido familiar común. El TJCE declaró que, cuando una persona ha sido inscrita en un Estado Miembro con unos apellidos determinados de acuerdo con el ordenamiento jurídico aplicable en el país en el que el solicitante reside y ha nacido, ese apellido debe ser reconocido en los demás Estados Miembros de la UE, incluido el de la nacionalidad de esa persona, sin que los Estados Miembros puedan obstaculizar su reconocimiento, salvo por contrariedad con su orden público internacional. Es decir, que los apellidos determinados en un Estado de la UE deben tener continuidad en el resto de Estados Miembros, porque ponerle trabas a la continuidad de la identidad de una persona en

otros países europeos atenta contra las libertades europeas, aunque hay que destacar que se deja a salvo el orden público internacional de los Estados Miembros. Esta jurisprudencia es extrapolable a la gestación por sustitución, porque viene a decir que cuando una situación jurídica (filiación por gestación por sustitución) ha sido determinada de acuerdo con la normativa de un Estado de la UE (Grecia, Portugal), debe ser reconocida en los demás Estados Miembros, para garantizar al ciudadano de la UE el derecho a la libertad de circulación y de residencia, siempre que no vulnere el orden público internacional de esos países.

También interesa la STJUE (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, que se refiere a la necesidad de continuidad del estatuto personal (filiación) para garantizar el ejercicio de las libertades comunitarias, respetando el orden público internacional de los Estados Miembros interpretado de manera restrictiva. En este caso, una pareja de cónyuges (mujer búlgara y otra británica) residente en España, tuvieron una hija, que fue inscrita en el Registro Civil español con la doble filiación materna. La madre búlgara solicitó la inscripción de la menor en Bulgaria, pero las autoridades le pidieron que indicara cuál de las mujeres había dado a luz. Al negarse a ello, Bulgaria denegó la inscripción por falta de información y por no estar acreditada la filiación de la menor, ya que en el certificado español aparecían dos madres, lo que iba en contra del orden público internacional búlgaro. En el fundamento 48 de la sentencia, el TJUE señaló la libertad que tienen los Estados, dentro de su margen de discrecionalidad, para exigir los requisitos que estimen oportunos para atribuir su nacionalidad, pero, respecto a la no admisión del certificado de nacimiento español acreditativo del vínculo, el TJUE afirmó que «las autoridades búlgaras [...] están obligadas a reconocer ese vínculo de filiación para permitirle ejercer sin obstáculos, con cada una de sus dos progenitoras, su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros, garantizado en el artículo 21 TFUE, apartado 1». Esta sentencia es importante, porque pone en una balanza el orden público internacional búlgaro, que se vería afectado si se reconociera la filiación, y la libre circulación, y porque interpreta el orden público restrictivamente, de modo que solo podrá alegarse como límite al reconocimiento de la filiación cuando exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un valor esencial. Y el TJUE entiende que la negativa a reconocer la filiación de una menor porque sus progenitoras sean una pareja de personas del mismo sexo, no puede ampararse en motivos de orden público internacional, porque el matrimonio entre personas del mismo sexo no atenta contra un valor esencial del ordenamiento jurídico búlgaro. Por eso, el TJUE obligó a Bulgaria a aceptar el documento aportado por la pareja, si bien, limitada dicha aceptación a los solos efectos del ejercicio de las libertades de circulación. Además, también entraba en juego el derecho a la vida privada y familiar

(arts. 7 y 33 Carta de Derechos fundamentales de la UE), pues estaba consolidada su relación familiar con sus progenitoras y la negativa a establecer una filiación supondría un daño a la identidad de la menor.

De aquí se desprende que, cuando se ha establecido la filiación por gestación por sustitución de un menor en un Estado Miembro de la UE, deberá ser reconocida, a los solos efectos de ejercer la libertad de circulación, en el Estado Miembro al que se traslade el menor, porque prima el respeto a la vida privada y familiar recogido en la Carta y la libre circulación dentro de la UE. Para el TJUE, no existen motivos de orden público internacional que se opongan al reconocimiento de la filiación en el caso *Pancharevo*, ya que la prohibición de matrimonios entre personas del mismo sexo en Bulgaria no es una cuestión que afecte a los derechos fundamentales de los Estados Miembros de la UE. Pero, si hubiera un motivo de orden público internacional (como en el caso de la gestación por sustitución, si se sigue al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional, que entienden que atenta contra la dignidad de mujeres y niños), sí cabría negarse a reconocerla (LARA AGUADO, 2023: 200).

#### *4.3. La posición del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional español: búsqueda de un equilibrio entre la negativa a admitir la gestación por sustitución en España y el interés superior del menor ya nacido*

Tanto la Sala de lo Social como la de lo Civil del Tribunal Supremo se han pronunciado sobre la gestación por sustitución. La Sala de lo Social [SSTS (Pleno) 881/2016, de 25 de octubre de 2016; 953/2016, de 16 de noviembre de 2016 o 347/2018, de 22 de marzo de 2018] afirma que a los trabajadores que tengan hijos nacidos por gestación por sustitución inscritos en el Registro Civil, se les tienen que reconocer los derechos a gozar de las prestaciones por maternidad o paternidad (SALES PALLARÉS, 2019: 339-340), porque, aunque el contrato sea nulo, la prestación responde a una necesidad, que es cuidar y asistir a los hijos tras su nacimiento, cualquiera que sea la vía por la que los padres hayan llegado a serlo (MÚRTULA LAFUENTE, 2022: 145). La Sala de lo Civil, en cambio, niega que pueda reconocerse en España la filiación establecida en el extranjero respecto de menores nacidos de gestación por sustitución o el establecimiento de dicha filiación por posesión de estado, tanto en la STS 835/2013 del Pleno de 6 de febrero de 2014, como en la STS 277/2022 (Sala de lo Civil. Sección Pleno), de 31 de marzo de 2022, porque considera que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y violan la dignidad de la mujer y la del menor, que son tratados como “meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos”. No existe contradicción entre ambas Salas, pues la posición de la Sala de lo Social es la única admisible conforme al principio de prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE): una vez reconocida

la filiación, los hijos son iguales ante la ley, aunque hayan nacido por gestación por sustitución.

Como ya he mencionado antes, la STS de 6 de febrero del 2014 resolvía un problema de reconocimiento de una certificación registral californiana relativa a la filiación por gestación por sustitución de dos gemelos californianos. El Tribunal Supremo confirmó que no procedía la inscripción de dicha filiación en el Registro Civil español tal y como constaba en las certificaciones de nacimiento extranjeras, por razones de orden público internacional, por atentar la gestación por sustitución contra la dignidad de la mujer y de los menores, al mercantilizar la capacidad reproductiva de la mujer y convertir a los niños en objetos del contrato. Según el Alto Tribunal, no había vulneración del derecho a la vida privada y familiar conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque los comitentes pueden establecer su filiación ejercitando el padre biológico una acción de paternidad y adoptando el otro comitente al menor (art. 10.3 LTRHA) (CASTELLANOS RUIZ, 2021: 977-978).

Por su parte, la STS 277/2022, de 31 de marzo de 2022 mantiene el mismo criterio contrario a la gestación por sustitución, pero, en esta ocasión no se trata de un reconocimiento de filiación por gestación por sustitución establecida en el extranjero, sino de establecer *ex novo* en España la filiación por gestación por sustitución (LARA AGUADO, 2022-2), porque un abuelo solicitó que se estableciera la filiación por posesión de estado en nombre de su hija con respecto a su nieto, que nació en México de una gestante mexicana. La comitente no solicitó la adopción en España, porque había entre ambos más de 45 años de diferencia y eso impedía la adopción (art. 175 CC). El abuelo alegó que el niño llevaba viviendo mucho tiempo con la familia, que la comitente se había responsabilizado de él y que era la madre legal del niño en México, como demostraba el contrato de gestación por sustitución por el que la gestante había renunciado a la maternidad.

