

Propuesta de Recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública contra la calificación negativa de la inscripción de nacimiento de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución

Proposal for an Appeal to the Dirección General De Seguridad Jurídica y Fe Pública against the negative qualification of the birth registration of those born abroad through surrogacy

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

ORCID ID: 0000-0002-1376-497X

Recibido: 15.09.2025 / Aceptado: 15.01.2026

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2026.10292>

Resumen: La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), órgano dependiente del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, dictó el 28 de abril de 2025, una Instrucción sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución. A través de dicha Instrucción se deroga la normativa anterior emanada del propio Centro Directivo; se impide la aplicación de los mecanismos de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España a las decisiones en materia de filiación de nacidos mediante gestación por sustitución procedentes de otros Estados; y se impone la obligación a los ciudadanos de reconstruir en nuestro país la filiación ya determinada en el extranjero. Los objetivos perseguidos por la mencionada Instrucción chocan frontalmente, sin embargo, con algunos de los principios más elementales del ordenamiento jurídico español. Existen fundamentos de Derecho más que suficientes para sustentar un recurso ante las autoridades competentes contra la mencionada Instrucción. Este trabajo se limita a esgrimir, de conformidad con el ordenamiento jurídico español, algunos de ellos.

Palabras clave: Gestación por sustitución, Derecho internacional privado, exequatur, derechos fundamentales, interés superior del menor, Derecho español, CNYDN, CEDH.

Abstract: The *Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública* (DGSJFP), a body dependent on the Ministry of Justice of the Government of Spain, issued an Instruction on updating the registration regime for the parentage of births through surrogacy on April 28, 2025. This Instruction repeals the previous regulations issued by the same governing body; it prevents the application of the mechanisms for extraterritorial validity of foreign decisions in Spain to decisions on parentage of children born through surrogacy originating in other States; and it imposes the obligation on citizens to reconstruct in Spain the parentage already determined abroad. The objectives pursued by the aforementioned Instruction clash head-on, however, with some of the most basic principles of the Spanish legal system. There are more than sufficient legal grounds to support an appeal against the aforementioned Instruction. This work is limited to arguing, in accordance with the Spanish legal system, some of them.

Keywords: Surrogacy Motherhood, Private International Law, Exequatur, Fundamental Rights, Best Interest of the Child, Spanish Law, UNCRC, ECHR.

Sumario: I. Breve introducción. II. Propuesta de recurso contra la Instrucción DGSJFP 2025: Fundamentos de Derecho. 1. Nulidad de pleno derecho. 2. La necesaria aplicación del art. 96 LRC. 3. EL art. 10 LTRHA: una norma imperativa. 4. Decisiones extranjeras en materia de filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y orden público internacional español: la STS. 5. La obligatoria reconstrucción *contra legem* de la filiación en España. 6. El interés superior del menor. 7. La gestación por sustitución como una forma de violencia contra las mujeres. IV. Consideraciones finales.

I. Breve introducción

1. El pasado 1 de mayo entraba en vigor la Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anteriormente, DGRN), sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución¹. La mencionada Instrucción deroga la normativa anterior emanada del mismo Centro Directivo sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, concretamente: las Instrucciones DGRN de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019².

2. La nueva Instrucción DGSJ de 28 de abril de 2025, basándose en una sentencia del Tribunal Supremo (STS núm. 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024)³ se dirige, principalmente, a denegar la inscripción registral de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, obligando con ello a los progenitores a determinar la filiación en España mediante la tramitación del correspondiente procedimiento judicial. Cuestión distinta es que dicho objetivo pueda encontrar sustento en Derecho español, al menos en la forma en que la Instrucción DGSJFP 2025 pretende.

3. Un análisis jurídico de la Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025 conduce a observar que determinados aspectos de dicha norma podrían quebrantar algunos de los principios más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. En estas páginas se tratará de exponer la argumentación jurídica que podría servir de sustento a los “Fundamentos de Derecho” de un posible recurso ante la DGSJFP contra la resolución del Encargado del Registro civil Consular denegando la inscripción de nacimiento con base en la Instrucción de 28 de abril de 2025.

4. No obstante, antes de proceder a la exposición de esta propuesta, resulta necesario realizar una serie de precisiones.

Primera: La Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución; (b) establece que la filiación de los hijos así nacidos de determina por el parto; y (c) a diferencia de las legislaciones de otros Estados de nuestro entorno que no permiten la GS, la Ley 14/2006 contempla la posibilidad de que tras el nacimiento del niño en España pueda procederse a la determinación legal de la filiación a favor de los comitentes, siempre y cuando la madre gestante (madre legal) así lo consienta. Esto explica que en nuestro país la gestación por sustitución “*per se*” no esté tipificada como delito.

La nulidad de tales contratos celebrados en España junto a la situación de incertidumbre jurídica que se podría derivar de un proceso de gestación por sustitución en ausencia de un acuerdo entre las partes habida cuenta del necesario recurso a técnicas de reproducción humana asistida, conducen a muchos ciudadanos españoles a dirigirse a otros Estados, principalmente, Canadá, EEUU y Ucrania, donde dicha práctica está permitida.

¹ BOE núm. 105, de 1 de mayo de 2025.

² BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010 y BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019, respectivamente. A través de dichas Instrucciones la inscripción de los nacimientos mediante gestación por sustitución era posible en España siempre y cuando se aportara por parte de los promotores una sentencia judicial de un tribunal extranjero que garantizara los derechos de las partes mas vulnerables en el proceso: madre gestante y menor, y se cumplieran una serie de condiciones para poder otorgar el reconocimiento a dicha sentencia.

³ ECLI:ES:TS:2024:5879.

Segunda: Aquellos Estados que permiten la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida cuentan con una regulación muy dispar. Aun así, y reduciendo al máximo las diferencias entre las distintas regulaciones, cabría distinguir dos tipos: aquellas que exigen la intervención de una autoridad judicial en el proceso de gestación por sustitución (Canadá y EEUU); y aquellas otras en las que la gestación por sustitución se lleva a cabo sin intervención de autoridad judicial (Ucrania).

Tercera: En aquellos Estados donde se exige la intervención de una autoridad pública en el proceso de gestación por sustitución, la determinación judicial de la filiación puede tener lugar antes del nacimiento del niño/a (*Pre-Birth Order*) o después del nacimiento del niño (*Post-Birth Order*). En este último supuesto, el tribunal interviene en dos momentos distintos: (a) antes de que se inicie el proceso de gestación por sustitución, validando/autorizando el contrato entre los comitentes y la madre gestante; (b) tras el nacimiento del niño, determinado judicialmente la filiación en tanto que la madre gestante se considera madre legal tras el parto.

En EEUU, todos aquellos *States* que permiten la gestación por sustitución contemplan en su legislación esta última modalidad de doble intervención judicial, en algunos casos como vía alternativa a las *Pre-Birth Order* y, otros como única forma de llevar a cabo el proceso de gestación por sustitución⁴.

Cuarta: La fundamentación jurídica que aquí se comparte toma como referencia aquellos supuestos de gestación subrogada que han tenido lugar en países donde la determinación de la filiación del menor ha tenido lugar judicialmente tras el nacimiento (caso de algunos *States* de los EEUU) contando para ello con el consentimiento de la madre gestante, madre legal tras el parto.

II. Propuesta de recurso contra la Instrucción DGSJFP 2025: Fundamentos de Derecho

1. Nulidad de pleno Derecho

5. La Instrucción de 28 de abril de 2025 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP) sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, que sirve como fundamento de Derecho único a la calificación negativa de la solicitud formulada, desestimando la práctica del asiento interesado por el promotor/a, es nula de pleno Derecho por los motivos que a continuación se exponen.

6. El Título IV de la CE establece en su artículo 103 los principios que han de regir la actuación de las Administraciones Públicas, destacando entre ellos, *el principio de eficacia, el principio de jerarquía normativa y el principio de legalidad* al imponer el sometimiento pleno de la actividad administrativa, incluida la potestad reglamentaria, a la ley y al Derecho. Así lo recuerda la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, al disponer en su art. 34.2 que: “*el contenido de los actos administrativos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico*” y al proclamar la nulidad de pleno derecho no sólo de los actos de las Administraciones Públicas que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 47.1, apartado a) *Ley 39/2015*) sino también de “*las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior; las que regulen materias reservadas a la Ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*” (art. 47. 2 *Ley 39/2015*).

7. De igual modo, la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* tras reiterar el mandato constitucional de sometimiento pleno de la actividad de las Administraciones Públicas a la Constitución, a la Ley y al Derecho (art. 3.1 *Ley 40/2015*) reconoce, entre otras cuestiones, poder reglamentario a los órganos administrativos para dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio (art. 6 *Ley 40/2015*) y establece las

⁴ Vid <https://creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>.

competencias de las Direcciones Generales como órganos directivos encargados de la gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas del Ministerio correspondiente (art. 66 Ley 40/2015).

8. Concretamente, y por lo que a las competencias y funciones atribuidas legalmente a la DGSJFP se refiere, como órgano dependiente del Ministerio de Justicia y por tanto como parte integrante de la Administración General del Estado, quedan recogidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (art. 2 y arts. 25 y 26) y en Real Decreto 204/2024, de 27 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y relaciones con las Cortes, y se modifica el Real Decreto 1012/2002, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Abogacía General del Estado, se regula la inspección de los servicios en su ámbito y se dictan normas sobre su personal (art. 7).

