

Recibido: 8 septiembre 2023  
Aceptado: 13 septiembre 2023

## Gestación subrogada y fecundación póstuma

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ\*

Sumario: I. Presentación: una relectura de la gestación subrogada en casos de fecundación póstuma. II. La relación biológica póstuma en el marco de la gestación por sustitución: 1. *Primer momento: la disposición mortis causa de material reproductor vinculada a una gestación por sustitución*: A) La LTRHA como ley de policía aplicable a la disposición *mortis causa*. B) El descarte de las calificaciones sucesoria, paterno-filial y personal. C) Validez de la disposición *mortis causa*. 2. *Segundo momento: la celebración de un contrato de gestación por sustitución y la fecundación póstuma*: A) Imposibilidad en España. B) Viabilidad en el extranjero. 3. *Tercer momento: el nacimiento del hijo por maternidad subrogada y el establecimiento de la filiación biológica póstuma*: A) Vínculo biológico e intencional. B) Ausencia de vínculo intencional. III. La relación de las partes intencionales en la gestación por sustitución con fecundación póstuma: 1. *Un primer problema perentorio: la entrada en España del menor*. 2. *El no reconocimiento de la filiación por naturaleza de las partes intencionales*: A) El margen de actuación de los Estados en la gestación subrogada con fecundación póstuma. B) Concreción en la UE y en España. 2. *La adopción internacional de hijos póstumos como solución supletoria*: A) Lógica internacional. B) Problemas en la aplicación del Derecho material español. C) Técnicas de flexibilización del Derecho español. 3. *Medidas supletorias sin reconocimiento de filiación póstuma*: A) Perspectiva de los tribunales españoles. B) Perspectiva del Estado de origen. IV. Conclusiones.

*RESUMEN: un reciente caso mediático en España ha puesto de manifiesto un nuevo contexto de la gestación por sustitución con dos variables novedosas: por un lado, se utiliza material reproductor de un familiar; por otro, dicho familiar ha fallecido. En este contexto, se analiza la validez de la disposición mortis causa de donación de material reproductor para estos casos, la celebración del contrato de gestación subrogada, y el eventual establecimiento del vínculo de filiación tanto con el padre biológico fallecido, como con las partes intencionales.*

*PALABRAS CLAVE: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, FECUNDACIÓN PÓSTUMA, DONANTE DE MATERIAL REPRODUCTOR, PARTES INTENCIONALES.*

### *Surrogacy and Posthumous Fertilization*

---

\* Catedrático de DIPr. Universidad de Oviedo. Este artículo se adscribe al Proyecto PID 2021-1234520B-I00, "Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza" financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE), en los términos del art. 37 de la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

*AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 181-215  
ISSN 1578-3138  
DOI: 10.19194/aedipr.23.07

*ABSTRACT: a recent media case in Spain has revealed a new context of surrogacy with two new variables: on the one hand, reproductive material from a family member is used; on the other hand, that family member has died. In this context, the validity of the mortis causa provision of donation of reproductive material for these cases, the conclusion of the surrogacy contract, and the eventual establishment of the parenthood with the deceased biological father, as well as with the intentional parties, are analysed.*

*KEYWORDS: SURROGACY, POSTHUMOUS FERTILIZATION, DONOR OF REPRODUCTIVE MATERIA, INTENDED PARTIES.*

## I. PRESENTACIÓN: UNA RELECTURA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN CASOS DE FECUNDACIÓN PÓSTUMA

1. Un reciente caso en España en el que se recurre a la gestación por sustitución con material reproductor de un hijo fallecido ha generado un importante debate social<sup>1</sup>. Más allá del impacto mediático, que no debe ser minusvalorado porque puede marcar una nueva tendencia, ha puesto de manifiesto un nuevo contexto de la gestación por sustitución con dos variables novedosas o menos tratadas: por un lado, se recurre a esta práctica con material reproductor de un familiar; por otro, dicho familiar está fallecido. Estas son las variables que se analizarán en el presente trabajo, sin pretender ahondar en la rica y abundante literatura sobre gestación por sustitución<sup>2</sup>.

Aparte de las motivaciones personales que pueden llevar a esta práctica con material reproductor de un familiar fallecido, hay un factor jurídico que no puede desconocerse. Como se verá, la jurisprudencia del TEDH da un régimen diferenciado a la filiación por naturaleza respecto del padre varón intencional, que aporta el material reproductor, con lo que era cuestión de tiempo que la filiación *post mortem* y la aportación de material reproductor de un familiar aparecieran en la variable de la gestación por subrogación. Así las cosas, en el apartado II se analizará la relación biológica póstuma en el marco de la gestación por sustitución; en el apartado III, la situación de las partes intencionales.

---

<sup>1</sup> Vid. A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "El caso de Ana Obregón y el Derecho Internacional Privado", <https://www.hayderecho.com/2023/04/17/el-caso-de-ana-obregon-y-el-derecho-internacional-privado/> (última consulta: 15.7.2023).

<sup>2</sup> Vid. por todos, S. Álvarez González, "Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución", en M. P. García Rubio (dir.), *Maternidad y Derecho. V Congreso sobre la feminización del Derecho. Carmona V. Santiago de Compostela. 21 y 22 de septiembre de 2017*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 613-647 (versión consultada de academia.edu).

## II. LA RELACIÓN BIOLÓGICA PÓSTUMA EN EL MARCO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

### 1. Primer momento: la disposición *mortis causa* de material reproductor vinculada a una gestación por sustitución

#### A) La LTRHA como ley de policía aplicable a la disposición *mortis causa*

2. La disposición *mortis causa* de material reproductor que se encuentre en territorio español debe ajustarse a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA)<sup>3</sup>, ya que se trata de una ley de policía del ordenamiento español, conforme al art. 8 Cc<sup>4</sup>. Por consiguiente, debe ser aplicada para todo material reproductor que se encuentre en territorio español, al margen de la ley aplicable a la disposición *mortis causa*<sup>5</sup>.

3. Lo expuesto se encuentra con un obstáculo más formal que real: la falta de fijación del ámbito de aplicación de la LTRHA. En efecto, las leyes de policía se caracterizan por “*exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación*”<sup>6</sup> y la LTRHA no lo hace. Este defecto formal no debe impedir reconocer que se trata de una normativa que se aplica a toda práctica realizada en territorio español como consecuencia de una disposición *mortis causa*. Corrobora este planteamiento el régimen de infracciones y sanciones que contiene la Ley y que solo son aplicables si los hechos se producen en territorio español. Entre las infracciones graves, se encuentra el incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre

---

<sup>3</sup> BOE 7.5.2006.

<sup>4</sup> Cf. A. Quiñones Escámez, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2009, pp. 1-42, esp. pp. 16-18; J. M. Espinar Vicente, “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude a la Ley”, en C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 589-604, esp. p. 595.

<sup>5</sup> Aunque no hay una definición general en el sistema español de DIPr sobre el concepto de “ley de policía”, sí parece existir consenso en que se trata de disposiciones que el Estado considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos y la organización de la sociedad española. Precisamente, por esa consideración, España exige su aplicación cualquiera que fuera la ley aplicable a la disposición *mortis causa*. En este sentido, la definición del art. 9 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”, DO L 177 de 4.7.2008) es, por completa y precisa, especialmente útil más allá de su aplicación en el ámbito de los contratos.