En primera instancia se le denegó la pretensión, pero la Audiencia Provincial reconoció a la recurrente como madre del niño, porque se había dedicado al menor y se había establecido un vínculo familiar muy fuerte entre ellos. El Ministerio Fiscal recurrió y el Tribunal Supremo desestimó la solicitud de establecimiento de filiación del menor por posesión de estado, debido a que la gestación por sustitución era manifiestamente contraria al orden público internacional español, no solo por ir en contra del art. 10 LTRHA, sino también por vulnerar gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en el art. 35 de la CDN, que establece la prohibición de la venta de niños. El Tribunal Supremo afirma que tanto la gestante como el niño son tratados como meros objetos, no como personas con su propia dignidad, como demostraban las cláusulas abusivas del contrato: «La madre gestante se obliga desde el principio a

entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual» (Fundamento Jurídico 2º, apartado 7). La gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica; se le imponía el parto por cesárea; transmitiría su información médica a la madre de intención, reservándose la comitente el derecho a mantenerla con vida, en caso de muerte cerebral, para salvar al feto. Este trato inhumano pactado en el contrato y aceptado por la gestante evidenciaba su situación de vulnerabilidad económica. Un punto reseñable de la sentencia es el Fundamento Jurídico 4, apartado 6, dedicado a las agencias intermediarias, cuya publicidad es ilícita por atentar contra la dignidad y, pese a ello, se encuentran ofertas de agencias intermediarias en Internet con mucha facilidad. De hecho, numerosos famosos presumen de haber tenido hijos por gestación por sustitución, lo que produce como resultado que el menor, una vez nacido en el extranjero, consigue entrar en España y acaba integrado en la familia comitente sin el más mínimo obstáculo. El Tribunal Supremo consideró que no procedía establecer la filiación por posesión de estado, sino por adopción, en interés del menor, porque existe un núcleo familiar consolidado y que el obstáculo de la diferencia de edad se podía salvar, por los lazos que los unen y en interés del menor. Es cierto, que podría haberse alegado que, dado que el art. 9.4 del CC conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual del niño (en este caso, la española) y, cuando dicha ley no permita el establecimiento de la filiación, impone la aplicación de la ley de la nacionalidad del menor, que en el supuesto en concreto era la mexicana, podría haber optado el Tribunal Supremo por la aplicación de la ley mexicana. Como afirma un sector de la doctrina, el orden público internacional, en este caso, debería verse modulado por la orientación material de la norma de conflicto (art. 9.4 del CC), que muestra una preferencia hacia la ley que facilite el establecimiento de la filiación (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2022: 10-11). Sin embargo, lo que este precepto pretende es que se facilite el establecimiento de la filiación del menor, no que dicho establecimiento deba coincidir con la pretensión del interesado, máxime cuando dicho establecimiento es contrario al orden público internacional del foro. Por tanto, la opción del TS de remitir a la comitente a la adopción es una opción compatible con el sistema jurídico español vigente.

Parte de la doctrina critica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque cree que el interés superior del menor ha quedado en un segundo plano para cumplir la legalidad española (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2015: 45-113) y reclaman una reforma de la legislación que garantice los derechos de la gestante y del menor, que asegure la filiación directa con respecto a los padres de intención, sin necesidad de adopción o de

ejercer la acción judicial de reclamación de paternidad (DURÁN AYAGO, 2015: 14). Afirman que no siempre la madre de intención o cónyuge del padre biológico pueden acudir a la adopción con éxito, porque la jurisprudencia menor a veces resuelve de manera contradictoria (SALES PALLARÉS, 2019: 345-346). De hecho, así ocurrió en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, núm. 565/2018, de 16 de octubre de 2018, que denegó la adopción, porque los documentos no estaban legalizados, a pesar de que llevaban viviendo años con el menor nacido de gestación por sustitución y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, núm. 91/2019, de 31 de enero de 2019, que admitió la adopción previamente denegada por figurar la madre de intención como madre legal del menor en el Registro Civil extranjero y no permitir el art. 175.3.1º del CC la adopción de los hijos propios. Como crítica a este planteamiento, hay que decir que reconocer directamente las filiaciones por gestación por sustitución ya establecidas no garantiza que los comitentes sean idóneos para la paternidad/maternidad y que un control previo al establecimiento de la filiación va en interés de los menores.

En la línea del Tribunal Supremo, recientemente se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en su STC de 27 de febrero de 2024, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por la demandante a quien se le denegó la constitución de la adopción de un menor nacido en Ucrania de gestante ucraniana y que consta inscrito como hijo de la gestante y de su esposo. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid accedió a la adopción, pero el Ministerio Fiscal recurrió por contravención del orden público internacional y por sospechas de fraude. La Audiencia Provincial de Madrid revocó la resolución, al cuestionar el vínculo entre el comitente varón y el menor, pues el único dato de la filiación paterna biológica era el certificado de nacimiento ucraniano y su inscripción en el Registro Civil consular español. En este caso, se da la circunstancia de que la demandante había adoptado al hijo menor de su cónyuge, también nacido por gestación por sustitución en Ucrania, siendo firme la resolución del Juzgado que admitió la constitución de dicha adopción, lo que, en opinión de la demandante supone una discriminación para los menores por razón de su nacimiento. El Tribunal Constitucional afirma que es consciente de que en contextos en que el nacimiento de un menor tiene su origen en una gestación por sustitución en el extranjero, la determinación de la filiación del menor en favor de quien suscribió el contrato para satisfacer su «deseo» de ser padre o madre puede ir en contra de valores y derechos constitucionalmente reconocidos; niega que exista vulneración del principio de prohibición de discriminación, pues ello requiere que dos casos sustancialmente iguales sean resueltos de diferente manera por los mismos órganos, lo que no sucede en este supuesto. Pero, el Tribunal Constitucional estima el amparo basado en la vulneración del art. 24 de la Constitución, porque, al no haber sido impugnada la filiación paterna

que consta inscrita en el Registro Civil español, no procede cuestionar la veracidad de dicha filiación proclamada oficialmente por el Registro Civil. Una vez más, el interés superior del menor prima, porque hay que valorar el impacto que supone en la construcción de su identidad el hecho de que no se permita el establecimiento de la filiación adoptiva a favor de la esposa de su padre por la debilidad del vínculo subsistente.

Esta sentencia viene a reafirmar el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, aunque sin entrar en detalles ni pronunciarse sobre la práctica de la gestación por sustitución a fondo. A fin de cuentas, el caso no versaba sobre la validez ni la eficacia del contrato de gestación, ni siquiera era un supuesto de reconocimiento de la filiación por gestación por sustitución establecida en el extranjero en virtud de un certificado registral o resolución judicial extranjera, sino sobre la adopción del hijo del cónyuge, amparada en una inscripción registral de filiación paterna, cuya rectificación nadie había instado. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional ha dejado entrever su postura cuando afirma que, “ningún precepto constitucional reconoce un derecho fundamental a adoptar” (Fundamento 5 b), p. 29) y que “Este Tribunal es consciente de que, en contextos como el analizado en el presente caso, en el que el nacimiento del menor ha tenido su origen en una gestación por sustitución desarrollada en el extranjero, la determinación de la filiación del menor en favor de quien suscribió ese contrato para satisfacer su deseo de ser padre o madre puede ir en contra de valores y derechos constitucionalmente reconocidos” (Fundamento Jurídico 6, p. 33), lo que parece dejar entrever que, si lo que se hubiera planteado hubiera sido un problema de reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, su postura bien habría podido coincidir con la del Tribunal Supremo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no puede llegar a otro resultado, pues la impugnación de la inscripción registral de filiación no se había producido, por lo que no quedaba otra opción que permitir la adopción a la esposa del padre que figura legalmente como tal en el Registro Civil español.

Sin duda, lo que resulta más interesante es el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer, que se muestra firme detractora del problema que esconde la gestación por sustitución. De este modo, la Magistrada señala que: “es contrario a la seguridad jurídica del art. 9.3 CE que el mismo legislador que prohíbe una práctica en España no prevea restricción suficiente para las prácticas equivalentes realizadas fuera de nuestro país, porque ello legaliza de facto, por inacción y por la vía de la necesaria protección de los menores, lo que se considera ilegal en nuestro sistema”. De este modo, critica que no siempre debería aceptarse que el interés superior del menor sea óbice para

poder establecer la filiación en favor de padres procedentes de países desarrollados que consiguen a sus hijos de familias desestructuradas.