9. La competencia reglamentaria atribuida legalmente a la DGSJFP no puede ejercerse, sin embargo, ni al margen de sus funciones ni al margen de la CE, de la ley y del Derecho, tal y como acontece con la Instrucción de 28 de abril de 2025. La mencionada Instrucción contraría por su contenido y por su carácter de aparente disposición general, los arts. 9, 14, 24, 39, 117 y 122 CE. También resulta contraria a lo establecido en la misma Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (art. 11, apartados a), b), i), arts. 13 y 14, art. 26.2, arts. 27-30, art. 33 LRC, art. 44 y art. 96 LRC); la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y mercantil (arts. 41-61); la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (arts. 21, 22 y 22 quáter d)); y Código Civil (arts. 115 y 120).

10. La Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025 dispone que:

- (1) *“En ningún caso se admitirá por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente” (Directriz Segunda);*
- (2) *“(…) La determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar” (Directriz Cuarta).* Por tanto, la inscripción del nacido/a mediante esta práctica en el Registro Civil, solo se permitirá, según señala el propio Centro Directivo en el segundo párrafo de la Instrucción, *“a través del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico y la de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo. El procedimiento se regula en los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y son competentes los tribunales españoles en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.*

A) Contrariedad con el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito internacional (art. 24 CE, arts. 41-61 LCJIMC, arts. 9-12 LJV y arts. 94-100 LRC)

11. Una norma como la Instrucción DGSJFP 28 de abril de 2025 que impide sistemáticamente que las decisiones extranjeras produzcan efectos en España vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y el derecho a un “proceso equitativo” (art. 6 CEDH 1950). El TEDH ha declarado que el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH 1950) comprende no sólo el derecho de “acceso a un tribunal” sino también el derecho a una “ejecución efectiva de la decisión obtenida” (STE-DH 19 marzo 1997, *Hornsby vs. Grecia*⁵).

⁵ ECLI: CE: ECHR:1997: 0319JUD001835791

12. Tanto las normas sobre eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras como las normas de competencia judicial internacional, que forman parte del Derecho Internacional Privado español (en adelante, DIPr), encuentran su fundamento último en el art 24 CE.

La CE reconoce en su artículo 24 el derecho a una tutela judicial efectiva tanto a los nacionales como a los extranjeros y, además, reconoce a todos los particulares una esfera de libertad privada que comprende también la dimensión internacional. Corresponde al DIPr garantizar una realización transfronteriza adecuada de los derechos subjetivos entre particulares en un mundo caracterizado por el fraccionamiento jurisdiccional. De este derecho de los particulares se deriva un correlativo deber prescricional del Estado de proporcionar dicha tutela judicial efectiva internacional.

13. El contexto internacional no modifica el contenido del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, pero sí la forma de prestar esa tutela por parte del Estado. La tutela judicial internacional se presta de dos formas: (a) a través de un proceso de cognición en el foro, en el que se solicita del juez nacional una resolución mediante la que declare un derecho, constituya o modifique una relación o imponga una prestación (*tutela por declaración*); o (b) a través del reconocimiento en el foro de la resolución judicial o extrajudicial adoptada por una autoridad extranjera declarando ese derecho, constituyendo o modificando esa relación, o imponiendo esa prestación (*tutela por reconocimiento*). El sistema de competencia judicial internacional y el sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras previsto en el ordenamiento jurídico español se dirigen a garantizar a la ciudadanía un derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva en sus dos modalidades en el ámbito internacional⁶.

14. La tutela judicial efectiva exige evitar, hasta donde sea posible, las decisiones claudicantes, inefectivas e inejecutables en España. El legislador incurriría en denegación de justicia si no estableciese un sistema de reconocimiento de decisiones extranjeras, sin perjuicio de que legalmente se puedan establecer condiciones que garanticen que tales decisiones puedan desplegar sus efectos en nuestro país sin vulnerar los principios esenciales del foro. Pero también incurriría en denegación de justicia si existiendo tales normas impidiera su aplicación, tal y como pretende la Instrucción DGSJFP 218 abril 2025, contraviniendo con ello además el principio de jerarquía normativa (art. 9 CE).

15. En Derecho español, el sistema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en materia de estado civil viene establecido en los arts. 94 a 100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Dichas disposiciones, por su carácter especial, prevalecen sobre el sistema general previsto en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y mercantil (art. 2 y Disposición Adicional Primera, apartado c) Ley 29/2015).

16. Según disponen los arts. 27 y 28 LRC y arts. 81-85 RRC, son títulos aptos para acceder al Registro Civil, entre otros: los documentos extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en los arts. 96 y 97 y las certificaciones registrales extranjeras (art. 98 LRC).

17. Impedir, tal y como pretende la Instrucción DGSJFP 28 abril 2025, el acceso de las decisiones extranjeras al Registro Civil, imposibilitando con ello la aplicación de los mecanismos de validez extraterritorial previstos en la propia legislación registral y obligando a los promotores a iniciar un procedimiento judicial *ex novo* en España, no solo perjudica la seguridad jurídica (art. 9 CE) -un mismo caso puede ser objeto de soluciones jurídicas distintas-, sino que además es contrario a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Los ciudadanos/as tienen derecho a solicitar a las autoridades españolas una tutela por reconocimiento y las autoridades españolas están obligadas a prestarla aplicando los mecanismos legalmente previstos en el ordenamiento jurídico español. Todo ello, sin perjuicio de que se puedan establecer por

⁶ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 267-276 y pp. 854-860; M. VIRGÓS SORIANO Y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., 2007, Thomson/Civitas, Madrid, pp. 37-45 y pp. 541-556

ley condiciones que garanticen que tales decisiones puedan desplegar sus efectos en nuestro país sin vulnerar los principios esenciales del foro.

B) Contrariedad con el art. 117 y art. 122 CE y art. 22 LOPJ

18. Tanto el sistema de competencia judicial internacional (tutela por declaración) como el sistema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras (tutela por reconocimiento) previsto en el ordenamiento jurídico español, se hallan *inextricablemente* vinculados. Ambos sistemas funcionan como vasos comunicantes, por consiguiente, precisan de una regulación coordinada.

19. De tal suerte que la prohibición impuesta por la Instrucción de 28 de abril de 2025 de aplicar las normas de reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero conlleva automáticamente la inadmisión por parte del Estado español de la competencia judicial internacional que otras autoridades extranjeras pudieran tener para conocer de este mismo asunto. La obligación impuesta a la ciudadanía, en tales casos, por la mencionada Instrucción de iniciar en España un procedimiento “*ex novo*” para determinar la filiación de los así nacidos en el extranjero, así lo confirma.

20. Con ello, la Instrucción de 28 de abril de 2025 estaría atribuyendo a los tribunales españoles un foro de competencia judicial internacional de carácter exclusivo en materia de determinación de la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, foro no contemplado en el art. 22 LOPJ. El Centro Directivo a través de una Instrucción y por vía reglamentaria, estaría modificando la LOPJ, contraviniendo con ello el mandato constitucional del art. 122 CE (reserva de ley orgánica) y el principio de determinación legal de la competencia de jueces y tribunales españoles (art. 117 CE, art. 9 LOPJ y art. 22 *octies*, apartado 3 LOPJ).

21. En definitiva, el Centro Directivo a través de la Instrucción de 28 de abril de 2025 instaura en el sistema de Derecho internacional privado español, extralimitándose de las funciones y competencias que le están atribuidas por ley, un modelo soberanista de competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones extranjeras, modelo abandonado por el legislador tras la Constitución española de 1978.

C) Contrariedad con el art. 14 y art. 39 CE y art. 8 CEDH 1950

22. La prohibición impuesta por la Instrucción DGSJFP 28 abril 2025 de aplicar los mecanismos de validez extraterritorial previstos en el ordenamiento jurídico español (arts. 94-100 LRC, arts. 41-60 LCJIMC; art. 12 LJV) a las decisiones extranjeras que establecen legalmente el vínculo de filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, y obligan a los progenitores a iniciar de nuevo un procedimiento de filiación en España, pone a estos menores en una situación de *incertidumbre legal injustificada*. Estos niños, que dicho sea de paso ya tienen una filiación legalmente determinada en el país donde nacieron, se ven privados por parte del Estado español de sus derechos más fundamentales: derecho a ser inscrito, el derecho a un nombre, a una nacionalidad, a tener la filiación determinada, en definitiva, su derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH 1950).

23. La razón última que induce a la DGSJFP, a través de la Instrucción de 28 abril 2025, a supeditar el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución a la resolución que dicten los tribunales españoles sobre su filiación no es otros sino el “*carácter de la generación*”. Con ello el Centro Directivo no solo atenta contra el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) sino también contra el deber de los poderes públicos de asegurar una protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación (art. 39 CE, arts. 2, 10 y 11 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor,

sino que además vulnera de manera flagrante el Convenio de Nueva York de los Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989 (arts. 2, 3, 4, 7, 16 y 18).

24. A tales efectos, cabe recordar que el CNYDN 1989 dispone que:

Art. 2.1 CNYDN: “*Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*”.

Art. 3 CNYDN: “*1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*”.

Art. 4 CNYDN: “*Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención (...)*”

Art. 7. 1 CNYDN: “*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida*”.

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

Art. 16.1 CNYDN: “*Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques*”.

Art. 18 CNYDN: “*1. Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños*”.

25. Con este telón de fondo, marco de la legalidad vigente en España, resulta difícil sostener, tal y como pretende el Centro Directivo, que las medidas contempladas en la Instrucción 28 de abril de 2025 se dirigen a proteger a los menores, cuando en realidad con dichas medidas se les está privando de sus derechos más fundamentales.