<sup>6</sup> Siguiendo con la definición del art. 9 del Reglamento “Roma I”.

países<sup>7</sup>. También lo avala el hecho de que las condiciones de las muestras de los donantes serán las previstas en la LTRHA, aun cuando procedan de otros países<sup>8</sup>.

#### B) El descarte de las calificaciones sucesoria, paterno-filial y personal

4. La consideración de la LRTHA como ley de policía es preferible a la aplicación de otras normas de DIPr. La disposición *mortis causa* de material reproductor no queda regida por el Reglamento europeo de sucesiones<sup>9</sup>. Es verdad que no hay exclusión expresa a cuestiones que entran dentro del ámbito de la integridad física, intimidad y los derechos personalísimos. También, que la inclusión en el Reglamento lograría una regulación uniforme a nivel de DIPr y no quedaría al criterio de las disposiciones nacionales, que diversifican y fragmentan las soluciones en el mercado interior. Por último, no es menos cierto que las disposiciones *post mortem* son previsiones *mortis causa* y una forma de organización de últimas voluntades que genera unos derechos de uso del material reproductor a las personas designadas.

Pero, a pesar de lo expuesto, dicha exclusión se deduce claramente del art. 1.2º.a) del Reglamento, cuando deja fuera de su ámbito de aplicación al estado civil de las personas físicas y a las relaciones familiares. También, de la definición de “sucesión” que no se refiere a las últimas voluntades de ámbitos distintos al patrimonial. El Reglamento europeo de sucesiones pretende regular la transmisión patrimonial, entendiendo por tal bienes, derechos y obligaciones, pero no aspectos que forman parte de esa integridad física<sup>10</sup>. A mi juicio, se trata de una exclusión acertada, en la medida en que el Reglamento está diseñado para la organización patrimonial de la sucesión<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. 26.b) LRTHA.

<sup>8</sup> Art. 5.6 LRTHA.

<sup>9</sup> Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L 201, 27.7.2012.

<sup>10</sup> Art. 3.1º.a). El considerando 9 ratifica este planteamiento cuando apunta que el Reglamento “debe abarcar todos los aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa de muerte, es decir, cualquier forma de transmisión de bienes, derechos y obligaciones por causa de muerte”.

<sup>11</sup> Aunque aquí se ha destacado la inaplicación del Reglamento europeo de sucesiones, puede verse cierto paralelismo con su art. 30, cuando señala que son leyes de policía, aplicables con independencia de la ley que rige la sucesión, las restricciones a la sucesión de categorías especiales de bienes previstas por la ley de situación de tales bienes.

5. Por otra parte, debe descartarse la aplicación de la ley nacional como cuestión del estatuto personal, que rige la capacidad y el estado civil, según el art. 9.1º Cc. Sin negar la relación del material reproductor de una persona con su estado civil, derechos personales e integridad física, los intereses públicos y el componente bioético que preside la LRTHA hacen preferible su exigencia en territorio español. El principio de territorialidad debe primar sobre el principio de personalidad, pues la ley nacional del disponente se aleja del sistema social donde se desarrollan estas prácticas.

6. Igualmente, debe descartarse la aplicación de la norma de conflicto sobre filiación, recogida en el art. 9.4º Cc. La disposición *mortis causa* del material reproductor es una cuestión previa a la filiación. Baste comprobar que los puntos de conexión están relacionados con el hijo, expresión referida al ya nacido o al concebido pero no nacido, pero que resulta muy difícilmente extensible al *concepturus*, el ni siquiera concebido. Así, la ley de residencia habitual del hijo, que, en el momento de la disposición, es un mero *concepturus*, no parece determinable. También sería problemática la determinación de la ley de la nacionalidad del *concepturus*, la ley que hipotéticamente adquiriría si llega a ser concebido y si llega a nacer.

Otros argumentos avalan el descarte de esta calificación conflictual. El art. 9.4º Cc, a través de la articulación de puntos de conexión en cascada, tiene por fin favorecer la filiación del hijo. Y este interés prioritario en modo alguno está presente cuando simplemente se trata de un *concepturus*. En este mismo sentido, la Propuesta de la Comisión de la UE sobre un Reglamento europeo de filiación<sup>12</sup> tampoco parece ocuparse de esta cuestión. Aunque no se pronuncia expresamente, sí recuerda que las cuestiones sucesorias quedan excluidas<sup>13</sup>. Además, define al “hijo” como toda persona de cualquier edad cuya filiación se pretende establecer, reconocer o probar<sup>14</sup>. Se puede observar que no hay ninguna mención al *concepturus*.

7. Por último, debe descartarse la aplicación de la norma de conflicto sobre bienes, prevista en el art. 10.1º Cc, en función de la ley de situación del material reproductor. Aunque el principio de territorialidad lleve a un resultado muy similar que la *lex rei sitae*, la fundamentación no se debe hacer por la calificación del material reproductor como “bien”, porque lo relevante no es su carácter patrimonial sino personal.

---

<sup>12</sup> Bruselas 7.12.2022, COM(2022) 695 final, 2022/0402 (NLE).

<sup>13</sup> Art. 3.2º g).

<sup>14</sup> Art. 4.

### C) Validez de la disposición *mortis causa*

8. La consideración de la LTRHA como ley de policía que representa un interés general y el principio de territorialidad que ha de jugar en esta materia exige que la disposición *mortis causa* sobre material reproductor respete los requisitos de capacidad, consentimiento, fondo y forma previstos por dicha Ley.

En este sentido, la capacidad exigida por la LTRHA debe darse al margen del elemento extranjero que concurra en el donante. No parece aplicable la ley nacional del disponente, según el art. 9.1º Cc. Ello es palpable en aquellos casos en los que el donante no tuviera capacidad conforme a la ley española, pero sí conforme a su ley nacional. El interés público de la ley de policía desplaza a lo dispuesto por el Derecho extranjero. Más delicado puede ser en el caso contrario, en el que la ley nacional no considera capaz al donante, pero sí lo hace la ley española. Aun así, no parece existir razón para impedir la disposición *mortis causa*. La LTRHA preserva un interés público y no es necesario elevar los estándares de capacidad por una ley nacional, que no presenta ningún interés en el territorio español en esta materia.

Lo expuesto es extensible al consentimiento, que debe ajustarse a lo previsto por la LTRHA. Una ley extranjera no debe ni reducir ni elevar las exigencias de la Ley, básicamente que el consentimiento sea expreso, no tácito, y que no adolezca de ninguno de los vicios previstos por el Código Civil.

9. En cuanto al fondo, en la medida en que la disposición se refiera al material reproductor que se encuentre en territorio español, debe ajustarse a las prescripciones de la LTRHA, en su condición de ley de policía. De hecho, la Ley 41/2002 de autonomía del paciente<sup>15</sup>, en la que se regula una de las formas en las que se puede hacer la disposición *mortis causa*, como se verá más adelante, claramente señala que no serán aplicadas las voluntades “contrarias al ordenamiento jurídico” o a la *lex artis*<sup>16</sup>. La territorialidad de estas disposiciones se ve corroborada, en la misma Ley, cuando se refiere al objetivo de “asegurar la eficacia en todo territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes”<sup>17</sup>.

Esto tiene especial relevancia en el ámbito de la gestación subrogada, porque de ninguna forma la disposición *mortis causa* de material reproductor ubicado en territorio español puede entenderse referida a una

---

<sup>15</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, BOE 15.11.2002.