#### *4.4. Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las jurisprudencias nacionales*

Las sentencias del TEDH han tenido un gran impacto en la jurisprudencia de países de nuestro entorno. Aunque Francia sigue considerando el contrato de gestación por sustitución nulo y contrario al orden público internacional francés por el principio de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas, e, inicialmente, se negaba a inscribir a los menores como hijos de los padres comitentes por el principio *fraus omnia corrumpit*, su jurisprudencia ha ido cambiando, pues la *Cour de Cassation* ya no considera que la gestación por sustitución sea un motivo de orden público internacional para impedir inscribir la filiación de los menores en el Registro Civil francés. Primero, empezó permitiendo la transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros con los datos del padre de intención solo cuando fuera padre biológico (porque el documento extranjero respondía a la realidad) y permitiendo a la madre intencional la adopción del hijo del cónyuge (*Cour de cassation, nº 619, Assemblée plénière, 3 juillet 2015, 14-21.323*). Pero las sentencias de la *Cour de Cassation* de diciembre de 2019 han dado un giro radical, al permitir la inscripción de los comitentes sin vinculación genética, transcribiendo el certificado de nacimiento extranjero, sin necesidad de adopción (*Cour de Cassation, Civile, Chambre civile 1, 18 décembre 2019*). Esto ha sido visto como una extralimitación de la función jurisdiccional y, el 24 de enero de 2020, el Senado francés, cuando se discutía la aprobación de la Ley de bioética, ha incorporado un artículo para prohibir la transcripción de los certificados extranjeros de nacimientos de niños nacidos por gestación por sustitución. Aún no se sabe cómo continuará todo (ALOUANE, 2020).

También en Alemania, la STS alemán de 10 de diciembre de 2014, en un caso en que el padre de intención era el progenitor biológico del menor y la madre gestante no guardaba ninguna vinculación genética con el niño, ha admitido que no es incompatible con su orden público internacional reconocer una sentencia californiana sobre establecimiento de filiación por gestación por sustitución y permitir la inscripción de los dos comitentes como padres legales, pese a que, en Alemania, al igual que en España, se considera madre a la que da a luz y no a la de intención. El Tribunal Supremo alemán entiende que el orden público internacional debe ser apreciado atendiendo al interés superior del menor, que consiste en que tenga continuidad su filiación ya establecida (DE MIGUEL ASENSIO, 2015). Pero no hay jurisprudencia sobre casos en que ninguno de los comitentes guarde vinculación genética con el menor. Y, cuando la filiación consta en un certificado de nacimiento extranjero, no procede la inscripción de la filiación, si

resulta aplicable la ley alemana, sino que se remite a la adopción para establecer la filiación.

En Italia ha tenido gran influencia el caso *Paradiso y Campanelli v. Italia*, por eso, la *Corte di Cassazione* italiana dictó la sentencia nº 24001 el 11 de noviembre de 2014, sobre un caso en que los comitentes no guardaban vinculación genética con el menor y consideró que la gestación por sustitución era contraria a su orden público internacional y que la forma de proteger al menor era atribuir la maternidad a la madre gestante, remitiendo a quienes no guarden vínculos genéticos con el menor a la adopción. En la misma línea, la sentencia de la *Corte di Cassazione* Secc. Unidas, 8/05/2019, núm. 12193 (MAZZILLI, 2021:1035), afirma que hay que sopesar todos los valores y principios irrenunciables en presencia al valorar el interés del menor y ha concluido que este interés lo protege una legislación que no permita la filiación sin vínculos genéticos con los comitentes. Así lo ha destacado también el Tribunal Constitucional italiano en Sentencia nº 272/2017 (*Gazzetta Ufficiale* de 20/12/2017, núm. 51, citada por MAZZILLI, 2021: 1035) y en la más reciente Sentencia 33/2021 (citada por MAZZILLI, 2021:1038). El Tribunal Constitucional italiano afirma que es legítimo denegar la transcripción de la sentencia extranjera que establezca la filiación de menores nacidos por gestación por sustitución no vinculados genéticamente a los comitentes, siempre que se garantice el establecimiento posterior de la relación de filiación consolidada con los dos comitentes, aunque eso implique admitir una filiación falsa y dijo que el juez debe decidir, en interés del menor, si se dan las condiciones para que exista una relación consolidada, pues lo contrario es instrumentalizar al menor para desalentar la gestación por sustitución y animó al legislador a establecer un procedimiento de adopción rápido. Sin embargo, en abril de 2022 la Comisión de Justicia de la Cámara de los Diputados de Italia presentó un proyecto de ley para sancionar a los comitentes que acudan al extranjero a contratar gestación por sustitución, imponiendo penas de prisión aún más graves que las actuales y multas muy cuantiosas y pretende castigar la conducta realizada fuera de Italia por parte de la mujer que dona óvulos para fecundar a una tercera mujer en el extranjero e, igualmente, a la mujer que gesta en el extranjero con un cigoto aportado por la pareja.

En España, en cambio, el impacto de la jurisprudencia del TEDH ha sido escaso, pues ya se permitía establecer la filiación del menor a través de la acción de reclamación de la filiación paterna y, en el caso del cónyuge del padre biológico, a través de la vía de la adopción. Por tanto, nuestro sistema es compatible con toda la jurisprudencia del TEDH y así lo ha puesto de manifiesto el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, dictado para resolver el recurso extraordinario de nulidad por vulneración de derechos fundamentales interpuesto contra la STS de 6 de febrero de 2014, en el que el Tribunal

Supremo aclaró que «el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico» (Fundamento Jurídico 5) y que la STS de 6 de febrero de 2014 no había vulnerado el art. 8 del CEDH en el sentido declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues la práctica francesa a la que se referían los casos *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, no era asimilable a la española. El ordenamiento jurídico español (art. 10.2 y 10.3 LTRHA), tal y como es interpretado por el Tribunal Supremo, permite establecer la filiación de los menores nacidos en el extranjero por gestación por sustitución a través de la “reconstrucción” de la filiación, es decir, no hay obligación de reconocer en España la filiación establecida en el extranjero y se ofrecen vías para establecer la filiación biológica del padre comitente.

5. PERSPECTIVAS DE FUTURO RESPECTO A LA FILIACIÓN DERIVADA DE CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ¿ABOLICIONISMO O REGULACIONISMO?

*5.1. División en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: ¿opción por un Protocolo para el reconocimiento de la filiación en casos de gestación por sustitución o por un Convenio sobre filiación en general?*

La gestación por sustitución es un fenómeno complejo, en el que entran en juego normas dispares sobre presunciones de paternidad y maternidad, sobre reconocimiento de las filiaciones por gestación por sustitución establecidas en el extranjero y en cuanto a su regulación o no. Su dimensión global y los intereses necesitados de protección, sobre todo los de los menores, requieren una solución a nivel internacional. Por eso, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado lleva estudiando la problemática desde 2010 y ha publicado un trabajo, *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, sobre las cuestiones necesitadas de solución a nivel internacional. A raíz de ahí, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya creó en 2015 un Grupo de Expertos para trabajar sobre la materia, que se ha ido reuniendo anualmente, haciendo informes intermedios y que ha presentado su informe final en noviembre de 2022. En los cuestionarios remitidos por los países se evidenció que los contratos de gestación por sustitución pueden llevar implícitos abusos y violaciones de derechos fundamentales cuando no hay una regulación garantista, por lo que llegaron a la conclusión de que se debería llevar a cabo una regulación protectora de los derechos humanos de las partes implicadas y que unificara la normativa de Derecho internacional privado sobre filiación, especialmente la relativa a la ley aplicable (DURÁN AYAGO, 2020: 6). Pero en el Grupo de Expertos hay mucha división de planteamientos y es difícil llegar a un acuerdo, por lo que el Grupo se ha centrado solo en un aspecto de

la gestación por sustitución, el que afecta a la continuidad de la filiación de los menores.