26. Finalmente, señalar que la propia LRC (2011), una de cuyas principales novedades con respecto a la ley anterior fue la incorporación de la CNYDN 1989 en su propio articulado (Exposición de Motivos), establece como derechos de las personas ante el Registro Civil español: a) El derecho a un nombre y a ser inscrito mediante la apertura de un registro individual y la asignación de un código personal; b) El derecho a la inscripción de los hechos y actos que se refieren a su identidad, estado civil y demás circunstancias personales que la Ley prevea; y c) El derecho a la igualdad de género y al pleno

reconocimiento del principio de igualdad, en todas sus manifestaciones, en materia de Derecho del Registro Civil (art. 11, letras a, b, y h) LRC, respectivamente). De igual forma, se reconoce el derecho de toda persona a promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, las personas mayores y otras personas respecto de las cuales la inscripción registral supone una particular garantía de sus derechos (art. 11, letra i) LRC 2011).

D) Contrariedad con el art. 96.1 CE y art. 94 LRC

27. Las normas de Derecho internacional privado español, ya sean de competencia judicial internacional, de ley aplicable o de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, solo pueden aplicarse en defecto de instrumentos internacionales o europeos. Así lo indica el art. 96.1 CE y lo vuelve a recordar el art. 94 LRC al regular el régimen de acceso de los documentos públicos extranjeros al Registro Civil español.

28. Si bien es cierto que sobre esta materia no existe normativa europea que pueda resultar de aplicación, no lo es menos que existen una diversidad de convenios bilaterales en vigor para España que regulan la validez extraterritorial de decisiones extranjeras.

29. Los Tratados internacionales una vez celebrados válidamente por España y publicados en el BOE adquieren fuerza de ley (art. 96 CE y art. 1.5 CC). Pero, no pueden ser modificados por una ley estatal y menos aún por una Instrucción de la DGSJFP.

30. Por todo lo anteriormente expuesto, la Instrucción DGSJFP puede considerarse nula de pleno derecho (arts. 9 y 103 CE y art. 47 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

2. La necesaria aplicación del art. 96 LRC

31. Consecuentemente con lo anterior, la solicitud de la inscripción de nacimiento y filiación solicitada por el promotor debe quedar sujeta a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español (arts. 27-30 y 33 LRC y art. 96 LRC). Y siendo la sentencia extranjera de determinación de la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, título apto para acceder al Registro Civil español, ha de aplicarse por parte de la autoridad registral española, con vistas a su calificación, el régimen previsto en el art. 96 LRC para el acceso de las resoluciones judiciales extranjeras al Registro Civil español. Y es en este marco jurídico, y no al margen de la Constitución, la ley y del Derecho donde deben analizarse los fundamentos jurídicos esgrimidos por la DGSJFP para sustentar la Instrucción de 28 de abril de 2025.

32. El art. 96 LRC prevé, en defecto de aplicación de instrumentos internacionales (art. 96 CE y art. 94 LRC), dos mecanismos para la inscripción de resoluciones extranjeras: (a) la previa superación del trámite del *exequatur* contemplado en la LCJIMC en caso de resoluciones recaídas en jurisdicción contenciosa, o en la LJV en el supuesto de resoluciones de jurisdicción voluntaria; y (b) el reconocimiento incidental registral.

33. En este último supuesto, -reconocimiento incidental registral-, será el Encargado del Registro Civil quien proceda a verificar que la resolución judicial extranjera, que pretende acceder al Registro Civil español, reúne las condiciones exigidas legalmente, a saber: (a) Que el documento presentado cumpla los requisitos de regularidad y autenticidad formal -legalización/apostilla y traducción si fuera necesario (art. 95 LRC)-; (b) Que el Tribunal del Estado de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española (competencia indirecta); (c) Que las partes hayan sido debidamente notificadas y con suficiente tiempo para preparar

el procedimiento; (d) Que la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. Además, resulta necesario que la resolución judicial sea firme, o en caso de tratarse de una resolución de jurisdicción voluntaria que sea definitiva (art. 96.1 LRC).

34. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil, los interesados pueden: (a) solicitar el *exequátur* de la resolución judicial; o (b) interponer recurso ante la DGFJFP en los términos previstos en la LRC. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el art. 40, apartado 5, ordinal 5º LRC.

3. El art. 10 LTRHA: una norma imperativa

35. Cuando la resolución judicial extranjera que se pretende reconocer en España ya sea en sede registral (acceso al Registro Civil) ya sea en sede judicial (*exequátur*), versa sobre la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, el principal problema jurídico que se suscita gira en torno a la compatibilidad con el orden público internacional español, concretamente con el art. 10 de la LTRHA. Así lo señala el propio TS en su Sentencia 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024, que sirve de fundamento único a la Instrucción DGSJFP 28 de abril d 2025 al indicar que “(...) la *ratio decidendi* de la resolución recurrida es que el reconocimiento de la sentencia extranjera es contrario al orden público, lo que constituye una causa de denegación del reconocimiento de la resolución extranjera previsto en el art. 46.1 a) de la Ley 20/2015” (FD Segundo).

36. Resulta de especial importancia advertir que el “orden público” al que se refiere tanto el art. 46.1 a) Ley 20/2015 como el art. 96 LRC es el “orden público internacional”, y no el “orden público interno”. Esta distinción de figuras afines, pero dispares, es de suma importancia a la hora de determinar, “en el caso concreto”, si la resolución judicial extranjera que establece el vínculo de filiación de los nacidos mediante gestación subrogada y cuyos efectos se pretenden ahora reconocer en España atenta o no contra los principios más esenciales del ordenamiento jurídico del foro. Conviene recordar también que el orden público internacional nunca puede aplicarse ni con carácter general ni con carácter preventivo.

A) Normas imperativas, normas internacionalmente imperativas y orden público internacional

37. Según el art. 10 LTRHA:

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

38. Dicha disposición presenta carácter imperativo y, por tanto, forma parte del orden público interno (que opera en casos puramente domésticos). Ahora bien, que el art. 10 LTRHA sea una norma imperativa no implica que, “*per se*”, forme parte del orden público internacional español (que opera con casos vinculados con varios ordenamientos jurídicos). De ser así, esto es, si todas las normas imperativas del Derecho español integraran el orden público internacional, no sería posible aplicar a casos internacionales un Derecho extranjero que no fuera igual al Derecho español. Tampoco sería posible reconocer efectos a las sentencias extranjeras que no hubiesen aplicado la ley del foro. Dicha situación, sin embargo, resulta incompatible con el deber de cooperación internacional del Estado español derivado del art. 24 CE y con la obligación de prestar tutela judicial internacional efectiva a la ciudadanía en un mundo globalizado. Aceptada la competencia del tribunal de origen, la divergencia de resultados no es ni debe ser motivo de rechazo del reconocimiento. Ahora bien, el ordenamiento del foro no puede re-

cibir ni dejar valer en su ámbito cualquier resultado. Sino solo aquellos resultados que sean compatibles con su sistema básico de valores, esto es, resultados que sean tolerables. Por eso, todos los Estados se reservan la posibilidad de no reconocer decisiones extranjeras cuando contradigan su “orden público”⁷.

39. El orden público internacional está integrado por principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, principios que, en definitiva, hacen posible la cohesión y la paz social. Su función es trasladar al ámbito internacional los valores fundamentales del ordenamiento del foro para preservarlos. Ello explica que el orden público no opere con los mismos contenidos en el ámbito meramente interno y en el ámbito internacional (STC 43/1986, de 15 de abril)⁸.

40. El art. 10 LTRHA tampoco es una norma internacionalmente imperativa. De serlo, el legislador español hubiese previsto expresamente la extensión de la aplicación de la mencionada disposición a los supuestos internacionales, algo que no acontece. De haberse previsto así en la LTRHA, el art. 10 podría ser aplicado con carácter preventivo y general a todo tipo de casos, no solo internos sino también internacionales. Pero, el art. 10 LTRHA no prevé dicha posibilidad.

41. Ahora bien, que el art. 10 LTRHA, a pesar de su carácter imperativo, no pueda considerarse “*per se*” parte integrante del orden público internacional y que tampoco sea una norma internacionalmente imperativa, no significa que de la mencionada disposición no puedan extraerse determinados principios que puedan considerarse “fundamentales” para el ordenamiento jurídico español. De ser así, dichos principios fundamentales pasarían a formar parte integrante del orden público internacional español. Pero, *sólo podrían aplicarse con carácter restrictivo y en el caso concreto, nunca de forma preventiva y general*. Y ello es así porque el orden público internacional supone el fracaso de la cooperación internacional, fracciona territorialmente los derechos, propiciando las situaciones claudicantes y expone a los interesados a decisiones contradictorias. Para que pueda intervenir el orden público internacional resulta necesario que la diferencia sea tan grave que el reconocimiento de la sentencia extranjera choque de manera inaceptable con el ordenamiento del Estado receptor por menoscabar un principio fundamental. En ningún caso basta con que se trate de una norma imperativa que los tribunales del foro hubiesen estado obligados a aplicar de haber conocido del caso; es necesario que los valores esenciales del ordenamiento jurídico resulten afectados en el caso concreto.

B) Principios esenciales del ordenamiento jurídico español derivados del art. 10 LTRHA

42. Del art. 10 LTRHA, que ya aparecía recogido en idéntica forma en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, cabe extraer los siguientes principios fundamentales: (a) La filiación materna no puede ser objeto de contrato; (b) La maternidad legal queda determinada por el parto; (c) Tras el nacimiento del niño, puede determinarse la filiación a favor de los comitentes siempre y cuando concurren dos requisitos: (1) consentimiento de la madre legal/madre gestante; (2) vinculación genética con uno de los padres de intención.

(a) La filiación materna no puede ser objeto de contrato

43. Nuestro legislador 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 en favor del contratante o de un tercero (art. 10.1 LTRHA), vinculado la maternidad legal al parto (art. 10.2 LTRHA). Con ello,

⁷ Sobre el orden público internacional y la distinción de figuras afines, vid.: Vid. A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 783-827 y pp. 978-985; M. VIRGÓS SORIANO Y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., 2007, Thomson/Civitas, Madrid, pp. 639-650.