<sup>16</sup> Art. 11.3º.

<sup>17</sup> Art. 11.5º.

futura gestación por sustitución. Precisamente por ello, la LTRHA exige que la disposición *mortis causa* sea entre parejas heterosexuales y de forma unidireccional: del marido –u hombre en una pareja de hecho– para “fecundar a su mujer”, la madre gestante<sup>18</sup>. Es verdad que una mujer también puede donar su material reproductor a su esposa, pero esa donación siempre será con el fin de reconocer la filiación de la madre gestante<sup>19</sup>. La LTRHA no contempla otros supuestos: que una mujer haga una disposición *mortis causa* de su material, ubicado en un centro en España, al marido, porque esto presupondría el recurso a la gestación por sustitución. Tampoco, que un varón haga la disposición a favor de su pareja varón, porque de nuevo supondría recurrir veladamente a la gestación por sustitución, con el material reproductor que se encuentra en un centro de reproducción asistida en territorio español.

10. En esta misma línea, la forma de la disposición *mortis causa* es la exigida por la LTRHA. Es la ley que rige el fondo y, por tanto, fija las solemnidades que debe tener la disposición<sup>20</sup>. En particular, será admisible el documento del art. 6.3º de la LTRHA, un documento de instrucciones previas, un testamento o escritura pública.

En efecto, en el ámbito de los documentos privados, la LTRHA permite la disposición en el “*documento a que se hace referencia en el art. 6.3º*”. Se trata de una remisión no muy correcta porque en dicho artículo se hace alusión a cómo debe ser el consentimiento del marido –expresión libre, consciente y formal– cuando la mujer pretende ser receptora o usuaria de las técnicas de reproducción asistida, pero, en realidad, no hace alusión al soporte documental. En cualquiera de los casos, la LTRHA se está refiriendo a un documento escrito en el que la mujer expresa su deseo de ser usuaria o receptora y donde se incorporaría la disposición *mortis causa*, en un formato adecuado bajo el principio de “*diseño para todos*”, accesible y comprensible para personas con discapacidad<sup>21</sup>. No parece oportuno que este documento sea emitido en el extranjero, pues será gestionado por el centro autorizado de reproducción asistida que opera en España y se requiere una emisión entre presentes, para valorar la idoneidad del consentimiento.

En segundo lugar, la LTRHA se refiere a un posible documento de instrucciones previas, que hace las veces de testamento vital, y que siempre

---

<sup>18</sup> Art. 9, aps. 2 y 3.

<sup>19</sup> A lo sumo, habrá una filiación doble, tanto de la madre donante como de la madre gestante. Vid. art. 7.3º LTRHA, que permite que, cuando la mujer gestante esté casada, y no separada legalmente o de hecho, su mujer podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

<sup>20</sup> Art. 11.2º LTRHA.

<sup>21</sup> Art. 6.4º LTRHA.

debe constar por escrito<sup>22</sup>. En este documento, que tiene una naturaleza privada aunque intervenga y se custodie por una autoridad administrativa de conformidad con la normativa autonómica de desarrollo, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad para aquellas situaciones de cuidados y tratamiento de su salud, en las ya no sea capaz de expresarla personalmente, o para fijar el destino de su cuerpo, órganos y, por extensión, que es la que interesa a estos efectos, del material reproductor<sup>23</sup>. La normativa autonómica puede exigir algún requisito añadido de formalización<sup>24</sup>. Cabe entender que se reconocerían documentos de instrucciones previas emitidos en el extranjero, en tanto en cuando cumplan con garantías equivalentes a las del ordenamiento español.

En tercer lugar, la disposición se puede contener en un testamento. La cuestión es cómo determinar la validez formal del testamento en el ámbito internacional. Esto conduce a la aplicación por autoridades españolas del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias<sup>25</sup>, con preferencia a las normas del Reglamento europeo de sucesiones<sup>26</sup>. De hecho, debe tenerse en cuenta que este Convenio no excluye de su ámbito de aplicación a ningún testamento en función de que las disposiciones no tengan contenido patrimonial o sucesorio<sup>27</sup>.

Así pues, la disposición testamentaria será formalmente válida si se ajusta a la ley interna del lugar en el que se otorga el testamento, a la ley de la nacionalidad del testador, o a la ley del domicilio o de la residencia habitual de dicho testador<sup>28</sup>. Estas mismas leyes regirán las limitaciones de algunas de las formas de otorgar testamento por razón de circunstancias personales, principalmente la edad<sup>29</sup>.

La última de estas posibles solemnidades es la escritura pública, la cual podrá hacerse por autoridad española conforme a la ley española –ley que rige el fondo–, pero también por la autoridad de la nacionalidad del

---

<sup>22</sup> Art. 11.2<sup>º</sup> de la citada Ley 41/2002, sobre autonomía del paciente.

<sup>23</sup> Art. 11.1<sup>º</sup> LTRHA.

<sup>24</sup> Art. 11.5<sup>º</sup> LTRHA.

<sup>25</sup> BOE 17.8.1988.

<sup>26</sup> Art. 75.1 del citado Reglamento.

<sup>27</sup> España no ha hecho uso de la reserva del art. 12, según la cual cada Estado contratante podía reservarse el derecho de excluir la aplicación del presente Convenio a las cláusulas testamentarias que, según su derecho, no tuvieran carácter sucesorio. Esta reserva sí ha sido hecha por Albania, Armenia, Austria, Polonia, Sudáfrica, Turquía y Ucrania.

<sup>28</sup> Art. 1.

<sup>29</sup> Art. 5.



disponible o por la autoridad del Estado en el que se otorgue la escritura, en ambos casos conforme a su propia ley<sup>30</sup>.

## 2. Segundo momento: la celebración de un contrato de gestación por sustitución y la fecundación póstuma

### A) Imposibilidad en España

11. Así las cosas, la fecundación póstuma en territorio español deberá regirse por la LTRHA, que establece requisitos de fondo, temporales y formales<sup>31</sup>. En cuanto al fondo, en modo alguno la fecundación *post mortem* puede vincularse a contratos de gestación por sustitución. Estos son nulos de pleno derecho y la variable *post mortem* en nada altera lo expuesto<sup>32</sup>. Como ya se ha adelantado, la fecundación *post mortem* solo se prevé para el marido o para el varón no unido por vínculo matrimonial respecto de su esposa o pareja de hecho mujer. Esta, por tanto, dirigida a una posterior determinación de la filiación biológica tanto por el padre (donante) como por la madre gestante.

El requisito temporal es que el material debe ser utilizado en los doce meses siguientes al fallecimiento del varón; exigencia que tiene por fin que la última voluntad del donante se haga efectiva en un marco temporal determinado y con una mínima seguridad jurídica.

### B) Viabilidad en el extranjero

12. La viabilidad en el extranjero de la celebración de un contrato de gestación por subrogación y de la utilización de material reproductor *post mortem* es algo que queda al arbitrio del sistema jurídico donde se realiza la práctica y donde se encuentra el material reproductor, ya sea en aplicación de sus normas de DIPr o de su Derecho material, si prima, como aquí se sostiene, el principio de territorialidad. A ese ordenamiento le corresponde determinar si una disposición *mortis causa* puede ser sustitutiva del

---

<sup>30</sup> Art. 11.1º Cc. Toda referencia a las autoridades del lugar de otorgamiento lo es en la práctica a los notarios de ese Estado; toda referencia a las autoridades distintas del lugar de otorgamiento lo es a las autoridades consulares con funciones notariales. Para que el documento público extranjero sea reconocido en cuanto a la forma por las autoridades españolas, debe cumplir una función equivalente al documento público español y la calificación debe referirse no solo a la identidad, sino también a la capacidad y a la libertad del consentimiento.