Ante las críticas a su trabajo por parte de la Coalición internacional por la abolición de la maternidad subrogada, el Grupo ha aclarado que el trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado “no debe entenderse como apoyo ni como oposición a estas prácticas”. Los expertos barajaron la posibilidad de elaborar un Convenio para regular la filiación en todas sus formas, incluida la filiación por gestación por sustitución, porque excluirla solo por el modo de concepción, podría ser considerado como una forma de discriminación a los menores, creando un vacío legal al respecto y porque incluirla en el Convenio permitiría prevenir el riesgo de compra de menores, pudiendo proteger todos los derechos más eficazmente. Pero la amplitud de la materia y la complejidad de las cuestiones implicadas les hizo dudar de la idoneidad de un Convenio genérico sobre filiación, pues algunos Estados contrarios a la gestación por sustitución no estarían dispuestos a firmarlo. También creían que otros Estados no estarían interesados en negociar o adherirse a un instrumento que excluyera de su ámbito de aplicación la filiación derivada de gestación por sustitución, por lo que decidieron proponer la elaboración de un Convenio sobre filiación en general y, además, elaborar un Protocolo específico sobre filiación por gestación por sustitución, con unas ideas clave: regular la filiación sin importar la edad; excluir cualquier referencia a los efectos jurídicos derivados de la filiación, como la nacionalidad; preservar los derechos de los menores.

El Consejo de Asuntos Generales y Política creó en 2023 un Grupo de Trabajo al que ha encomendado continuar en la línea de elaborar un Convenio general sobre filiación, incluida la derivada de gestación por sustitución, dejando abierta la posibilidad de que posteriormente sean dos instrumentos normativos. En los dos informes que ya ha elaborado el Grupo tiene que resolver algunas de las cuestiones que separaran a sus componentes, como el tratamiento que hay que dar a las adopciones tras la gestación por sustitución, si deben considerarse adopciones nacionales o como el resultado de un contrato de gestación por sustitución o los requisitos para el reconocimiento de las filiaciones (GARCÍA, 2021). En todo caso, estos trabajos del grupo no favorecen el abolicionismo universal de la gestación por sustitución, que se va a quedar en una utopía, porque, si se llegara a elaborar un Protocolo específico para reconocer las filiaciones por gestación por sustitución, los países que se vinculen acabarán admitiendo la gestación por sustitución en su territorio y, en todo caso, promoverán el turismo procreativo.

## 5.2. Proyecto de Reglamento (UE) del Consejo sobre filiación y certificado de filiación europeo: mantenimiento del orden público internacional como límite

El Parlamento Europeo ha condenado la gestación por sustitución en la Resolución 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 [2015/2229(INI)], DOUE C 399/151, de 24/11/2017], en el que declara que «...la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos» (Observación general 115). Y lo reitera la Observación general 32 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la Estrategia de la Unión para la igualdad de género.

Sin embargo, el Consejo de la UE ha elaborado una *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*, con la finalidad de proteger la continuidad de la identidad de los menores en situaciones transfronterizas, su derecho a la no discriminación y a la vida privada y familiar y sus derechos sucesorios y de alimentos en el espacio de la UE y «reducir los costes jurídicos y la carga para las familias[...]en relación con los procesos judiciales de reconocimiento de la filiación en otro Estado Miembro» (Exposición de motivos, p. 1). Se ha optado por un Reglamento para asegurar una aplicación e interpretación unitaria en todos los Estados Miembros, con normas uniformes sobre competencia y ley aplicable para determinar la filiación transfronteriza, que hagan posible el reconocimiento posterior.

Aún no se conoce si el Proyecto culminará, ni su versión definitiva, y, aunque no se centra exclusivamente en la filiación derivada de la gestación por sustitución, sino que regula la filiación en general (salvo la adopción, que está excluida), si llegara a aprobarse, sentará las bases para el reconocimiento de las resoluciones judiciales y documentos públicos relativos a filiaciones por gestación por sustitución establecidas en Estados Miembros de la UE. No obstante, su alcance territorial está limitado a la UE, por lo que el reconocimiento de sentencias y documentos públicos en materia de filiación por gestación por sustitución emitidos en un país no perteneciente a la UE seguiría rigiéndose por el Derecho nacional, siendo limitado su alcance en relación con menores nacidos por gestación por sustitución en los países de la UE que han regulado

esta práctica, ya que solo son Grecia y Portugal, por lo que su impacto será mayor para otro tipo de filiaciones.

Para facilitar el reconocimiento en un Estado Miembro de la filiación determinada en otro Estado Miembro, la Propuesta regula conjuntamente la competencia, el Derecho aplicable a la determinación de la filiación, el reconocimiento de sentencias y documentos públicos que determinen la filiación, la aceptación de documentos públicos con valor probatorio y la creación de un certificado de filiación europeo. Con respecto al reconocimiento de sentencias y documentos públicos, se admite el reconocimiento automático, sin necesidad de procedimiento alguno, bastando con la simple presentación de una copia de la resolución que reúna el requisito de autenticidad y la certificación de la resolución usando el formulario conforme al anexo I (art.21.1). Los asientos de los Registros Civiles de los Estados Miembros serán actualizados sin necesidad de procedimiento especial, aportando la sentencia de un Estado Miembro que ya no admita recurso en el Estado Miembro de origen (art. 21.2). Solo podrá denegarse dicho reconocimiento por uno de los motivos que recoge la Propuesta de Reglamento, entre los que se incluye la manifiesta contrariedad con el orden público internacional del Estado requerido, lo que debe ser interpretado respetando los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta, en especial, el de no discriminación.

Esto abre la vía a que en España se pueda seguir manteniendo el no reconocimiento de las sentencias de filiación por gestación por sustitución procedentes de Estados Miembros de la UE, siguiendo la línea del Tribunal Supremo que fundamenta su razonamiento en la vulneración de los derechos de la madre gestante y la cosificación del menor: la protección de los derechos de madre gestante e hijo podrían alegarse como motivo de oposición al reconocimiento, apoyando las directrices que la Propuesta sugiere que deben acompañar la interpretación del orden público (RODRIGUEZ PINEAU, 2023: 173). De este modo, solo la filiación de menores nacidos de gestación por sustitución llevada a cabo en un Estado miembro puede aprovecharse de las ventajas del reconocimiento recogidas en la Propuesta, remitiendo a la mayoría de los supuestos al Derecho nacional de los Estados parte. Sin embargo, hay autores que defienden el supuesto de que el Reglamento se aplique a la filiación establecida en terceros Estados cuando se pretenda el establecimiento de la filiación en un Estado Miembro y no el reconocimiento conforme a una determinada ley (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2023: 196).

Respecto a los documentos públicos sin efecto jurídico vinculante en el Estado Miembro de origen, pero con valor probatorio (certificaciones registrales) tendrán en los demás Estados Miembros el mismo valor probatorio que en el Estado Miembro de

origen, o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público internacional del Estado Miembro en el que se presenten, respetando los derechos fundamentales y los principios enunciados en la Carta. También prevé la creación de un certificado de filiación europeo, para facilitar invocar en otro Estado Miembro la filiación determinada por las autoridades competentes de otro Estado Miembro conforme a la ley correspondiente, de modo que si una persona aporta este certificado, no se le puede exigir en otro Estado Miembro que aporte una sentencia o documento público que acredite su filiación, porque se presume que el certificado prueba los extremos acreditados y que la persona mencionada en el certificado como hijo tiene esa condición y el certificado servirá de título válido para inscribir la filiación en los Registros Civiles de los Estados Miembros sin necesidad de procedimiento alguno (art. 53).