⁸ BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

la ley trata de evitar que tanto los intermediarios como los padres de intención puedan tener vinculación jurídica y obligaciones con la mujer gestante antes del nacimiento del niño. Nada cabe exigir amparándose en el contrato: ni entrega del hijo alumbrado ni cantidades o prestaciones prometidas.

44. Un contrato así, en el que se transfiriere contractualmente la filiación antes del nacimiento, perdiendo la mujer gestante todos los derechos que le pudieran corresponder sobre el embarazo y sobre el niño que está gestando y obligándose por contrato a entregarlo a los comitentes en el momento del parto resultaría contrario a la dignidad de la mujer/madre y en general de la persona humana y convertiría al niño en objeto de comercio.

45. Sin embargo, el legislador español, a diferencia de lo que sucede en otros Estados de nuestro entorno que prohíben la gestación por sustitución (*ad. ex*: Francia, Italia), no sanciona penalmente la gestación por sustitución. No existe en el ordenamiento jurídico una prohibición expresa ni dicha práctica en sí misma considerada constituye delito. El Derecho español, actualmente vigente, sólo prevé una sanción civil para los contratos de gestación por sustitución que se pudieran celebrar en España (nulidad de pleno derecho) sin perjuicio de que, en determinados supuestos, como bien indica el propio TS, los acuerdos de gestación por sustitución pudieran quedar subsumidos en el tipo penal del art. 221. 1 CP.

46. En España, la gestación por sustitución no es delito porque el propio legislador ha tenido y tiene en consideración otros supuestos que no serían contrarios ni a la dignidad humana ni a los derechos del niño. Serían aquellos casos en los que una mujer se brinda voluntariamente y de forma altruista a gestar un preembrión de la pareja o de la mujer que, por problemas de infertilidad, no puede en absoluto darle vida humana y que una vez nacido el niño no desea retenerlo como hijo propio. En tales supuestos, la madre gestante consiente libre y expresamente la fecundación in vitro, sin obtener una ventaja material de la operación más allá de los gastos estrictamente vinculados a un proceso de gestación, se utiliza material genético de al menos uno de los comitentes, y la madre gestante que bajo ningún concepto pierde los derechos parentales sobre el hijo, puede retenerlo tras su nacimiento⁹.

Estos casos son tenidos en cuenta por el legislador español en la LTRHA, que tras declarar nulo y sin valor cualquier contrato por el que la mujer gestante renuncia a la filiación materna, vincula la maternidad al parto (art. 10.2 LTRHA), pero deja el camino despejado para que la madre legal (gestante) pueda facilitar, si así lo desea, la determinación de la filiación a favor de los comitentes siempre que exista vinculación biológica con al menos uno de ellos (art. 10.3 LTRHA). En España, tales acuerdos serían posibles, no a través de un contrato (que es nulo de pleno derecho, en virtud del art. 10.1 LTRHA, pero sí a través de una simple promesa.

47. El art. 10.3 LTRHA carecería de sentido de no ser por la toma en consideración por parte del legislador español de estos “supuestos” de gestación por sustitución, basados en un proyecto de filiación parental común en el que todas las partes implicadas manifiestan su consentimiento libre y expreso antes de la implementación embrionaria y en los que, la mujer gestante, considerada madre legal tras el parto (art. 10. 2 LTRHA) puede retener al hijo tras el nacimiento, y decidir libremente si se determina la filiación a favor de los comitentes. Precisamente, es esta la posición que ya defendía el Informe del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87) que sirvió de inspiración al legislador español en 1988.

48. Similar posición mantiene, más recientemente y en el ámbito internacional, 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*. En el Informe de 15 de enero de 2018, presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, (A/HRC/60) que contiene un estudio temático sobre la gestación por sustitución, así como recomendaciones sobre la manera de hacer efectiva la prohibición de la venta de niños y prevenir que esta tenga lugar, se establece en qué

⁹ Vid. J.L. LACRUZ BERDEJO, F.SANCHO REBULLIDA Y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de Familia*, 3ª ed., vol. 21, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, pp. 163-166.

supuestos los contratos de gestación por sustitución pueden considerarse venta de niños de conformidad a la normativa internacional (según el art. 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía), y cuándo no.

49. Según el Informe de la Relatora Espacial (2018), para que la gestación por sustitución de carácter comercial puede llevarse a cabo sin que constituya venta de niños, resulta esencial, que la madre de alquiler solo pueda recibir un pago/remuneración por los servicios de gestación y no por el traslado jurídico y físico del niño. Además, han de darse las siguientes condiciones: (1) Debe otorgarse la condición de madre a la mujer gestante en el momento del parto, momento en el que no debe estar sujeta a ninguna obligación contractual o jurídica a efectos de participar en el traslado físico o jurídico del niño.; (2) El contrato de gestación por sustitución solo puede tener por objeto el acto de gestación y parto, no la patria potestad y la responsabilidad parental ni la entrega del niño; (3) La madre de alquiler debe recibir todos los pagos antes del traslado jurídico y físico del niño. Todos los pagos han de tener carácter no reembolsable, incluso si la madre de alquiler opta por conservar la patria potestad y la responsabilidad parental tras el parto; (4) La madre de alquiler no puede estar obligada a renunciar a su condición de madre con arreglo al contrato de maternidad subrogada; (5) Si la madre de alquiler opta, después del parto, por renunciar a la patria potestad y entregar al niño a los comitentes, su acto debe ser totalmente gratuito (puntos 72 a 74).

(b) La maternidad legal queda vinculada al parto

50. Frente al viejo principio paulino *mater semper certa est*, enunciado para el caso de mujer que pone óvulo, fecundado en acto sexual, y que luego gesta y alumbró el hijo, se presenta a través de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida una nueva realidad: la de la mujer que no busca ni desea en principio hijo propio y que no proporciona, tampoco, óvulo, ni hay acto sexual, sino que sólo pone su útero para la gestación de un óvulo ajeno, fecundado in vitro. Puede haber así, tres mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la comitente (mujer o pareja) que toma la iniciativa y la decisión última y es causa primera de dicho nacimiento; la que proporciona el óvulo, y la que lleva a término la gestación. Si una de aquellas tres, ha de ser madre, lo único claro es que ninguna de ellas es la madre que PAULO daba siempre como cierta, ni la suya es la maternidad histórica clásica. Pero, sin embargo, hay que dar una madre al nacido en tales circunstancias¹⁰.

51. El legislador español considera que, de las tres participaciones anteriormente mencionadas, la función que más se acerca a la madre es la de la mujer que durante nueve meses gesta. Dispone así el art. 10. 2 LTRHA que: “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. A pesar de que existen otras soluciones legales, el criterio elegido por el legislador español para determinar la filiación materna en los casos de gestación subrogada ofrece seguridad jurídica, coincide con el art. 44 LRC, y es congruente con la invalidez e ineficacia de cualquier contrato sobre gestación por sustitución que tenga por objeto la renuncia de la maternidad a favor de tercero antes del nacimiento. Dicho principio disuade frente a los que quieran saltarse la ley celebrando un contrato (art. 10.1 LTRHA) Pero, al mismo tiempo, deja la puerta abierta a la gestación por sustitución altruista, permitiendo que la mujer que gestó para otros y que no quiere retener al hijo nacido como suyo pueda renunciar al mismo, procediéndose a la determinación de la filiación respecto a los comitentes tras el parto (art. 10.3 LTRHA).

c) Determinación de la filiación de los nacidos en España mediante gestación por sustitución

52. El art. 10 TRHA, tras ligar la filiación de los nacidos por gestación por sustitución al parto (art. 10. 2 LTRHA), establece en el apartado 3 que: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Siguiendo una interpreta-

¹⁰ *Ibidem* p. 165.

ción sistemática de la norma, incluida en el capítulo III del mencionado texto legal (arts. 5-10 LTRHA), debe entenderse que las reglas generales a que se remite son, en principio, las del Código civil, pero también las del art. 7. 3 LTRHA y art. 8 LTRHA.

53. A efectos de determinación de la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, la LTRHA remite en este punto a las normas generales (Código Civil), disponiendo que: “*la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción humana asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este Capítulo*” (art. 7.1 LTRHA). Y añade seguidamente que “*en ningún caso la inscripción en el registro civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación*” (art. 7. 2 LTRHA).

Cuando existe contribución de donante o donantes, en Derecho español la paternidad del nacido corresponde al varón (casado o no) que ha prestado el **consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación** (art. 8.1 y 2 LTRHA). Admitiéndose también la maternidad por consentimiento en el caso de matrimonio o pareja de hecho entre dos mujeres (art. 7.3 LTRHA).