<sup>31</sup> Art. 9.2º.

<sup>32</sup> Art. 10.

consentimiento en el contrato de gestación<sup>33</sup>. Se trata de casos en los que el disponente ha fallecido antes de celebrar el contrato, pero su intención no solo era la de ser el donante del material reproductor, sino también la de figurar como padre de intención.

En este momento, en nada afecta al ordenamiento español, salvo que el material se halle en territorio español y se solicite su traslado al extranjero. Este traslado se rige por el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio<sup>34</sup>, que se aplica a las células reproductoras en todo lo no previsto por la LTRHA<sup>35</sup>.

La exportación debe ser autorizada por el Ministerio de Sanidad, previo informe de la Organización Nacional de Trasplantes<sup>36</sup>, y se realizará a través de puntos fronterizos habilitados<sup>37</sup>. Pero no es viable conceder esa autorización para desarrollar una fecundación y gestación por sustitución, pues no existe razón médica que justifique la exportación<sup>38</sup>. Además, es un dato que no se puede obviar en la solicitud de traslado<sup>39</sup>. A mayor abundamiento, recientemente el TEDH ha señalado que la prohibición de

---

<sup>33</sup> Vid. a modo de ejemplo, la Sección 742.17 de los *Florida Statutes* (<https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2014/Chapter742>, última consulta 31.8.2023), que se refiere a la posibilidad de utilizar material reproductor póstumo también en los casos de gestación subrogada, si hay un acuerdo por escrito.

<sup>34</sup> Por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, BOE 5.7.2014. Este Real Decreto-ley vino a dar respuesta a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:2253), que declaró nulo, por insuficiencia de rango, el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre.

<sup>35</sup> Art. 1.4º.

<sup>36</sup> Las solicitudes de importación y exportación de células y tejidos se presentarán en la Organización Nacional de Trasplantes, con el conocimiento previo de la unidad de coordinación de trasplantes de la comunidad autónoma que corresponda. La Organización Nacional de Trasplantes dará traslado de las solicitudes a la Subdirección General del Ministerio con competencias en la materia, acompañado de un informe.

<sup>37</sup> Vid. Anexo I Real Decreto 65/2006, de 30 de enero, por el que se establecen requisitos para la importación y exportación de muestras biológicas (BOE 7.2. 2006): Barcelona, Bilbao, La Farga de Moles, Madrid, Málaga, Palma de Mallorca, Sevilla, Valencia, Vitoria y Santa Cruz de Tenerife.

<sup>38</sup> Art. 23.3 del citado Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio.

<sup>39</sup> No en vano, deben especificarse las instituciones de origen y destino conforme al art. 23.5º Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio. Debe acompañarse, además, un certificado que deberá contener la siguiente información según el art. 23.6: a) un informe donde conste la suficiente disponibilidad nacional de los tejidos y/o células que se pretenden exportar; b) la documentación que acredite la no disponibilidad del método de procesamiento a utilizar cuando este sea el motivo de la salida de los tejidos y/o las células; c) una memoria técnica donde figuren las razones médicas que justifiquen la salida de los tejidos y/o células cuando éste sea el motivo; y d) la documentación que acredite que se garantiza la protección de los datos.

exportación de material reproductor en modo alguno contraviene el derecho humano a la vida privada y familiar<sup>40</sup>.

### 3. Tercer momento: el nacimiento del hijo por gestación subrogada y el establecimiento de la filiación biológica póstuma

#### A) Vínculo biológico e intencional

13. El establecimiento de la filiación por naturaleza en el marco de la gestación por sustitución variará notablemente en función de si el donante de material reproductor también es parte intencional en el contrato<sup>41</sup>. Como ya se ha indicado, en el Estado de origen, la resolución judicial establecerá la filiación de los padres comitentes y la posibilidad de que uno de ellos sea un progenitor donante *post mortem* y cómo puede entenderse que consiente en el contrato de gestación, si falleció con anterioridad a celebrarse este.

14. Cuestión distinta es su reconocimiento en el ordenamiento español, por ser uno de los padres comitentes español. Si la donante *post mortem* es una mujer, aunque la sentencia extranjera reconozca su maternidad intencional, esta no será reconocida en España por no haber sido la madre gestante. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, habrá una vulneración del orden público español, como se verá en el siguiente apartado<sup>42</sup>. No parece que el respeto a la vida privada establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos exija garantizar un reconocimiento de la filiación biológica con la madre donante, pero no gestante<sup>43</sup>.

15. Si el donante *post mortem* de material reproductor es hombre, la filiación establecida a su favor en la sentencia extranjera de gestación

---

<sup>40</sup> STEDH 14 septiembre 2023, *Baret and Caballero v. France*, 22296/20 y 37138/20, ECLI:CE:ECHR:2023:0914JUD002229620.

<sup>41</sup> Vid. A. J. Vela Sánchez, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012, pp. 169 y ss.

<sup>42</sup> Vid. *infra* apartado III; baste aquí adelantar los principales pronunciamientos de la Sala de lo Civil del TS: STS 6 febrero 2014, ECLI:ES:TS:2014:247; ATS de 2 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:335A; y STS 31 marzo 2022, ECLI:ES:TS:2022:1153.

<sup>43</sup> Vid. G. Lazcoz Moratinos y A. Gutiérrez-Solana Journoud, "La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo nº 16", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 673-692; H. Aguilar Grieder, "Derechos humanos fundamentales y gestación por subrogación en el marco de los nuevos modelos familiares", *ibid.*, pp. 32-44, esp. pp. 42-43; S. Bollée y B. Haftel, "L'art d'être inconstant – Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2020, pp. 267-283, esp. pp. 272-273.

por sustitución será reconocida en España<sup>44</sup>. Además, la nacionalidad española se transmitirá si el padre la ostentaba cuando falleció<sup>45</sup>. Como se observa, desde la perspectiva del Estado de reconocimiento, poco importa que el padre intencional y biológico haya fallecido. No hay vulneración alguna de orden público en esta práctica, sino, al contrario, el reconocimiento de la filiación biológica paterna<sup>46</sup>. Que esta se haya acompañado de una gestación por sustitución en nada afecta a esa filiación<sup>47</sup>. Queda la duda de si el material biológico fue utilizado de una forma contraria a lo establecido en la ley española, por ejemplo, con un traslado fraudulento del material reproductor al extranjero. No parece que esto pueda derivar en una falta de reconocimiento de la sentencia, si verdaderamente se acredita la intención del padre biológico e intencional. Las sanciones en la LTRHA son puramente administrativas y no deben extenderse al no reconocimiento de una filiación en el ámbito civil.

Sea como fuere, la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 exige, para el reconocimiento de esta filiación, una prueba biológica que no

---

<sup>44</sup> STEDH 26.6.2014, *Menesson c. France*, 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211, corroborada recientemente por STEDH 31 agosto 2023, *C c. Italie*, 47196/21, ECLI:CE :ECHR:2023:0831JUD004719621. En la doctrina, *Vid.* entre otros, J. M. Espinar Vicente, *loc. cit.*, p. 604.