### 5.3. *¿Conveniencia de una normativa nacional reguladora?*

En España existe un caos respecto a cómo hay que actuar ante el reconocimiento de las filiaciones por gestación por sustitución establecidas en el extranjero. De un lado, las Instrucciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (dictadas por la anterior DGRN) sirven de fundamento para reconocer las filiaciones establecidas en sentencias, a pesar de la posición contraria a la gestación por sustitución del Tribunal Supremo, confirmada por la recentísima sentencia del Tribunal Constitucional que confirma que la determinación de la filiación de los menores a favor de quienes desean ser padres por gestación por sustitución puede suponer una vulneración de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos y a pesar de que el legislador las considera una forma de violencia reproductiva. De otro lado, no existen normas que disuadan eficazmente a las agencias de publicitarse, ni a los comitentes de recurrir a esta práctica en otros países, aunque la LTRHA dice que el contrato es nulo. Sin embargo, es necesario tener en cuenta la reciente prohibición de publicidad para las agencias intermediarias recogida en los arts. 33 de 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 en la que se prohíbe la promoción comercial de la gestación por sustitución y la disposición final primera, que modifica la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Actualmente se ha reavivado el debate social tras la noticia de la contratación de una madre gestante en Estados Unidos por una famosa actriz española, usando el semen de su hijo fallecido, haciendo surgir gran cantidad de problemas legales por el reconocimiento de su maternidad/condición de abuela en nuestro país (reconocimiento de la filiación en solitario de la madre intencional, posibilidad de adopción de nietos, límites a la fecundación *post mortem*...) (ESPINIELLA MENÉNDEZ, 2023:

181-215). A la pregunta de si es necesaria una regulación de la gestación por sustitución en España y de qué tipo, caben al menos tres posibilidades: 1) promulgar una norma que permita la práctica de la gestación por sustitución en España y habilite el reconocimiento de las filiaciones de menores nacidos de gestación por sustitución en el extranjero; 2) no permitir la gestación por sustitución en España y disuadir a los comitentes de recurrir a otros países para contratar una gestación por sustitución, pero regular las condiciones para que las filiaciones de menores nacidos de gestación por sustitución en el extranjero puedan ser reconocidas en España; 3) modificar levemente la normativa, aclarando las reglas vigentes e imponer sanciones para disuadir. Para optar por una u otra opción hay analizar el debate ético existente y las dos posturas enfrentadas: la regulacionista y la abolicionista.

Quienes defienden la regulación de la gestación por sustitución afirman que solo se trata de una TRHA más que no debería estar al alcance solo de los más pudientes (KUMAR CHULANI RAYMOND, 2021: 81-104); que las gestantes tienen autonomía y libertad para disponer de su cuerpo (PRESNO LINERA y JIMÉNEZ BLANCO, 2014: 1-39); consideran positivo un cambio legislativo que atienda a las nuevas demandas (FARNÓS AMOROS, 2016: 224) y que garantice los derechos de la gestante, los intereses de los comitentes y, sobre todo, el interés superior del menor (GONZÁLEZ MARTÍN y ALBORNOZ, 2016: 183), permitiendo que la gestación por sustitución se realice en España y que se reconozcan las filiaciones por gestación por sustitución procedentes de otros países, con unos requisitos. Entre ellos, control judicial del libre consentimiento prestado por la gestante; la inexistencia de condiciones abusivas del contrato; que la práctica proteja su salud; que se le permite desistir de entregar al bebé hasta que hayan pasado seis semanas desde el nacimiento, admitiendo que ponga fin al contrato sin penalizaciones; inexistencia de situación de vulnerabilidad; que firma el contrato con pleno conocimiento; que el menor no va a ser objeto de compra, limitando la gestación por sustitución a su modalidad altruista, con pagos moderados que no sean un incentivo; que los comitentes acrediten problemas de infertilidad o de salud o haya riesgos para el feto; que superen un control de idoneidad; que sean obligados a asumir la relación paterno/materno-filial, con independencia del sexo, del estado de salud o de discapacidad del menor y del número de bebés que nazcan; que se prevean garantías de acceso del menor a conocer sus orígenes; que la gestante no tenga vínculos genéticos con el menor y sí los tenga algún comitente. Creen necesario un Convenio internacional similar al Convenio de La Haya sobre protección de menores en materia de adopción de 1993 (SALES PALLARÉS, 2019: 347), para reconocer las filiaciones si cumplen las anteriores condiciones y participan en el proceso autoridades centrales que garantizan que se siguen buenas prácticas y, de lo contrario, no se podrán reconocer las filiaciones por gestación por sustitución (PINO ÁVILA, 2023: 335-350).

Incluso se ha llegado a proponer una multiparentalidad, similar a la permitida por el art. 57 a) del Código de las Familias cubano, que permite a la gestante formar parte de la familia del menor. En la misma línea de estas buenas prácticas, la Asamblea General de Naciones Unidas, 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, de 15 de enero de 2018, ha dado unas pautas a los Estados que se decidan a regular la gestación por sustitución, que han sido desarrolladas por los Principios de Verona publicados en 2021 por el Servicio Social Internacional (ISS).

El sector abolicionista, en cambio, se opone a su regularización, porque la gestación por sustitución permite la renuncia a derechos inalienables e indisponibles de la mujer por contrato; entienden que la gestación por sustitución atenta contra la dignidad de la gestante (por utilizarla como instrumento al servicio de los demás) y de los menores (el verdadero objeto del contrato es la entrega del niño, lo que no tiene nada que ver con el derecho de la mujer a disponer de su cuerpo) (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2022: 2-6); (PULEO, 2017: 165-184); destacan el significado simbólico que tienen las normas que permiten considerar a las mujeres como máquinas de parir; afirman que la gestación por sustitución es una forma de explotación reproductiva, tanto en su modalidad comercial como altruista, porque todos se benefician de la gestante; que el dolor físico y los riesgos derivados de la hormonación, la gestación, el parto y el sufrimiento psíquico por tener que evitar el apego con el feto y la entrega del menor, son formas de violencia de género prohibidas por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y que las mujeres que se someten a la gestación por sustitución se encuentran en situación de vulnerabilidad económica y/o psicológica (LARA AGUADO, 2023: 194). Aluden al Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 2017, que señala que «La gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes», ya que «La mujer gestante guarda en su cuerpo memoria de cada embarazo, especialmente porque incorpora células madre procedentes de la sangre de aquellos que ha gestado». Afirman que las gestantes son tratadas por psicólogos para no crear afecto con el feto para poder separarse de él, desvinculándose emocionalmente del hijo que están gestando (BELLVER CAPELLA, 2015: 19-52) y que en España se debería adoptar una normativa que prohíba la publicidad de las agencias que promueven la práctica y sancione la infracción de esta prohibición.

Considero que una de las principales razones para oponerse a la regulación de la gestación por sustitución en España en sus dos modalidades (legalizarla en España y establecer condiciones para el reconocimiento) es que, aunque se regulara, los comitentes seguirán recurriendo a países donde la gestación por sustitución es más barata, porque en España no habría suficientes mujeres (ni siquiera extranjeras) para atender de manera altruista a toda la demanda. Y, una vez que nazcan menores en esos países, habremos vuelto al punto de partida en el que nos encontramos: si el menor ya está aquí, ¿cómo se salvaguarda su derecho a su identidad y a su vida privada y familiar, si su nacimiento se ha producido en el marco de un proceso de gestación por sustitución no garantista para la gestante y que no reúne los requisitos para el reconocimiento de su filiación? ¿Acaso ese menor ya no tiene derecho a una identidad y a su vida privada y familiar, especialmente, si ya hay un núcleo familiar consolidado? Quizás tengan razón quienes pretenden abolir la gestación por sustitución a través de un convenio internacional que condene esta práctica por vulnerar los derechos humanos (Declaración de Casablanca), al estilo de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y adoptar medidas estrictas que penalicen la actuación de las agencias intermediarias que se publiciten en España.

Mientras tanto, en España ya tenemos soluciones que garantizan los derechos de los menores y son compatibles con la jurisprudencia del TEDH y del TJUE. Si se siguiera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no se reconocerían las filiaciones derivadas de gestación por sustitución establecidas en el extranjero tal y como constan en las sentencias o en las certificaciones registrales extranjeras, por considerar la gestación por sustitución contraria al orden público internacional. Pero tenemos las vías del art. 10.3 LTRHA. En los casos no previstos, como aquellos en que quien haya aportado el material genético sea la madre comitente en solitario, se podría establecer la filiación materna de la comitente que aportó su óvulo a través de la adopción, tras la renuncia de la gestante a su filiación en un tiempo razonable tras el nacimiento del menor, en las mismas condiciones que para la adopción. Y, en los supuestos en que ninguno de los comitentes haya aportado sus gametos, habrá que decidir situación por situación y valorar el interés del menor, para evitar los problemas de tráfico y trata de menores. Lo que sí es necesario es una norma legal que aclare cómo deben actuar las autoridades, respetando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, endureciendo las sanciones y haciendo que se aplique efectivamente la legalidad vigente.