De tal suerte que: (a’) *si la mujer gestante está casada*, y se inscribe el nacido como hijo suyo, será de aplicación inicial la presunción del art. 116 Cc. Y se atribuirá la paternidad a su marido (quien obviamente puede impugnarla). Frente a esta atribución legal de paternidad puede accionar judicialmente el varón de la pareja comitente que con sus gametos participó genéticamente en el nacimiento del hijo que ha gestado y parido la madre gestante (legal). El art 10. 3 LTRHA parece prever la reclamación de paternidad, -que en este supuesto tiene que ir acompañada de impugnación de la paternidad formal (art. 134 CC) – sólo a favor del padre biológico, pero según las reglas sobre filiación contenidas en la LTRHA también cabría la reclamación del varón comitente que consintió una fecundación de la gestante con contribución de donante. (b’) *Si la mujer gestante no está casada*, no habrá paternidad/es legalmente determinada hasta que por reconocimiento solemne o por expediente registral (arts. 49 LRC y art. 8.2 LTRHA) o por acción de reclamación de filiación así resulte. La paternidad atribuida al comitente que ha proporcionado el semen para la fecundación de la mujer gestante comporta su consentimiento a la operación y procreación correspondiente. La paternidad predicada es consecuencia de la participación biológica (por los gametos aportados) y volitiva de esa persona en la procreación y nacimiento. Pero como en este caso no hay presunción legal como en un matrimonio, esa paternidad solo será jurídica por los mecanismos del art. 120 CC: por reconocimiento formal (art. 120.1 CC), por resolución recaída en expediente registral (art. 120-2 CC, en relación con el art. 49 LRC, considerándose escrito indubitado el consentimiento a la fecundación que en la práctica exigen todos los centros especializados, (art. 8.2 LTRHA) o por sentencia firme (art. 120-3 CC), con ejercicio de la acción de reclamación, sometida a las reglas ordinarias (arts. 131 y 133 CC), en cuyo caso la prueba de la fecundación artificial de la madre con semen del varón constituirá uno de aquellos “*otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo*” (art. 135 CC). Con respecto al comitente, sea varón o mujer, que no ha aportado material genético, la paternidad/maternidad del nacido en aplicación del art. 8.2 LTRHA y art. 44 LRC, corresponde a la persona que ha prestado el consentimiento de referencia, que conlleva una asunción de responsabilidad y de rol social de padre/madre. No obstante, también sería posible el reconocimiento voluntario, la reclamación de paternidad/maternidad (art. 8.2 in fine LTRHA y art. 7.3 LTRHA por analogía), o en su caso, la adopción (art. 176 CC).

54. Por tanto, y de conformidad con todo lo anteriormente expuesto, en España es perfectamente posible determinar la filiación de los nacidos en nuestro país mediante gestación por sustitución a favor de los comitentes, siempre y cuando: (1) la madre gestante/madre legal así lo consienta tras el nacimiento del niño; (2) exista vinculación genética de al menos uno de los comitentes.

4. Decisiones extranjeras en materia de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y orden público internacional español: la STS 1626/2024

55. Los promotores de la solicitud de la inscripción de nacimiento y filiación, en este caso concreto, han aportado como título apto para acceder al Registro Civil español una sentencia extranjera en

la que se establece el vínculo de filiación entre los niños nacidos mediante gestación por sustitución y los progenitores de intención. La solicitud ha sido calificada negativamente por la autoridad registral competente con base en la Instrucción DGSJFP 28 de abril de 2025. Dicha Instrucción se sustenta en la única sentencia dictada por el TS hasta el momento sobre *exequatur* y gestación por sustitución (STS 1626/2024).

56. Según la STS 1626/2024, de 4 de diciembre de 2024, que sirve de fundamento de Derecho único a la Instrucción DGSJFP, “todas” las decisiones extranjeras sobre filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución vulneran “el orden público español”. De ahí que la DGSJFP, a través de la mencionada Instrucción de 28 de abril de 20225 impida, *contra legem*, la aplicación de los mecanismos de validez extraterritorial de decisiones extranjeras previstos en el ordenamiento jurídico español y obligue a los afectados a iniciar un procedimiento “*ex no*” para la determinación de la filiación en España. Los fundamentos sobre los que se sustentan dicho razonamiento son los siguientes:

57. En primer lugar, para el TS “(...) *lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté validado por una sentencia extranjera, pueda determinar una relación paternofilial. 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. El futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se “cosifica” pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante (...) se obliga a entregar al comitente o comitentes*” (STS 1626/2024, FD TERCERO, apartado 2).

58. En este sentido, resulta más que necesario señalar que no todos los Estados que permiten la gestación por sustitución la regulan de la misma manera. Concretamente y por lo que se refiere a los EEUU, en aquellos *States* que contemplan esta técnica existen importantes divergencias. No obstante, en todos ellos se exige que el contrato celebrado entre la madre gestante y los padres de intención sea elevado a escritura pública o validado por sentencia judicial antes de que se proceda a la implementación embrionaria. Ahora bien, la filiación puede quedar determinada a través de dos vías: (a) una *Pre-Birth Order*; o (b) una *Post-Birth Order*.

En el primer caso (*Pre-Birth Order*), la filiación, a la que efectivamente se ha renunciado por contrato, queda determinada judicialmente antes del nacimiento del niño, perdiendo por tanto la mujer gestante todos los derechos que le pudieran corresponder sobre el niño y sobre el embarazo y atribuyéndose la misma a los comitentes. Consecuentemente, y tras el nacimiento, no queda constancia registral de la mujer gestante.

En el segundo caso (*Post-Birth Order*), la filiación se determina tras el nacimiento del niño. La mujer gestante se considera madre legal tras el parto quedando inicialmente registrada la filiación materna en el Registro Civil del lugar de nacimiento. Una vez nacido el niño, la filiación a favor de los comitentes se determina por resolución judicial respecto a uno de ellos si es padre biológico, y respecto a su pareja bien por “consentimiento”, bien por adopción, algo que dependerá de la legislación de cada *State*, siempre y cuando la madre gestante manifieste su renuncia al hijo.

59. Si la sentencia extranjera que pretende acceder al Registro Civil español como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los menores es fruto de una “*Post-Birth Order*”, ni la mujer gestante pudo renunciar por contrato al hijo, ni obligarse a entregarlo en contra de su consentimiento tras el parto. En tales casos, la mujer gestante se considera madre legal, constando así inicialmente en el Registro Civil del lugar de nacimiento, y solo tras el parto, y contando con su consentimiento expreso puede procederse a la determinación judicial de la filiación a favor de los padres de intención.

60. En este contexto, no puede considerarse que el contrato de gestación por sustitución celebrado entre los promotores y la mujer gestante vulnere la dignidad ni el libre desarrollo de la persona-

lidad de la mujer ni del niño, en tanto que ni al futuro niño se le priva de conocer sus orígenes (queda constancia registral inicial de la madre que gestó/madre legal tras el nacimiento), ni se le cosifica al no obligar contractualmente a la gestante a renunciar a la filiación ni a entregar al hijo a los comitentes o a terceros antes del nacimiento y menos aún como consecuencia del contrato.

61. En segundo lugar, según el TS: *“La maternidad subrogada (...) priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, que es reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada (...). (STS 1626/2024, FD TERCERO, apartado 2)*

62. Esta afirmación bien podría ser cierta en aquellos supuestos de determinación de la filiación judicial anterior al nacimiento del niño (*Pre-Birth Order*), en los que la transferencia de la filiación se realiza con anterioridad al nacimiento del niño. Pero, no en aquellos supuestos de determinación judicial de la filiación posterior al nacimiento del niño (*Post-Birth Order*), en los que queda constancia inicial en el Registro Civil de la madre gestante/madre legal tras el parto. Por tanto, el derecho fundamental del niño a conocer sus orígenes (art. 7 CNYDN) queda completamente garantizado.

63. De otro lado, todo tratamiento de reproducción humana asistida, especialmente cuando de fecundación in vitro se trata, implica considerables riesgos para la salud de la mujer. De ahí la importancia de que el consentimiento sea informado y prestado de manera consciente y libre. Por tanto, difícilmente puede entenderse vulnerada la dignidad de mujer si queda acreditado por la documentación aportada, que el consentimiento de la mujer gestante fue informado y manifestado de manera consciente y libre. Cabe recordar, en este sentido, que la dignidad del ser humano en general, principio proclamado por la CE en el art. 10. 1 no es absoluto. Dicho principio ha de ponderarse con **la libertad** como valor supremo del ordenamiento jurídico español proclamado así por el art. 1.1 CE (STC Pleno 44/2023, de 9 de mayo de 2023, FD 1).

64. En tercer lugar, según el TS: *“(...) (El) orden público es incompatible con que (...) los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño (...) posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de «ciudadanía censitaria» en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población” (STS 1626/2024, FD TERCERO, apartado 2).*

65. Si bien es cierto que la falta de regulación internacional en materia de gestación subrogada puede dar lugar a casos de trata de personas, especialmente mujeres y niños, con fines de explotación sexual y reproductiva, no lo es menos que en EEUU, y de conformidad con las exigencias establecidas por la ASRM y el PCSAPT (*American Society for Reproductive Medicine and the Practice Committee for the Society for Assisted Reproductive Technology*), las mujeres que desean ser madres gestantes han de cumplir una serie de requisitos, entre ellos, demostrar cierto nivel adquisitivo.

66. Por otro lado, y a pesar de que en España el Estado garantiza el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida a la ciudadanía no lo hace de forma ilimitada. Solo pueden recurrir a través de los servicios públicos de salud, las parejas heterosexuales, las mujeres solteras, y las lesbianas, y en función de la Comunicada Autónoma en la que se resida solo se permiten hasta tres/cuatro intentos de implementación embrionaria. A partir de ahí, las familias que deseen seguir con el proceso de procreación reproductiva asistida han de financiarlo con sus propios medios económicos, pasando a formar parte entonces de lo que el propio Tribunal Supremo, viene a calificar de “ciudadanía censitaria”.

67. En cuarto lugar, según el TS: *“Un contrato de gestación por sustitución como el que fue validado por la sentencia del tribunal de Texas cuyo reconocimiento se pretende en este recurso entraña una*

explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor. Por tanto, el reconocimiento de los efectos de dicha sentencia, que supone el reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada validado en tal sentencia, es contrario al orden público” (STS 1626/2024, FD TERCERO, apartado 2).