<sup>45</sup> Sobre la problemática de la nacionalidad en el marco de la gestación subrogada, *vid.* V. Boillet y H. Akiyama, "Statelessness and International Surrogacy from the International and European Legal Perspectives", *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, vol. 27, 2017, pp. 513–534; y, desde la perspectiva española, P. Jiménez Blanco, "Efectos en España de la gestación por sustitución realizada en el extranjero", en I. Núñez Paz y P. Jiménez Blanco (eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos (Derechos de los menores y maternidad por sustitución)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 301–328, esp. pp. 310–313.

<sup>46</sup> Puede haber algún supuesto excepcional en el que no se reconozca esta paternidad biológica. *Vid.* STEDH de 7.4.2022, *A.L. c. France*, 13344/20, ECLI:CE:ECHR:2022: 0407JUD001334420. En este caso se entiende que no se vulnera el respeto a su vida privada porque, pese a ser el padre biológico, existía una estructura familiar alternativa que debía primar (la madre gestante había dado el menor a unos padres comitentes distintos a los contratantes). Téngase en cuenta, además, la Decisión del TEDH de 16 noviembre 2021, *S.-H. c. Pologne*, 56846/15 y 56849/15, que no admite el asunto en el que la falta del reconocimiento de la paternidad biológica del padre comitente conlleva la no atribución de su nacionalidad. Asimismo, la Decisión del TEDH, de 31 mayo 2022, *H c. Royaume-Uni*, 32185/20, ECLI:CE: ECHR:2022:0531DEC003218520, no admite el caso y consideran suficientes medidas de respeto a la vida privada el establecimiento de responsabilidad parental de los padres comitentes, pese a que uno de ellos era el padre biológico. En este caso, se hizo primar la presunción legal a favor del marido de la madre gestante.

<sup>47</sup> Art. 10.3º. LTRHA. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

procede hacer en el procedimiento consular, sino tras regresar a España e instar un expediente de inscripción con intervención del Ministerio Fiscal<sup>48</sup>.

## B) Ausencia de vínculo intencional

16. El otro escenario posible es aquel en el que el donante de material reproductor no dejó como última voluntad el establecimiento de la filiación, ni, por tanto, pretende figurar como padre intencional. Se trata del reconocimiento de una gestación subrogada en el sentido estricto del término, a favor de los padres comitentes que aparecen en la resolución judicial, sin que ninguno de ellos aporte material biológico. Habrá que estar, por tanto, a las normas generales sobre reconocimiento de la gestación por sustitución, en los términos del siguiente epígrafe.

Se trata, no obstante, de un planteamiento que conlleva un riesgo, que podríamos denominar "*Paradiso-Campanelli*"<sup>49</sup>. Si no hay ningún vínculo biológico, el menor es de corta edad y la integración con las partes intencionales ha sido breve, las autoridades podrían declarar la situación de desamparo sin que ello vulnere el respeto a la vida familiar. De consumarse ese riesgo, como estrategia subsidiaria, las partes intencionales podrían tratar de obtener el reconocimiento de filiación por naturaleza respecto del donante fallecido, a través de una acción judicial<sup>50</sup>. Con ello se asegurarían

---

<sup>48</sup> Sobre el amplio margen de actuación que tenía el encargado del registro civil consular antes de esta Instrucción, *vid.* L. Pertusa Rodríguez, "Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, 2018, pp. 597-614.

<sup>49</sup> STEDH de 24 enero 2017, *Paradiso y Campanelli v. Italy*, 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812.

<sup>50</sup> La propia Instrucción de la DGRN 18 febrero 2019 prevé la posibilidad de acciones judiciales de reclamación de la filiación. En este contexto, aparece un problema de legitimación para presentar la demanda de filiación respecto de una persona fallecida. Será la ley aplicable al fondo conforme el art. 9.4º Cc, la que determine la legitimación: ley de la residencia habitual del hijo; en su defecto, ley de su nacionalidad; y, en su defecto, la ley española. En el caso concreto, se plantea un problema de determinación del punto de conexión respecto de los recién nacidos. Mejor que acudir directamente a la ley española como solución de cierre, parece necesario tratar de identificar una residencia habitual y una nacionalidad. Residencia habitual sería aquella previsible, donde en el futuro se va a establecer el centro de intereses personal y familiar del hijo. Sobre esta problemática, *vid.* L. A. Pérez Martín, "Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones", *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 469-494. Nacionalidad sería, además de la que ya podría ostentar en el Estado de origen, la nacionalidad hipotética que se adquiriría en caso de reconocerse la filiación. Además del problema de legitimación, el tribunal debe ser competente conforme al art. 22. quáter de la LOPJ. Los tribunales españoles lo serán si el hijo va a tener "residencia habitual previsible" en España o adquiriría la nacionalidad española si prosperara la acción y fuera el demandante. Si, como demandante figura una persona distinta al hijo, deberá ser español o residente en España "o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda". La confusa

un vínculo real de parentesco, si el donante era familiar de las partes intencionales.

### III. LA RELACIÓN DE LAS PARTES INTENCIONALES EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CON FECUNDACIÓN PÓSTUMA

#### 1. *Un primer problema perentorio: la entrada en España del menor*

17. La relación de las partes comitentes con el menor responde a una problemática común de toda gestación subrogada, con alguna singularidad añadida por las variables aquí tratadas: la fecundación póstuma y el vínculo de parentesco entre los comitentes y el menor.

El primer problema que se plantea respecto del menor es común a todos los casos de maternidad subrogada y responde a su entrada en España. La singularidad en casos de fecundación póstuma es que la entrada se produce con partes intencionales que en ningún caso son padres biológicos. Sea como fuere, cabe destacar tres cuestiones: la primera actuación ante el Consulado; la situación civil con las partes intencionales mientras no haya inscripción; y el régimen de extranjería aplicable.

Por lo que respecta a la primera actuación ante el Consulado, la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 ha señalado que debe suspenderse la inscripción de la filiación, cuyo expediente solo procede tras la entrada en España. No obstante, a efectos registrales, hubiera sido muy positiva una interpretación más flexible que garantizara la apertura del registro individual del menor por parte de la autoridad consular<sup>51</sup>. Se ha olvidado que debe ser objeto de anotación registral la sentencia o resolución extranjera que afecte al estado civil, “en tanto no se obtenga el executur o el reconocimiento incidental en España”<sup>52</sup>. Por tanto, habría un potencial español en caso de reconocerse dicha resolución. Repárese en que el registro individual no tiene que abrirse necesariamente con el nacimiento,

---

redacción no parece aplicable al caso en el que el demandante sea el hijo que se refiere “al tiempo de interposición de la demanda”.

<sup>51</sup> La principal mención de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC) a los menores no inscritos no resulta aplicable a este caso, ya que está pensada para situaciones de abandono. Así, hay un mandato a las entidades públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores para promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir (art. 48.1º). Por otro, el Ministerio Fiscal promoverá igualmente la inscripción de menores no inscritos (art. 48.2º).

<sup>52</sup> Art. 40.3.5º LRC.

sino con el “primer asiento” que se practique<sup>53</sup>, y la anotación es una clase de asiento<sup>54</sup>, que puede practicar perfectamente el cónsul.