## 6. CONCLUSIONES

La filiación es un elemento integrante del derecho a la identidad y a la vida privada y familiar, que forma parte de la identidad de los menores, incluyendo los nacidos por

gestación por sustitución, aunque el contrato sea nulo en España. Según la jurisprudencia del TEDH, estos Derechos Humanos exigen estabilidad, para que la identidad del menor no se vea modificada cuando el niño se traslada a otro país. Pero la continuidad de la filiación por gestación por sustitución establecida en el extranjero no implica un reconocimiento inmediato de la situación ya creada, sino que es necesario que se trate de una relación ya consolidada, que esa filiación haya sido establecida en el Estado de origen sin fraude, en un Estado vinculado con la relación familiar, jugando un papel importante la vinculación genética.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando existe una vinculación genética entre el menor y el padre de intención, el establecimiento de la filiación paterna biológica es una exigencia del derecho a la vida privada del menor, pero los Estados tienen un margen de discrecionalidad para decidir la forma de establecer esa filiación, sin que obligatoriamente tengan que hacerlo reconociendo la sentencia o certificación de nacimiento extranjera. Si se ha establecido la filiación del padre biológico de intención, el vínculo de filiación del menor con la madre de intención o cónyuge/pareja de ese progenitor debe establecerse también en interés del menor, pero se deja libertad a los Estados para decidir cuál es la vía, siendo admisible la adopción, siempre que se trate de un procedimiento rápido y efectivo y que venga permitida dicha adopción por la normativa del Estado en cuestión. No existe violación del derecho a la vida privada en caso de que el padre de intención biológico se niegue a la adopción de su hijo por su cónyuge que no está vinculado genéticamente con el menor. Cuando ninguno de los comitentes tiene vinculación genética con el menor y el Estado de destino no permite establecer la filiación, no hay violación del derecho a la vida privada del menor, pues los Estados tienen interés en prevenir que en su territorio se trafique con menores y en desalentar la gestación por sustitución, pero hay que estar a cada caso, porque si hay una relación familiar ya consolidada, habrá una expectativa de reconocimiento.

Por tanto, no existe un derecho al reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, sino una legítima expectativa de que ese reconocimiento se va a producir y esa expectativa existe cuando hay una situación ya consolidada de hecho y que ha surgido de conformidad con el ordenamiento jurídico extranjero, sin fraude de ley. Sin embargo, esa expectativa no implica que el reconocimiento de la situación consolidada tenga que coincidir exactamente con la sentencia o certificado de nacimiento extranjero, sino que los Estados tienen un margen de apreciación. La legalidad vigente en España entra dentro del margen de libre apreciación que corresponde a los Estados para reconocer las filiaciones de menores nacidos de gestación por sustitución en el extranjero, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y no se viola el derecho a

la vida privada y familiar de estos menores si se permite el establecimiento de la filiación biológica paterna mediante el ejercicio de la acción de reclamación de dicha filiación ante autoridad judicial española y la adopción a favor del cónyuge del padre biológico.

El modelo de establecimiento de la filiación vigente en España para los menores nacidos de gestación por sustitución en el extranjero también es compatible con la jurisprudencia del TJUE sobre reconocimiento del estatuto personal, porque no constituye ningún obstáculo para el ejercicio de las libertades europeas, pues incluso en la UE es posible denegar el reconocimiento de filiaciones si son incompatibles con el orden público internacional, si suponen una grave vulneración de derechos humanos. Eso es lo que concurre en el caso de la gestación por sustitución, porque, según el Tribunal Supremo, atenta contra la dignidad de la gestante y la del menor, al mercantilizarlos y cosificarlos y ser una forma de violencia reproductiva.

La consideración de la gestación por sustitución como una forma de violencia reproductiva impide promulgar una normativa que regule la gestación por sustitución y la haga posible en España, por más garantías que se intenten adoptar, porque la gestante, en todo caso, debe renunciar a un derecho, es instrumentalizada al servicio de los demás y el menor sigue siendo objeto de un contrato. Esta parece ser la opinión vertida en la STC de 27 de febrero de 2024, en la medida en que el Tribunal Constitucional afirma que determinar la filiación de los menores nacidos por gestación por sustitución en el extranjero a favor de quienes han contratado esta práctica para satisfacer su «deseo» de ser padres o madres puede vulnerar valores y derechos constitucionalmente reconocidos. Parece desprenderse de esto que para el Tribunal Constitucional no existe un derecho de ser padre/madre del que se derive la obligación del legislador de proceder a regular esta práctica en nuestro país.

Ahora bien, debería completarse la regulación existente en España para reforzar las medidas que disuadan a los comitentes de recurrir a esta práctica en el extranjero y clarificar a través de una ley (y no por medio de una Instrucción administrativa) que las filiaciones por gestación por sustitución establecidas en sentencias judiciales o certificados de nacimiento extranjeros no se pueden reconocer en España, porque los contratos de gestación por sustitución son contrarios al orden público internacional y que la vía para proteger el interés del menor es la del art. 10.3 LTHRA, como dice el Tribunal Supremo.

La diferente regulación de la gestación por sustitución en el mundo, con países permisivos y otros que la prohíben, genera un problema global, que favorece el turismo reproductivo, y exige una solución a nivel internacional. La Conferencia de La Haya de

Derecho internacional privado y la UE están intentando solucionar el problema elaborando instrumentos jurídicos que garanticen la continuidad de la filiación de menores nacidos de gestación por sustitución en el extranjero (o en países de la UE), fijando las condiciones que deberán cumplirse como requisito necesario para el reconocimiento. En la UE, las sentencias y documentos procedentes de Estados Miembros que acrediten la filiación por gestación por sustitución, según la propuesta de Reglamento, tendrán que ser reconocidas si cumplen los requisitos, aunque se permite denegar el reconocimiento si van en contra del orden público internacional del Estado del foro, lo que deja un resquicio para que en España se deniegue el reconocimiento de estas sentencias de Estados Miembros y se aplique el art. 10.3 LTRHA. Por su parte, si la CLHDIP, finalmente, optara por elaborar un Protocolo centrado exclusivamente en la filiación derivada de gestación por sustitución, o previera condiciones específicas para el reconocimiento de filiaciones derivadas esta práctica en un Convenio general sobre filiación, aunque trate de garantizar el respeto a los derechos de la gestante y del menor, sobreprotegería los intereses de los comitentes, dotándolos de mayor seguridad jurídica respecto a la continuidad de sus relaciones paterno/materno-filiales, pues si se cumplen las condiciones para el reconocimiento de la filiación por gestación por sustitución, específicas para estos casos, no se podrían alegar obstáculos a dicho reconocimiento. Por ello, el Convenio/Protocolo promoverá la práctica de las gestación por sustitución llevadas a cabo en el extranjero, pues serán reconocidas, promoviendo la regularización de la gestación por sustitución, porque se proyectará una imagen de tolerancia de los Estados con la gestación por sustitución y generará un malestar en la sociedad: si los Estados de destino no regularizan la práctica de la gestación por sustitución en sus territorios y, en cambio, permiten que todas las gestación por sustitución llevadas a cabo en el extranjero que cumplan los requisitos establecidos se reconozcan en su territorio, dará la impresión de que se está permitiendo que se conviertan en padres/madres por esta vía a quienes tengan medios económicos para permitírselo y no a los demás, haciendo de la paternidad/maternidad un derecho para ricos.