68. El Tribunal Supremo en su Sentencia 1626/2024, en ningún momento entra a valorar la resolución judicial extranjera, de 20 de noviembre de 2020 que servía de base a la demanda de *exequatur*. Sin embargo, basa su decisión en una resolución judicial procedente del mismo Estado (Texas), con fecha 23 de julio de 2020, aportada por los solicitantes a los solos efectos probatorios. En la sentencia de 20 de noviembre de 2020, cuyo reconocimiento se pretendía en España, la mujer gestante junto a su marido manifestaba expresamente su renuncia al hijo tras el nacimiento; se determinaba la filiación a favor de los padres intencionales; y se ordenaba al Registro civil, -donde ya habían sido inscritos los niños tras el nacimiento como hijos de la madre gestante y su esposo-, la emisión de la correspondiente certificación original de nacimiento. Dicha resolución extranjera ni por su contenido ni por su resultado podía ni puede considerarse contraria al orden público internacional español. Pero, el Tribunal Supremo yendo más allá del principio dispositivo y de la causa petendi (arts. 19 y 216 LEC), procede para resolver el *exequatur* al control de una sentencia cuya eficacia no se había solicitado, y en la que, en ningún caso, se determinaba la filiación por contrato de los nacidos mediante gestación subrogada.

69. Esta forma de proceder de nuestro más alto Tribunal solo se entendería, más en ningún caso se justificaría, si denegando efectos de manera sistemática y general a todas las sentencias extranjeras en materia de gestación por sustitución, con independencia de su contenido, se pretendiera utilizar el Derecho internacional privado como rama del ordenamiento jurídico español con fines punitivos y coercitivos. Impidiendo la aplicación de las normas de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras en materia de gestación por sustitución y obligando a los ciudadanos a iniciar un procedimiento *ex novo* de filiación en España, algo que insistimos supone una vulneración del art. 24 CE, se pretende desincentivar la práctica internacional de la gestación subrogada, a través de medios poco ortodoxos.

70. En quinto lugar, y según indica el TS: “(...) Es significativo que *los considerandos introductorios y el art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 exijan que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño, y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna*” (STS 1626/2024, FD TERCERO, apartado 2).

71. La adopción internacional y la gestación subrogada son dos instituciones jurídicas distintas, si bien comparten un nexo en común: proteger el interés superior del menor, siendo fundamental en este sentido, para evitar posibles supuestos de compraventa internacional de niños, que el consentimiento de los padres, se preste libremente, después del nacimiento del menor, sin obtener compensación a cambio.

72. En aquellos supuestos de gestación por sustitución en los que la filiación ha sido determinada judicialmente tras el nacimiento del niño (*Post-Birth Order*), siendo la madre gestante madre legal tras el parto, difícilmente puede considerarse vulnerado al orden público internacional español. Y ello porque: (1) la filiación materna no ha sido objeto de renuncia por contrato (art. 10. 1 LTRHA); (2) la maternidad legal del nacido a través de gestación subrogada ha quedado vinculada al parto (art. 10. 2 LTRHA); (3) la filiación a favor de los comitentes ha sido determinada judicialmente tras el parto con consentimiento de la madre legal/gestante (art. 10.3 LTRHA). Por otro lado, el pago realizado por los comitentes a la madre gestante a través del contrato se percibió con anterioridad al nacimiento a cambio de los servicios de gestación y parto.

De haberse aplicado a la sentencia extranjera aportada por los promotores los mecanismos de validez extraterritorial legalmente previstos a tales efectos en el ordenamiento jurídico español (art. 96 LRC, art. 46 . 1 a) LCJIMC, art. 12 LJV), algo que impide la Instrucción DGSJFP 2025, hubiese quedado en evidencia que dicha sentencia, que pretende acceder al Registro Civil español, no vulnera el orden público internacional español.

5. La obligatoria reconstrucción *contra legem* de la filiación en España

73. Según el TS: (...) *es incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales la determinación de la filiación del niño como hijo de los comitentes con base en el contrato de gestación subrogada y en los actos de autoridades extranjeras que reconocían la filiación resultante de tal contrato, pues se vulneraban gravemente los derechos fundamentales tanto del menor como de la madre gestante. La mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico* (STS 1626/2024 FD QUINTO, apartado 2). (...) *El ordenamiento jurídico español prevé medios para determinar la relación paterno o materno-filial que son respetuosos con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor: en lo que es relevante en este asunto, la determinación de la filiación biológica del padre, si es que existe tal relación biológica entre los menores y alguno de los progenitores de intención, y la adopción cuando existe esa convivencia en un núcleo familiar, con las garantías propias de estas instituciones* (FD TERCERO, apartado 3).

74. La sentencia extranjera que pretende acceder al Registro Civil español, algo que impide la Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025, basándose en la única sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre la eficacia de las resoluciones judiciales extranjeras en materia de filiación de los nacidos mediante gestación subrogada en España (STS 1626/2024), no tiene por objeto validar un contrato en el que la madre gestante renuncia a la filiación materna antes del parto, ni al hijo tras el nacimiento. La filiación no queda determinada en este caso con base a un contrato ni tan siquiera queda determinada por resolución judicial antes del parto (*Pre-Birth Order*). No cabe entender que, en este caso concreto, *Post-Birth Order*, pudieran considerarse gravemente vulnerados los derechos fundamentales tanto del menor como de la madre gestante, máxime cuando: (1) el contrato no ha determinado la filiación ni la renuncia al hijo de la mujer gestante a favor de un comitente o un tercero; (2) la mujer gestante ha sido considerada madre legal tras el parto, quedando constancia inicial en el Registro Civil del lugar de nacimiento; (3) la madre legal/gestante ha manifestado ante una autoridad judicial (extranjera) su consentimiento, sin mediar compensación a cambio, a la determinación de la filiación a favor de los comitentes después del parto; y (4) Uno de los progenitores de intención es padre biológico del menor que ha sido concebido con el consentimiento de su pareja al amparo de un proyecto procreacional común, existiendo por tanto una vida familiar de facto.

75. De conformidad con la legalidad vigente, no cabe entender que la DGSJFP, a través de la STS 1626/2024, impidiendo el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera que pretende acceder al Registro Civil español, y que como ha quedado demostrado no vulnera ningún principio esencial del ordenamiento jurídico del foro en este caso concreto, obligue a los promotores a iniciar conforme al ordenamiento jurídico español, un procedimiento de filiación en España cuando dicha filiación ya ha sido determinada en el extranjero sin vulnerar el orden público internacional español. Máxime cuando de hacerlo así, esto es, repitiendo el procedimiento de filiación en nuestro país, se llegaría al mismo resultado.

76. No lo entiende así la DGSJFP que, basándose en “una” sentencia dictada por el Tribunal Supremo, y utilizando indebidamente el orden público internacional con “carácter preventivo y general”, ordena impedir el acceso al Registro Civil español a “todas” las decisiones extranjeras, y obliga a los afectados a solicitar la determinación de la filiación a través de “los medios ordinarios” previstos en el ordenamiento español. Y, entiende el Centro Directivo que los medios para permitir la inscripción del nacido/a en el Registro Civil son dos: (a’) la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico, y la de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo; y (b’) la adopción para la filiación del progenitor no biológico bajo condición de que se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

77. Con este proceder, la misma DGSJFP señala que persigue un doble objetivo: (1) Proteger el interés superior del menor; (2) Salvaguardar los derechos fundamentales (...) de las mujeres que resultarían gravemente lesionados, si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial.

En el caso de las *Parental Post-Order*, sin embargo, no se consigue alcanzar ninguno de los dos objetivos perseguidos por el Centro Directivo. Más bien todo lo contrario. La decisión de la DGSJFP de impedir el reconocimiento de efectos a la sentencia judicial extranjera que establece el vínculo de filiación entre el niño y sus padres de intención, siendo además uno de ellos el progenitor biológico, y obligando a los padres a iniciar nuevo procedimiento en España, pone a los menores en una situación de incertidumbre jurídica incompatible con la obligación del Estado español, emanada de los convenios internacionales en vigor en España y de la propia Constitución de protegerles y velar por su interés superior (art. 39 CE). Esta forma de proceder por parte del Centro Directivo no solo vulnera los derechos fundamentales de los menores, que quedan en un limbo legal hasta que su filiación sea determinada por los tribunales españoles, sino que además supone una injerencia desproporcionada en el derecho al respeto de su vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

De otro lado, el segundo objetivo que pretende alcanzar la DGSJFP con la Instrucción 28 abril 2025, -salvaguardar los derechos fundamentales de las mujeres que de otra forma se verían gravemente vulnerados-, resulta en este caso concreto totalmente desproporcionado e innecesario, en tanto que dichos derechos (dignidad de la mujer y su integridad física y moral) ya fueron garantizados en el país donde nació el niño. Ni a la mujer se la obligó por contrato a renunciar a la filiación materna, ni se le arrebató al hijo tras el parto. La mujer consintió de manera informada y libre, sin coacción, el proceso de gestación para otros; ha sido considerada madre legal tras el parto, quedando constancia inicial de ello en el Registro civil, y ha renunciado libremente al hijo tras el nacimiento, consintiendo la determinación judicial de la filiación a favor de los comitentes. Ningún sentido tiene que se impida el reconocimiento de la sentencia extranjera en este caso concreto, cuando los derechos de la madre gestante, madre legal tras el parto, fueron respetados, y cuando impidiendo dicho reconocimiento en España los únicos derechos que resultan vulnerados son los del niño. Amén de que dicho resultado hubiese sido el mismo de haber tenido lugar la gestación por sustitución en España y haberse aplicado el art. 10 LTRHA.

6. El interés superior del menor

78. Según la Sentencia de la Sala Primera (Pleno) del Tribunal Supremo 1626/2024, de 4 de diciembre, que ratifica la denegación de efectos a una sentencia extranjera en un caso de gestación subrogada, y que sirve de sustento jurídico a la Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025: *“la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes (...), “no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación (extranjera), sino que habrá de partir (...) de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores” (...) “Por tanto, la protección la protección que ha de otorgarse (...) ha de partir de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual, estableciendo la relación de filiación mediante la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar”* (FD Quinto).