18. Si en el Consulado no se va a practicar ningún tipo de inscripción, la segunda cuestión relevante es qué relación tienen en ese momento los padres intencionales con el menor<sup>55</sup>. Desde la perspectiva de las autoridades españolas, los padres intencionales tendrán la responsabilidad parental mientras estén en territorio extranjero, como ley de la actual residencia habitual del menor, conforme al Convenio de La Haya de 1996<sup>56</sup>. Cuando entren en España con el ánimo de fijar su residencia habitual en territorio español, tendrán la consideración de guardadores de hecho mientras se abre el expediente de inscripción y a expensas de su resultado<sup>57</sup>. Y tendrán esa consideración conforme a la ley española, ley de la nueva residencia del menor, también de conformidad con el Convenio de La Haya de 1996.

19. La tercera cuestión es el régimen de extranjería a estos efectos. Al no practicarse la inscripción en el Registro Consular, el menor no es español ni tiene pasaporte español<sup>58</sup>. La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 señala que la documentación será otorgada por el país de origen. Una presunción de la autoridad española que no puede garantizar que se cumpla, aunque también es cierto que, el Estado de nacimiento, si de verdad es garantista con el menor, debería proveer dicha documentación. A partir de ahí, no hay una base legal clara para que ese menor, todavía extranjero, entre en territorio español con un guardador de hecho español. Podría

---

<sup>53</sup> Art. 5.2º LRC.

<sup>54</sup> Art. 38 LRC. Justo a continuación se podría hacer una segunda anotación: las actuaciones tutelares, otras figuras tuitivas, el acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho, cf. art. 40.3.8º y 9º LRC.

<sup>55</sup> Vid. A. V. M. Struycken, “Surrogacy, a new way to be a mother? A new Pil Issue?”, en K. Boele-Woelki y otros (eds.), *Convergence and divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Schulthess, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357–372, esp. pp. 366–367, sobre el riesgo de desamparo del menor, por las discrepancias entre el Estado de origen y el de destino.

<sup>56</sup> Art. 16 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, BOE 2.12.2010.

<sup>57</sup> Vid. arts. 237 ss Cc. La guardia de hecho da a la autoridad judicial la posibilidad de requerir información y establecer medidas de control y vigilancia; también puede derivar en la atribución judicial de facultades tutelares y en un posible acogimiento. En la doctrina, vid. P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución” en *Iguales y Diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465–516, § 29 (versión consultada de academia.edu), quien ya tempranamente advirtió la necesidad de reconocer cierta relación de custodia con las partes comitentes mientras se regularizaba su situación en España.

<sup>58</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN 14 y 18 de febrero de 2019)”, *REEL*, vol. 37, 2019, pp. 23–30, esp. pp. 28–30.

aplicarse por analogía la Instrucción de la Dirección General de Inmigración de 31 de mayo de 2005, diseñada para la venida a España de menores extranjeros adoptados o con resolución de tutela con fines de adopción, respecto de menores con pasaporte de su país de origen por no haber sido inscrito en el Registro Civil Consular<sup>59</sup>. Hay claras similitudes entre el supuesto regulado en esa Instrucción y la entrada de menores en el marco de la gestación subrogada, dado que existe una resolución de filiación en el Estado de origen que faculta la salida de su territorio.

## 2. *El no reconocimiento de la filiación por naturaleza de las partes intencionales*

### A) El margen de actuación de los Estados en la gestación subrogada con fecundación póstuma

20. De una lectura conjunta de la jurisprudencia del TS y del TEDH cabe concluir que hay un margen de actuación de los Estados amplio en el caso de que, entre los padres comitentes y menor no haya ningún vínculo biológico. En todo caso, debe garantizarse el derecho a la vida familiar con los padres intencionales salvo que, por la corta edad de menor y por la brevedad del tiempo que haya pasado con los padres comitentes, no haya un daño irreparable por el no reconocimiento de ninguna medida<sup>60</sup>. Este margen es muy reducido cuando hay un vínculo biológico con el padre fallecido que, además, es padre de intención. En estos casos, como ya se ha señalado, procede el reconocimiento de una filiación por naturaleza a favor de este.

Lamentablemente, el TEDH todavía no se ha pronunciado sobre el margen de actuación de los Estados en este tipo de casos en los que no hay un vínculo biológico directo entre los padres intencionales y el menor, pero sí de este con un familiar donante fallecido. No parece obligado reconocer un vínculo de filiación con los padres intencionales, pero sí establecer alguna medida que permita que el menor, como respeto a su vida privada, pueda tener alguna relación con las partes comitentes, en tanto que son miembros de su familia biológica. Ello obligaría, como ya se ha señalado, a un previo reconocimiento de la filiación biológica respecto del padre

<sup>59</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, "La "crisis" de la gestación...", *loc. cit.*, p. 29, nota 47, sobre las dificultades de este planteamiento. No parece aplicable el Real Decreto 116/2013 de 15 de febrero, sobre expedición de pasaporte provisional y salvoconductos (BOE 23.2.2013), por centrarse en ciudadanos españoles o extranjeros solicitantes de protección internacional. Vid. la STSJ Madrid 13 marzo 2017, ECLI:ES:TSJM:2017:1247.

<sup>60</sup> Vid. la ya citada STEDH 24 enero 2017, *Paradiso y Campanelli v. Italy*.



donante, para, a partir de ahí, reconocer el parentesco de las partes intencionales.

## B) Concreción en la UE y en España

21. La jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca que la filiación subrogada de padres intencionales que no son biológicos y que residen en España vulnera el orden público español<sup>61</sup>; y este planteamiento es compatible con la jurisprudencia del TEDH, circunscrita a casos en los que el padre biológico es padre intencional<sup>62</sup>. El TS ha dejado a salvo una eventual atenuación del orden público por razones espaciales, respeto de padres intencionales españoles que residen en Estados donde esta práctica está admitida<sup>63</sup>.

Pese a la rotundidad con la que se ha pronunciado el TS sobre la vulneración del orden público, los recientes casos han reabierto o visibilizado la aplicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral

---

<sup>61</sup> Vid. principalmente, los ya citados STS 6 de febrero de 2014; ATS de 2 de febrero de 2015; y STS 31 de marzo de 2022. En la doctrina, vid. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, "Hijos made in California", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 3, 2009, *Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411; L. Álvarez de Toledo Quintana, "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 2, 2014, pp. 5-49. Vid. otra visión en M. Atienza Rodríguez, "De nuevo sobre las madres de alquiler", *Notario del Siglo XXI*, n.º 27, 2009, pp. 52-56 (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/1446-de-nuevo-sobre-las-madres-de-alquiler-0-45517130145353385>); A. Moreno Sánchez-Moraleda, "La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español", *Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2014, pp. 189-215, esp. pp. 209-211.

<sup>62</sup> Vid. A. Durán Ayago, "Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución", *Bitácora Millenium DIPr*, n.º 2, 2015, pp. 1-16. Vid. también, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, 2015, pp. 45-113, en relación con las distintas formas de interpretar el orden público en la jurisprudencia del TEDH y del TS. En el ámbito comparado, vid. C. Mayer, "Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen" *RabelsZ*, n.º 3, vol. 78, 2014, pp. 551-591, esp. pp. 572 ss; B. Lurger, "Das österreichische IPR bei Leihmutterchaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterchaftsverbot", *IPRax*, n.º 3, vol. 33, 2013, pp. 282- 288; y H. Fulchiron, y C. Guilarte Martín-Calero, "L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille. À propos de la décision du Tribunal Supremo espagnol du 6 février", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2014, pp. 531-558, estos últimos refiriéndose al equilibrio de la jurisprudencia española frente al desequilibrio de la práctica francesa.