Los proyectos que están realizando la UE y la CLHDIP dejan sin resolver el problema de fondo: si, pese a todo, se recurre a la gestación por sustitución sin cumplir los requisitos establecidos para el reconocimiento, se deja desprotegido al menor que nazca por esta vía, vulnerándose también su derecho a la identidad y a su vida privada y familiar, por lo que subsiste el problema que se trata de resolver. Por eso, el abordaje de la gestación por sustitución a nivel internacional requiere que se promueva la firma de un Convenio internacional que condene la práctica de la gestación por sustitución, por vulnerar los derechos de mujeres y niños, porque lo importante es proteger el derecho

de los menores a no ser mercantilizados, y no salvaguardar un inexistente “derecho a un niño”.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALCARAZ, Hubert, «La gestación subrogada en Francia, paradojas y restricciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, Nº 31, 2020, pp. 1-20.

ALOUANE, Asma, «A never-ending conflict: News from France on the legal parentage of children born through surrogacy arrangements», *Conflict of Laws.net*, 2020: <https://conflictoflaws.net/2020/a-never-ending-conflict-news-from-france-on-the-legal-parentage-of-children-born-through-surrogacy-arrangements/>

ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo, «Múltiples maternidades y la insoportable levedad de la paternidad en reproducción humana asistida», *Revista de Antropología Social*, Nº 15, 2006, pp. 411-455.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago,

- «La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, Nº 3, 2023, pp. 171-200.
- «Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022», *Diario La Ley*, Nº 10069, Sección Tribuna, 16, 2022, pp.1-12.
- «Gestación por sustitución y orden público», *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Nº 2, 2017, pp. 166-200.

ANDREU MARTÍNEZ, Mercedes B., (2019) «Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 10 bis, pp. 64-85.

ARENAS GARCÍA, Rafael, «El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea», en CUARTERO RUBIO, María Victoria y VELASCO RETAMOSA, José Manuel (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 47-79.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, Nº 14, 2008, pp. 4-9.

BELLVER CAPELLA, Vicente, «¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional», *SCIO. Revista de Filosofía*, Nº 11, 2015, pp. 19-52.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo,

- «Maternidad subrogada», (Tribuna), *Cuadernos de Derecho Privado*, Nº 4, 2022, pp. 2-6.
- «Hijos made in California», *Aranzadi Civil. Revista quincenal*, Nº 1, 2009, pp. 2117-2119.

CALVO CARAVACA, Alfonso L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *CDT*, Vol. 7, Nº 2, 2015, pp. 45-113.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *CDT*, Nº 1, 2011, pp. 247-262.

CASTELLANOS RUIZ, María J., «Gestación por sustitución: orden público internacional vs. orden público europeo», *CDT*, Vol. 13, Nº 2, 2021, pp. 971-1002.

COBACHO GÓMEZ, José A. y LECIÑENA IBARRA, Ascensión, (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

DE VERDA Y BEAMONTE, José R. «Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia, de fecha 15 de septiembre)», *Diario la Ley*, Nº 7501, 2010.

DÍAZ FRAILE, Juan M., «La gestación por sustitución ante el Registro civil español, Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, Estudios, 2019, pp. 53-131.

DURÁN AYAGO, Antonia,

- «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015», *Bitácora Millennium DIPr.*, Nº 2, 2015, pp. 1-14.
- «Los trabajos en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución», *Revista de Derecho Constitucional*, Nº 31, 2020, pp. 1-51.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, «Gestación subrogada y fecundación póstuma», *AEDIPr.*, t. XXIII, 2023, pp. 181-215.

FARNÓS AMORÓS, Esther,

- «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», *InDret*, Nº 1, 2010, pp. 1-25.
- «¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España?», en CASADO, María (coord.), *De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Fontamara, México, 2016, pp.195-234.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Luis «Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania», *Revista de Derecho UNED*, Nº 26, 2020, pp. 153-194.

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, «Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿bioética o biopoder?», *Diario La Ley*, Nº 9388, 2 de abril, 2019.

GARCÍA RUBIO, María P. «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 13, agosto, 2020, pp. 14-49.

GARCÍA RUBIO, María P. y HERRERO OVIEDO, Margarita, «Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 52, 2018, pp. 67-89.

GÖSSL, Sussane, «The recognition of a “judgment of paternity” in a case of cross-border surrogacy under german law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13», *CDT*, Vol. 7, Nº 2, 2015, pp. 448-465.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María M. «Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, pp. 159-187.

HEREDIA CERVANTES, Iván, «La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Nº 2179, 2015, pp. 339-396.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, «Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?», *CDT*, Vol. 6, Nº 2, 2014, pp. 147-174.

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar,

- «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», 35 *REEI*, 2018, pp. 1-49.
- «La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)», *REEI*, Nº 37, 2019, pp. 24-31.

KUMAR CHULANI RAYMOND, Jagdish, «La situación jurídica de la gestación por sustitución en España», *Anales de la Facultad de Derecho*, Nº 38, 2021, pp. 81-104.

LAMM, Eleonora, «*Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*», Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2014.

LARA AGUADO, Ángeles,

- «El interés superior de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones transfronterizas desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia: algunos casos concretos», en LARA AGUADO, Ángeles (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 163-207.
- «Filiación de los niños y niñas nacidos en virtud de contratos de gestación por sustitución: entre el derecho al respeto a la vida familiar, a la identidad personal y a la libertad de circulación y el orden público internacional», en LARA AGUADO, A. (coord.), *Guía de buenas prácticas para la efectividad de los derechos de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones de movilidad transfronteriza desde las perspectivas de género y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.105-132. (2022-1)
- «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», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 120/2022, 2022, pp. 1-28. (2022-2)

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *Diario La Ley*, Nº 7777, enero, 2012.

LAZCOZ MORATINOS, Guillermo y GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, «La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del Protocolo nº 16», *CDT*, Vol. 11, Nº 2, 2019, pp. 673-692.

LINACERO DE LA FUENTE, María, «La filiación», en LINACERO DE LA FUENTE, María (dir.) *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 387-438.

MAZZILLI, Elisabetta, «Ineficacia de la relación de filiación entre el progenitor intencional y el niño nacido a través del recurso a la gestación por sustitución por contrariedad al orden público en el ordenamiento italiano», *CDT*, Vol. 13, Nº 2, 2021, pp. 1032-1046.

MORENO BOTELLA, Gloria, «Material genético de los padres de intención y filiación en el caso Campanelli II. Su incidencia en la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017», *Diario La Ley*, Nº 9024, 2017.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, «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, enero, 2022, pp. 134-190.

NUÑO GÓMEZ, Laura, «Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler», *Revista de Filosofía Moral y Política*, N.º 55, julio-diciembre, 2016, pp. 683-700.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, «Recognition in Spain of Parentage created by Surrogate Motherhood», *Yearbook of Private International Law*, Vol. 12, 2010, pp. 619-637.

ORTEGA JIMÉNEZ, Alfonso, COBAS COBIELLA, María E., y HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys, «Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev», *Diario La Ley*, Nº 9281, 2018, pp. 1-18.

PINO ÁVILA, Alonso, «Bioética en los tribunales. Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022, sobre filiación en la gestación subrogada, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Bioética y Derecho*, Nº 57, 2023, pp. 335-350.

PRESNO LINERA, Miguel A., y JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, Nº 51, 2014, pp. 1-39.

PULEO, Alicia, «Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado: el alquiler de úteros como extractivismo», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Vol. 29, 2017, pp. 165-184.

QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 2009, pp. 1-42.

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, «La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas», *Cuadernos de Derecho Privado*, Nº6, 2023, pp. 48-180.

SALES PALLARÉS, Lorena, «La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada», *CDT*, Vol. 11, Nº 2,2 2019, pp. 326-347.

SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana, «Derecho a la identidad», *Actualidad civil*, Nº 4, 1999, pp. 1469-1497, versión consultada en *LA LEY* 2350/2001, 2001, pp. 1-24.

SCOTTI, Luciana B., «El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas», *Revista Pensar en Derecho*, Nº1, 2013.

SZYGENDOWSKA, Marta, «La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino», *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXIV, Nº 1, JUNIO, 2021, pp. 89-109.

TAMAYO HAYA, Silvia, «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas», *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013, pp. 261-316.