79. En este caso concreto, la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, tal y como consta en la sentencia judicial que se aporta (*Post-Birth Order*), partió *“de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar”*.

80. La negativa por parte de las autoridades españolas (DGSJPP) a reconocer efectos a la sentencia extranjera de filiación e impedir con ello el acceso al Registro Civil español, pone a los menores en una *situación de desprotección e incertidumbre jurídica intolerable*. Hasta que no se determine “de nuevo” la filiación por parte de los tribunales españoles, estos menores no gozaran de ninguno de sus derechos fundamentales en nuestro país, tal y como vienen proclamados y reconocidos en la legislación vigente. Su nacimiento no quedará inscrito “inmediatamente” en el Registro Civil español; tampoco su nombre ni su filiación. Tampoco tendrán derecho a una nacionalidad. Bien es cierto, que, al Centro Directivo, tal y como se desprende de la Directriz cuarta de la Instrucción de 28 de abril de 2025, que estos niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero puedan quedar en situación de apatridia, es algo que le resulta totalmente indiferente. La DGSJFP contraría con ello, de nuevo, los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado español.

81. La decisión de la DGSJFP plasmada en la Instrucción 28 de abril 2025 de impedir el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera cuando en España el resultado sería el mismo, supone no sólo una vulneración de los derechos más fundamentales de los menores sino también una injerencia desproporcionada en el derecho al respeto a su vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

A) Convención de Nueva York de los Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989

82. En el *Informe (2019) presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas por 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, el 15 de julio de 2019 (A/74/162)*, también centrado en la gestación por sustitución desde la perspectiva del *interés superior del menor*, se recuerda a los Estados su obligación de dar debido cumplimiento a la Convención de Nueva York de los Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989. También se indica que las leyes, las políticas y las prácticas relativas a la gestación por sustitución deben respetar: a) el derecho del niño a no ser discriminado por razón de nacimiento (art. 2 CNYDN); b) el derecho a la identidad (art. 7 CNYDN), que engloba el derecho al registro de nacimiento, a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por estos, y recuerda que si bien es cierto que la gestación por sustitución cambia los elementos constitutivos de la identidad al romper el vínculo entre la filiación genética, gestacional y social, los derechos fundamentales del niño siguen siendo los mismos; c) el derecho del niño a conocer y acceder a sus orígenes (arts. 7 y 8 CNYDN). En este sentido, el Informe resalta que la aplicación general del anonimato para los donantes de gametos o la madre subrogante, en particular, registrando únicamente a los futuros padres en el certificado de nacimiento, impedirá que el niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución tenga acceso a sus orígenes. Se trata de una vulneración especialmente frecuente de los derechos del niño en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, que se ve agravada en el caso de los contratos internacionales de gestación por sustitución (párrafo 38); d) el derecho del niño a vivir en un entorno familiar (arts. 5, 7, 9, 10 16 y 18 CNYDN).

83. En el Informe 2019 de la Relatora Espacial también se hace hincapié en que todas las decisiones judiciales, las legislaciones y las políticas y prácticas relativas a los niños nacidos por gestación por sustitución, tienen que velar por el principio fundamental del interés superior del menor en su triple dimensión (art. 3 CNYDN): como derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento.

84. No se alcanza a entender que habiendo sido determinada la filiación del nacido mediante gestación por sustitución en el extranjero con todas las garantías y respetando los derechos de todas las partes implicadas en el proceso de gestación por sustitución, el Centro Directivo impida el reconocimiento de la sentencia extranjera donde consta ya establecida la filiación del menor con sus padres de intención, siendo uno de ellos progenitor biológico y quedando constancia en la documentación registral y judicial extranjera de la madre gestante.

B) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950

85. Según dispone el art. 8 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención, de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

86. Según la jurisprudencia del TEDH, el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, que implica que cada uno pueda establecer la esencia de su identidad, lo que comprende su filiación, se encontraría significativamente afectado si el derecho interno se negara a reconocer el vínculo de filiación entre el niño y los progenitores de intención, siendo uno de ellos padre biológico, al ser incompatible esta situación con el interés superior del menor que ha de guiar toda decisión que le afecte¹¹.

87. La ausencia de reconocimiento del vínculo de filiación entre un niño nacido mediante gestación por sustitución en el extranjero y los padres de intención tiene consecuencias negativas sobre diversos aspectos del derecho del niño al respeto de su vida privada y le perjudica en tanto que le sitúa en una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a su identidad en la sociedad. De ahí que, en aras al interés del menor, esta situación de incertidumbre deba de ser lo más breve posible¹².

88. El derecho al respeto a la vida privada y familiar de los niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero impone la obligación a los Estados de reconocer en su derecho interno el vínculo de filiación entre el hijo y el progenitor de intención biológico y entre el niño y la madre de intención, con independencia de que sea o no la madre genética¹³. La imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y los padres de intención, siendo uno de ellos progenitor biológico, constituye una injerencia desproporcionada en el derecho del niño al respeto a su vida privada¹⁴.

89. El TEDH ha precisado, sin embargo, que este reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y el padre de intención, padre biológico, y entre el niño y la madre de intención que no es la madre genética puede hacerse adecuadamente por otros medios que no sean la transcripción de la certificación registral extranjera de nacimiento, siempre y cuando los mecanismos previstos en el derecho interno garanticen la efectividad y celeridad de dicho reconocimiento conforme al interés superior del menor con el fin de evitar que este se mantenga durante mucho tiempo en una situación de incertidumbre jurídica¹⁵. De no ser así, el Estado incumpliría la obligación positiva de garantizar el derecho al respecto de la vida privada y familiar de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, en virtud del art. 8 CEDH.

90. Si bien es cierto que el TEDH reconoce un margen de apreciación a los Estados a la hora de elegir los mecanismos de reconocimiento de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, entre su progenitor de intención biológico y su progenitor no biológico, no lo es menos que dicho margen de apreciación no es absoluto, sino que está limitado, en aras al interés superior

¹¹ STEDH, 26 de junio 2014, asunto *Mennesson* c. Francia, FD 96-99; STEDH 26 junio 2014, asunto *Labassee* c. Francia; STEDH 16 julio 2020, Asunto D. c. Francia, FD 54.

¹² Dictamen Consultivo 10 abril 2029, puntos 96 y 75)

¹³ STEDH 16 julio 2020, Asunto D. c. Francia, FD 54

¹⁴ STEDH, 22 de noviembre, Asunto D.B y otros c. Suiza

¹⁵ Dictamen consultivo, 10 abril 2019, puntos 40, 47 y 51, 55; STEDH 31 agosto 2023, Asunto C. c. Italia, considerandos 56-60

del menor, por el principio de efectividad y celeridad. De todos los mecanismos legales previstos en el ordenamiento jurídico del foro, el Estado debe elegir aquél que haga de manera más efectiva y rápida la determinación de la filiación entre el niño y sus padres de intención, siendo uno de ellos padre biológico.

91. No se alcanza a entender que de todos los modos de determinación de la filiación previstos en el Derecho español (art. 116 CC, art. 8.2 LTRHA y art. 44 LRC), la DGSJFP y el TS español, se decanten por los menos efectivos y menos rápidos contraviniendo con ello el interés superior del menor y, por ende, el derecho a la vida privada y familiar de los menores (art. 8 CEDH).

92. En este orden de ideas, resulta necesario recordar que la injerencia del Estado (obligación negativa) en el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en este caso representada por la Instrucción 28 de abril 2025, para ser legítima ha de respetar los requisitos establecidos en el art. 8.2 CEDH, a saber: (1) la injerencia o limitación a dicho derecho ha de estar previsto en la ley interna; (2) la injerencia ha de estar fundada en una necesidad social imperiosa; y (3) ha de ser proporcional al fin perseguido¹⁶).

93. La Instrucción DGSJFP no supera el test de proporcionalidad exigido por el art. 8.2 TEDH. Bien es cierto que la legislación española prevé la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución en cuya virtud se renuncia a la filiación materna antes del parto con la finalidad de proteger los derechos de las mujeres gestantes y de los niños. Pero, no es menos cierto que la prohibición de aplicar los mecanismos de validez extraterritorial de DIPr en estos casos, obligando a los progenitores a iniciar un procedimiento *ex novo* en España para determinar la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución resulta totalmente desproporcionado al fin perseguido, especialmente en aquellos casos en los que la filiación determinada en el extranjero no vulnera el orden público internacional español por respetarse los principios esenciales del foro.

94. Tanto la STS 1626/2024, 4 diciembre de 2024 como la Instrucción 28 abril de 2025 adoptan una solución general, -de dudosa base legal como ha quedado expuesto a lo largo de estas páginas-, para todos los casos de gestación por sustitución en el extranjero, basándose solo y exclusivamente en aquellos supuestos en los que no existe vinculación genética de ninguno de los progenitores de intención con el niño nacido mediante gestación por sustitución. Los asuntos *Paradiso y Campanelli c. Italia* (STEDH, 24 enero 2017) y *Valdís FJölnisdóttir y otros c. Islandia* (STEDH 18 agosto 2021) parecen haber servido de inspiración al Centro Directivo y al propio Tribunal Supremo. Sólo así cabría entender que para determinar la filiación del progenitor no biológico en España se exija la existencia de una “vida familiar de facto”. Olvidan, sin embargo, tanto el TS como la DGSJFP que cuando existen vínculos biológicos entre uno de los progenitores de intención y el menor nacido mediante gestación por sustitución, y el niño ha sido fruto de un proyecto procreacional común con el progenitor no biológico, el TEDH presume la existencia de una vida familiar de facto¹⁷.