<sup>63</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, "Efectos en España de la gestación...", *loc. cit.*, pp. 313-317.

de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>64</sup>, tras remisión de la Instrucción de 18 de febrero de 2019<sup>65</sup>. La Instrucción de 2010 trató de resolver con valentía el grave problema que se estaba planteando en los registros consulares cuando no había desarrollo normativo y jurisprudencial, y lo hizo con un posicionamiento favorable al reconocimiento de la filiación por sustitución, siempre que se garantizaran los derechos de la madre gestante y el interés superior del niño<sup>66</sup>. Más allá de esos controles, no había un control del orden público ni de la idoneidad de las partes intencionales<sup>67</sup>.

22. Sin embargo, la vigencia y aplicación de la Instrucción de 2010, como todavía sostiene el centro directivo a día de hoy<sup>68</sup>, resulta sumamente dudosa trece años después<sup>69</sup>. Por mucho que formalmente no ha sido derogada, materialmente una serie de acontecimientos la vacían de contenido. Se trata de una Instrucción dictada anterior a todo pronunciamiento del TEDH y, por tanto, ajena a su planteamiento esencial,

---

<sup>64</sup> BOE 7.10.2010.

<sup>65</sup> En particular esta Instrucción apunta que las solicitudes de inscripción “no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010”.

<sup>66</sup> Vid. sobre el papel forzado de la DGRN, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, 2011, pp. 247–262; A. Durán Ayago, “Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 575–582, pp. 578 y ss. Ciertamente, la Instrucción exigía una resolución judicial, como garantía de los intereses del menor y de los derechos de la madre gestante, si bien obviaba cualquier referencia al control de idoneidad de los padres comitentes. Al tiempo, distinguía entre resolución judicial en un procedimiento contencioso, sometida a las reglas generales de reconocimiento, y resolución judicial en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, al que dotaba de un reconocimiento incidental con unas condiciones específicas. Para un balance de su aplicación, vid. I. Heredia Cervantes, “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC*, t. LXVI, 2013, pp. 687–715; S. Álvarez González, “Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa”, en Cristina Pellisé (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 61–74 (versión consultada de academia.edu); A. Álvarez Rodríguez y D. Carrizo Aguado, “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado española la luz de la STS 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaría*, nº. 2, 2014, pp. 59–75.

<sup>67</sup> Vid. M. Presno Linera y P. Jiménez Blanco, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, 2014, pp. 9–44, esp. pp. 24–26.

<sup>68</sup> Vid. [https://administracion.gob.es/pag\\_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/gestacion-sustitucion.html#-7f7a2c82e98e](https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/gestacion-sustitucion.html#-7f7a2c82e98e) (consultada el 30 de junio de 2023).

<sup>69</sup> Vid. S. Vilar González, “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, pp. 815–823.

construido en torno al padre biológico que también es intencional. Además, la interpretación del orden público y la necesidad de controlarlo han sido hecha por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en tres pronunciamientos posteriores, que desplazan ese posicionamiento favorable de la Dirección General<sup>70</sup>. Pero quizá el dato más importante es que esta Instrucción fue dictada sobre la base de una normativa hoy ya derogada en su totalidad y sustituida por una nueva Ley de Registro Civil<sup>71</sup>, una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria<sup>72</sup> y una nueva la Ley de cooperación jurídica internacional<sup>73</sup>. En todas estas normas se prevé un control del orden público<sup>74</sup>. A mi juicio, lo que procede en el presente momento es que la Dirección General correspondiente dicte una instrucción de mera recapitulación de jurisprudencia del TEDH y de la concreta aplicación al caso de la LRC, a través de la cual derogue ya formalmente la Instrucción de 2010, que carece de rango normativo para apartarse de la jurisprudencia y normativa existente.

23. También cabe plantearse cómo incidiría un futuro Reglamento europeo sobre filiación<sup>75</sup>. *Prima facie*, no habría grandes cambios a lo ya

---

<sup>70</sup> *Vid.* los ya citados STS 6 de febrero de 2014; ATS 2 de febrero de 2015; y STS 31 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1153. Esta última Sentencia, la más reciente, reitera que sí debe controlarse el orden público español y que en el caso debe considerarse una manifiesta vulneración del mismo. Se trataba de una maternidad subrogada en México, con material genético masculino desconocido, y en el que el abuelo pretende que la parte comitente, madre legal en México y de nacionalidad mexicana, sea la madre biológica en España por posesión de estado (no por reconocimiento de la resolución extranjera). Para una valoración de esta Sentencia, *vid.* S. Álvarez González, “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS 31 de marzo de 2022”, *La Ley*, nº 10069, 16.5.2022 (paginación electrónica).

<sup>71</sup> Ya citada. En una comparativa entre los controles de la Instrucción y de la LRC respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, se observan puntos en común en los aspectos menos problemáticos: la regularidad y la autenticidad de los documentos; la competencia del juez de origen basada en criterios equivalentes a los de la legislación española; la garantía de los derechos procesales; o la exigencia de que las resoluciones de jurisdicción voluntaria sean firmes o definitivas. Pero el único verdadero punto divergente entre Instrucción y LRC es el fundamental en la materia: el control de la vulneración del orden público. La LRC claramente exige que la resolución no vulnere “manifiestamente” el orden público español, mientras que la Instrucción no mencionaba como tal el control del orden público español. O, mejor dicho, aparecía reducido al control de la vulneración de los derechos procesales de las “partes”, del interés superior del menor, y de los derechos y garantías de la madre gestante (en particular, que hubiese prestado un consentimiento libre, voluntario, sin error, dolo o violencia, emitido por persona capaz). Ese control, que se puede llamar reducido, permitía la inscripción de la filiación por maternidad subrogada en un número importante de casos.

<sup>72</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE 3.7.2015.

<sup>73</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE 31.7.2015.

<sup>74</sup> Sobre el encaje de la gestación subrogada en la LRC, *vid.* I. Heredia Cervantes, “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”, *BIMJ*, nº 2179, 2015, pp. 339–396, esp. pp. 385–389.

<sup>75</sup> Antes citada.

expuesto. La Propuesta de Reglamento no regula expresamente la gestación por sustitución, más allá de una mención a la doctrina del TEDH en el considerando 18, que parece una declaración de intenciones de mantener el *status quo* actual<sup>76</sup>. Por otra parte, en la Propuesta, toda resolución se puede dejar de reconocer si vulnera manifiestamente el orden público del Estado miembro de destino<sup>77</sup>. Además, la Propuesta solo afecta a resoluciones de Estados miembros, donde la gestación subrogada todavía no es predominante<sup>78</sup>.

No obstante, y aunque todavía sea pronto para valorarlo, en una lectura más profunda, no puede descartarse un mayor impacto. Por un lado, la vulneración del orden público debe ser manifiesta y siempre en función del interés del menor; y se ha destacado que el no reconocimiento de la gestación por sustitución impide una identidad única del menor que obstaculiza la libre circulación de personas<sup>79</sup>. Por otra parte, se ha apuntado

---

<sup>76</sup> Vid. S. Álvarez González, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una Presentación Crítica”, *Revista de Derecho Civil*, nº 3, 2023, pp. 71–100, esp. pp. 196.