VASTAROUCHA, María C., «Surrogacy Proceedings in Greece after the implementation of law 4272/2014», *Greek Law Digest*, 2019, pp. 1-4.

VELA SÁNCHEZ, Antonio, «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011», *Diario La Ley* (Sección Doctrina), Nº 7815, 2012.

#### JURISPRUDENCIA

##### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, *V.M.A. contra Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, asunto C-490/20 (ECLI:EU:C:2021:1008)

STJUE (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014, *Z. y A Government department, The Board of management of a community school*, asunto C-363/12 (ECLI:EU:C:2014:159)

STJUE (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014, *C. D. c. S. T.*, asunto C-167/12 (ECLI:EU:C:2014:169)

STJCE (Gran Sala) de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul c. Standesamt Stadt Niebüll*, asunto C-353/06 (ECLI:EU:C:2008:559)

##### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH (Sección 5ª), de 24 de marzo de 2022, Asunto *A.M. v. Noruega* (nº 30254/18), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216348>

STEDH, de 7 de abril de 2022, Asunto *A.L. c. Francia* (nº 13344/20), <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-216632>

STEDH (Sección 1ª) de 16 noviembre 2021, Asunto *S.-H. c. Polonia* (nº 56846/15 y 56849/15), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-214296>

STEDH (Sección 5ª), de 16 de julio de 2020, Asunto *D. c. Francia* (nº 11288/18), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203565>

STEDH (Sección 5ª) de 19 de noviembre de 2019, Asunto *C. y E. c. Francia* (nº1462/18 y 17348/18), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-199497>

STEDH (Gran Sala), de 24 de enero de 2017, Asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (nº 25358/12), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170867>

STEDH de 19 de enero de 2017, Asunto *Laborie c. Francia* (nº 44024/13), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170369>

STEDH de 21 de julio de 2016, Asunto *Foulon y Bouvet c. Francia* (nº 9063/14 y 10410/14), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164968>

STEDH (Sección 2ª) de 27 de enero de 2015, Asunto *Paradiso et Campanelli c. Italia* (nº 25358/12), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151056>

STEDH (Sección 10ª), de 8 de julio de 2014, Asunto *D. y otros c. Bélgica* (nº 29176/13), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146420>

STEDH (Sección 5ª) de 26 de junio de 2014, Asunto *Menesson c. Francia* (nº 65192/11), <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145389>

STEDH (Sección 5ª) de 26 de junio de 2014, Asunto *Labassee c. Francia* (nº 65941/11), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>

#### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 28/2024, de 27 de febrero de 2024, ECLI:ES:TC:2024:28

#### TRIBUNAL SUPREMO

STS 277/2022 (Sala de lo Civil), de 31 de marzo de 2022, (RJ 1153/2022), ECLI:ES:TS:2022:1153

STS 347/2018 (Sala de lo Civil. Sección Pleno), de 22 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1414), ECLI:ES:TS:2018:1242

STS 277/2018, (Sala de lo Civil. Sección Pleno), de 13 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1518), ECLI:ES:TS:2018:2056

STS 1002/2017 (Sala de lo Civil. Sección Pleno) de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5889), ECLI:ES:TS:2017:4318

STS 1005/2017 (Sala de lo Civil. Sección Pleno) de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 6015), ECLI:ES:TS:2017:4770

STS 953/2016 (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6152), ECLI:ES:TS:2016:5283

STS 881/2016 (Sala de lo Civil. Sección Pleno), de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016/6167), ECLI:ES:TS:2016:5375

STS 835/2013 (Sala de lo Civil. Sección Pleno), de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014/833), ECLI:ES:TS:2014:247

#### AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, núm. 91/2019, de 31 de enero de 2019, ECLI:ES:APMU:2019:181

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, ECLI:ES:APV:2011:5738

#### TRIBUNALES ORDINARIOS

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 17 de septiembre de 2010, ECLI:ES:JPI:2010:25

#### TRIBUNALES EXTRANJEROS

Sentencia de *la Corte di Cassazione* italiana, Secc. Unidas, 8/05/2019, núm. 12193.

Sentencia del Tribunal Constitucional portugués 225/2018, de 24 de abril (*Diário da República*, 1ª Serie, Nº 87, de 7 de mayo de 2018).

Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 272/2017, de 20 de diciembre de 2017, (*Gazzetta Ufficiale*, núm. 51).

Sentencia de la *Cour de cassation* francesa, nº 619, Assemblée plénière, 3 juillet 2015, 14-21.323, ECLI:FR:CCASS:2015:AP00619

Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 10 de diciembre de 2014 (XII ZB 463/13 - *Kammergericht Berlin AG Schöneberg*).

Sentencia del *England and Wales High Court of Justice Family Division*, de 9 de diciembre de 2008 [*Re X & Y*, [2008] EWHC 3030 (Fam)].

#### OTROS RECURSOS

Bebes y Más “El escándalo de BioTexCom, la clínica de maternidad subrogada ucraniana investigada por posible falsedad documental, delito fiscal y tráfico de bebés” 24 de septiembre de 2018 <https://www.bebesymas.com/noticias/escandalo-biotexcom-clinica-maternidad-subrogada-ucraniana-investigada-posible-falsedad-documental-delito-fiscal-trafico-bebes>

Blog de DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, 2015. Disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html>

Coalición Internacional por la Abolición de la gestación subrogada, 2024. Disponible en: <http://abolition-ms.org/es/inicio/>

Código de Familias cubano de 2022. Ley 156/2022, “Código de las Familias”, *Gaceta Oficial* Nº 99 Ordinaria de 27 de septiembre de 2022.

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. *BOE* núm. 137, de 06/06/2014.

Declaración de Casablanca por la abolición mundial de la maternidad subrogada, 2023. Disponible en: <http://declaration-surrogacy-casablanca.org/index.php/declaracion-internacional-para-la-abolicion-mundial-de-la-maternidad-subrogada/>

Dictamen del TEDH en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, de 10 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429190384->

Dictamen\_de\_10\_de\_abril\_de\_2019\_en\_relacion\_con\_el\_reconocimiento\_en\_el\_Derecho\_interno\_de\_una\_rela.PDF

Europa Press Sociedad, “Consulado español en Kiev admite retrasos puntuales en la inscripción de bebés por subrogación y acelerará trámites”. 8 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-consulado-espanol-kiev-admite-retrasos-puntuales-inscripcion-bebes-subrogacion-acelerara-tramites-20190108193642.html>

Ficha temática del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gestación subrogada y el CEDH. Disponible en: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Surrogacy\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Surrogacy_ENG)

Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 16 de mayo de 2017. Disponible en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.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, de 15 de enero de 2018. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/007/74/PDF/G1800774.pdf?OpenElement>

Informe final del Grupo de Expertos del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de 2022. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>

No somos vasijas. Periódico Feminista, 2015. Disponible en: <https://www.mujiresenred.net/spip.php?article2199>

Principios de Verona publicados en 2021 por el Servicio Social Internacional (ISS). Disponible en: [https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples\\_25February2021.pdf](https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf).

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos el 30 de marzo de 2023, BOCG Núm. 341, de 14 de abril de 2023.

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. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:01d08890-76e7-11ed-9887-01aa75ed71a1.0019.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:01d08890-76e7-11ed-9887-01aa75ed71a1.0019.02/DOC_1&format=PDF)

Proyecto de ley de la Comisión de Justicia de la Cámara de los Diputados de Italia, de abril de 2022. Disponible en: <https://www.rainews.it/articoli/2023/03/maternit-surrogata-al-vialesame-sulla-proposta-di-legge-che-la-rende-reato-73bb133e-ef83-41e9-adb8-4635880df745.html>

*Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, 2011. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/da27b1a2-cc90-45bf-9d3e-7934fd51b10c.pdf>

Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la Estrategia de la Unión para la igualdad de género. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html)

State of Union Adress de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=q8eThxTJxRk> [Consulta: 3 de mayo de 2023].

Trabajos del Grupo de Expertos y del Grupo de Trabajo de la Conferencia de la Haya.  
Disponibles en: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

Fecha de recepción: 01.04.2024

Fecha de aceptación: 16.09.2024