7. La gestación por sustitución como una forma de violencia contra las mujeres

95. Otro de los objetivos que persigue la Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025, impidiendo la aplicación en España de los mecanismos de validez extraterritorial previstos en el ordenamiento jurídico español a las decisiones procedentes de otros Estados determinando la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada, es “*salvaguardar los derechos fundamentales (...) que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación comercial (...)*”. El Centro Directivo añade, además, que en su Sentencia 1626/2024, (...) “*el Tribunal Supremo reitera, como ya afirmaba en sus sentencias 835/2013, de 6 de febrero de 2014, y 2777/2022, de 31 de marzo, que el contrato de gestación subrogada es contrario al orden público, cosifica tanto a la mujer gestante como al menor y vulnera*

¹⁶ STEDH, 26 de junio 2014, asunto *Menesson c. Francia*, FD 50.

¹⁷ STEDH 18 agosto 2021; asunto *Valdís FJölnisdóttir y otros c. Islandia*, FD 59-62.

principios fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Así, la Ley Orgánica 1/2023, que modifica la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, considera, tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres y en el mismo sentido se pronuncia la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015 sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto”.

96. La gestación por sustitución no está prohibida en Derecho español. El art. 10.1 LTRHA se limita a declarar nulos de pleno derecho aquellos contratos en los que la mujer gestante, mediando o no precio, renuncie a la filiación materna a favor del comitente o un tercero antes del parto. Este tipo de contratos, efectivamente, atentaría contra la dignidad de la mujer/madre y en general de la persona humana y convertirían al niño en objeto del comercio. Para evitarlos, el legislador español anuda la maternidad legal al parto, pero deja el camino despejado para que en España puedan darse, a la espera de regulación, otro tipo de supuestos de gestación por sustitución. Aquellos en los que la madre gestante, voluntariamente, decide ayudar a otras personas con problemas de fertilidad médica o social a tener un hijo. Y es por ello, que el art. 10. 3 LTRHA, tras declarar la nulidad e ineficacia del contrato (art. 10. 1 LTRHA), y vincular la maternidad legal al parto (art. 10. 2 LTRHA), deja abierta la posibilidad de que, siempre y cuando exista vinculación biológica de uno de los comitentes con el niño nacido mediante gestación subrogada en España y siempre y cuando la madre legal/gestante así los consienta, pueda quedar establecida la filiación a favor de los progenitores intencionales a través de los mecanismos legales previstos a tal efecto por el ordenamiento jurídico español. Esto explica que, en España, la gestación por sustitución no sea delito.

97. Del mismo art. 10 LTRHA, cabe deducir que no todos los supuestos de gestación por sustitución atacan contra la dignidad de la mujer ni cosifican al niño convirtiéndolo en objeto de comercio. Para ello, resulta fundamental que: (1) la mujer gestante consienta voluntariamente, y sin ningún tipo de coacción, llevar a cabo el proceso de gestación; (2) que la mujer gestante sea considerada madre legal tras el parto; (3) que uno de los comitentes tenga vinculación genética con el menor; y (4) que la madre gestante/legal consienta, sin mediar precio a cambio, la filiación a favor de los padres de intención, tras el parto.

98. Ni la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979¹⁸, ni el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011¹⁹ contemplan expresamente la gestación por sustitución como forma de violencia contra la mujer. Por tanto, cabe deducir que sólo aquellos supuestos de gestación por sustitución en los que no exista consentimiento prestado de manera libre y consciente por parte de la mujer gestante y en los que se la obligue a renunciar a la filiación materna antes del parto pueden considerarse violencia contra la mujer por atacar contra los derechos humanos. Solo la gestación por sustitución “forzada” podría considerarse contraria a los derechos de las mujeres.

99. Esta es la posición que mantiene actualmente la Unión Europea respecto a la gestación por sustitución. Bien es cierto que, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea (2015/2229 (INI)), la UE “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica 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” (punto 115).

¹⁸ BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984

¹⁹ BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014

Pero, no es menos cierto que, tras guardar silencio en años posteriores sobre este mismo asunto, desde el año 2021 hasta nuestros días, la UE ha matizado su posición condenando la práctica de la gestación subrogada sólo en aquellos casos que suponen explotación y trata de mujeres, esto es, la gestación subrogada forzosa²⁰.

100. De hecho, esta es la posición que mantiene la UE en la Directiva (UE)2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas²¹.

El art. 2 de la Directiva 2011/36/UE, modificada por la Directiva (UE) 2024/17 dispone que:

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

2. Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso.

3. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas, la extracción de órganos o la explotación de la maternidad subrogada, del matrimonio forzado o de la adopción ilegal”.

El apartado 5 de la misma disposición señala que:

“Cuando la conducta a que se refiere el apartado 1 afecte a un menor, constituirá una infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios mencionados en el apartado 1. El presente apartado no se aplicará a la explotación de la maternidad subrogada a que se refiere el apartado 3, a menos que la madre subrogada sea una menor”.

Cualquier duda de interpretación que pudiera generar el último inciso del apartado 5 del art. 2 de la Directiva 2011/36/UE, queda disipada en el considerando 6 de la Directiva (UE) 2024/17 al disponer que:

“La explotación de la maternidad subrogada, del matrimonio forzado o de la adopción ilegal ya pueden entrar en el ámbito de las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos tal como se definen en la Directiva 2011/36/UE, en la medida en que se cumplan todos los criterios constitutivos de dichas infracciones. No obstante, en vista de la gravedad de esas prácticas y para hacer frente al aumento constante del número y la importancia de las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos cometidas con fines distintos de la explotación sexual o laboral, la explotación de la maternidad subrogada, del matrimonio forzado o de la adopción ilegal deben incluirse como formas de explotación en dicha Directiva, en la medida en que reúnan los elementos constitutivos de la trata de seres humanos, incluido el criterio de los medios. Más concretamente, por lo que respecta a la trata con fines de explotación de la maternidad subrogada, la presente Directiva tiene en su punto de mira a quienes coaccionan o engañan a mujeres para que actúen como madres subrogadas. Las modificaciones a la Directiva 2011/36/UE introducidas por la presente Directiva se entienden sin perjuicio de las definiciones de matrimonio, adopción, matrimonio forzado y adopción ilegal, o de las de infracciones conexas distintas de la trata, cuando estén previstas

²⁰ Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de febrero de 2022, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto – Informe anual 2021 (2021/2181(INI), considerando 60; Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2023, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto – Informe anual 2022 (2022/2049(INI). Considerando 63; Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 2024, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto: informe anual 2023 (2023/2118(INI): Considerando 44

²¹ DOUE núm. 1712, de 24 de junio 2024

en el Derecho nacional o internacional. Dichas normas también se entienden sin perjuicio de las normas nacionales sobre maternidad subrogada, incluido el Derecho penal o el Derecho de familia”.

101. Y es precisamente este contexto de legalidad internacional y europeo, el que debe ser tomado como referencia al interpretar la mención que de la “gestación subrogada” realiza en la Exposición de Motivos la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Por tanto, solo cuando la gestación subrogada sea forzada podrá ser considerada, en la línea del Convenio de Estambul y de la Directiva (UE)2024/1712 como una forma de violencia contra la salud sexual y reproductiva de las mujeres. La incorporación del art. 10 LTRHA a la LO 1/2023 a través del art. 32 de esta última ley, así lo confirma.

102. El *Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres y niñas*, conocido como *Informe Alsalem*, sobre “*Las distintas manifestaciones de violencia contra las mujeres y las niñas en el contexto de la reproducción asistida*” (AG A/80/150, 14 de julio de 2025)²², llega a la conclusión de que la gestación por sustitución, al igual que la prostitución, debe ser abolida a través un convenio internacional jurídicamente vinculante, siguiendo con ello la estela de la *Declaración de Casablanca*²³. No obstante, y a la espera de su abolición, se recomienda a los Estados la adopción de una serie de medidas tendentes a respetar los derechos fundamentales de mujeres y niños en los procesos de gestación por sustitución, tales como la adopción de leyes que se dirijan a vincular la maternidad al parto, impedir que se transfieran por contrato los derechos parentales antes del nacimiento del niño, otorgando a la madre gestante un periodo de tiempo de reflexión; exigir vinculación genética de al menos uno de los comitentes con el niño; cerciorarse de que el interés del menor sea la consideración primordial en todas las decisiones relacionadas con la filiación y el cuidado; establecer controles de idoneidad a los comitentes o velar por que todos los actores implicados en un proceso de gestación por sustitución, entre ellos, clínicas y e intermediarios respeten los derechos humanos relacionados con la reproducción subrogada.

III. Consideraciones finales

103. Los acuerdos internacionales de gestación por sustitución suponen un reto para todos aquellos Estados que prohíben dicha técnica de reproducción humana asistida dentro de sus fronteras. Pero, la forma de hacer frente a este desafío, garantizando los derechos fundamentales de todas las personas que intervienen en un proceso de gestación por sustitución, no puede consistir en la conculcación de los principios más esenciales del ordenamiento jurídico español.

Deben arbitrarse otras vías que, emanando del legislador español y respetando los pilares del Estado Democrático y de Derecho, ofrezcan una solución respetuosa con los derechos humanos. La Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025 no es el camino...Tampoco la solución.

104. Por todo lo aquí expuesto, es de Justicia que se proceda a la inscripción de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución siempre y cuando concurren las condiciones para ello de conformidad con el Derecho español.

²² El Secretario General de la ONU envió el documento a los miembros de la Asamblea General el pasado 14 de julio, para su debate en el periodo de sesiones que tendrá lugar del 9 al 29 de septiembre.

²³ Sobre la Declaración de Casablanca, *vid.*: <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/>