<sup>77</sup> Vid. S. Álvarez González, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación...”, *loc. cit.*, esp. pp. 195–197.

<sup>78</sup> Para una visión de Derecho comparado, *vid.* K- Trimmings y P. Beaumont, “General Report on Surrogacy”, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 439–550; y, por países, E. Dias Oliveira, “A gestação de substituição e o direito internacional privado. A realidade portuguesa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, pp. 45–57; L. A. Pérez Martín, “Estudio comparado de la excepción de orden público internacional en la gestación por sustitución entre la República Checa y España”, en C. Lasarte Álvarez (dir.), *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Madrid/Barcelona, Dykinson, 2021, pp. 315–331. En el ámbito iberoamericano, *vid.* L. B. Scotti, “El reconocimiento extraterritorial de la ‘maternidad subrogada’: una realidad colmada de Interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, pp. 267–289, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>.

<sup>79</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, “Identidad familiar y maternidad subrogada”, en P. Rodríguez Mateos (dir.), *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters, 2018, pp. 96–107, esp. p. 106; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “El caso de Ana Obregón...”, *loc. cit.*; y, más en general, desde la perspectiva de Derechos Humanos, Kinsch, P., “Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law”, en Boele-Woelki, K. y otros (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Eleven International Publishing, 2010, pp. 259–275; C. Campiglio, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, nº 3, vol. XLV, 2009, pp. 589–604; S. Tonnolo, “La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, nº 1, vol. L, 2014, pp. 81–104. En realidad, ello supone un tránsito desde un método de ley aplicable a otro de reconocimiento, *vid.* I. Petrelli, “Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2015, pp. 559–578, esp. pp. 573–576. *Vid.* como germen de esta jurisprudencia de la UE, la STJCE 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, *García Avello*, ECLI:EU:C:2003:539, continuada por la STJCE

que tal vez la Propuesta debería extenderse a resoluciones de Estados miembros, que reconocen resoluciones de terceros Estados, donde puede ser frecuente esta práctica de gestación por subrogación; y ello en la medida en que se vean afectadas libertades de la UE de un ciudadano de la UE<sup>80</sup>.

Lo expuesto pone de manifiesto las dudas del modelo normativo de la Propuesta, al tratar de regular la maternidad subrogada sin ni siquiera mencionarla, a diferencia del modelo planteado por el Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya, que aboga por un instrumento general sobre la filiación y otro concreto, un protocolo, específico en materia de gestación subrogada<sup>81</sup>.

## 2. La adopción internacional de hijos póstumos como solución supletoria

### A) Lógica internacional

24. La adopción se ha convertido en la solución supletoria al no reconocimiento de la filiación por naturaleza de la gestación subrogada, tanto en la jurisprudencia del TS, como en la del TEDH, para las partes intencionales distintas al padre biológico<sup>82</sup>. Para ello, es preciso que “el

---

14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, *Grunkin y Paul*, ECLI:EU:C:2008:559. Proyectada en la determinación de la filiación, *vid.* la STJUE 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, *Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”*, ECLI:EU:C:2021:1008, que obliga a reconocer el documento de un Estado miembro que fija la filiación por una pareja del mismo sexo, en la medida en que afecte a la libre circulación y residencia de un ciudadano de la UE. *Vid.* no obstante, y entre otras, la STJUE 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806, recordando que son oponibles al ejercicio de la libre circulación de personas motivos de orden público, si resultan necesarios y proporcionados.

<sup>80</sup> Cf. S. Álvarez González, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación...”, *loc. cit.*, pp. 193-195.

<sup>81</sup> Experts’ Group on the Parentage / Surrogacy Project, “Final Report: The feasibility of one or more private international law on legal parentage”, Prel. Doc. nº 1, 1 de noviembre de 2022, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>. Sobre estos trabajos, *vid.* A. Durán Ayago, “Los trabajos en el seno de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución”, *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 31, 2020, pp. 1-51 (versión consultada de academia.edu); y, sobre la conveniencia de un instrumento internacional, K. Trimmings y P. Beaumont, “International surrogacy agreements: and urgent need for legal regulation at the international level”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, 2011, pp. 627-647; H. Baker, “A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There Lessons to be Learnt from the 1993 Hague Inter-country Adoption Convention”, *International Surrogacy Arrangements...*, *op. cit.*, pp. 411-426.

<sup>82</sup> En la doctrina, *vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *loc. cit.*, § 29, ya tempranamente apuntando esta solución. Más recientemente, *vid.* S. Álvarez González, “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español...”, *loc. cit., passim*, en referencia a ciertas incongruencias del TS, al

*procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”*<sup>83</sup>.

Es verdad que esta jurisprudencia se construye respecto de la pareja de un padre comitente que también es padre biológico, *in casu* fallecido, y que el Tribunal ha declarado que, para otros casos, deberá desarrollar su jurisprudencia<sup>84</sup>. Pero debe destacarse la oportunidad de la adopción en esta materia, en tanto que es una realidad jurídica que no contradice la realidad biológica, que, además, se orienta a la protección del menor. Una medida de protección adaptable a nuevas realidades como la gestación subrogada: a la clásica protección del menor frente al desamparo, la adopción en este contexto sirve como protección de la vida familiar del menor<sup>85</sup>.

25. A los efectos de concretar en el ordenamiento español esta adopción, aparece un primer problema de aplicación de la Ley de adopción internacional (en adelante LAI)<sup>86</sup>, referida a un menor que “sea considerado adoptable por la autoridad extranjera competente”<sup>87</sup>. Literalmente, en el

---

hacer aseveraciones muy duras contra la gestación por sustitución al tiempo que abre las puertas de la adopción de las partes comitentes.

<sup>83</sup> Dictamen consultivo del TEDH de 10.4.2019, P16-2018-001, en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente. En este mismo sentido, *vid.* STEDH 6 diciembre 2022, *K.K. and Others v. Denmark*, 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221. En esta Sentencia se declara una violación al derecho a la vida privada de los menores, al no permitir la adopción a la madre intencional. Se consideró irrelevante que, como motivo para denegar la adopción, se esgrimiera existencia de precio en el consentimiento de la madre biológica; también que el Tribunal Supremo danés considerara suficiente la atribución de una custodia compartida, incluso para el caso de separación y divorcio.

<sup>84</sup> § 36 del citado Dictamen consultivo del TEDH. En casos recientes, donde no había vínculo biológico con ninguna de las partes comitentes, el Tribunal no considera estrictamente necesaria la constitución de una adopción, *cf.* STEDH 18 mayo 2021, *Valdis Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland*, 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217. Pero se trata de un caso muy particular, porque los solicitantes de la adopción conjunta se divorciaron antes de la constitución de la adopción, sin reiterar la solicitud de adopción individualmente después del divorcio. Por esta razón, medidas como el acogimiento se consideraron suficientes.

<sup>85</sup> De hecho, hay propuestas de creación de una tercera forma de filiación basada en el proyecto de vida común de dos personas y talmente parece que, de momento, la filiación adoptiva está absorbiendo esta tercera modalidad oculta. *Vid.* D. Cadenas Osuna, “La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea”, *ADC*, t. LXXV, 2022, fasc. I, pp. 69-114, p. 97.

<sup>86</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, BOE 29.12.2007.

<sup>87</sup> Art. 1.2. b) LAI. De hecho, el art. 4.2º.b) de la LAI señala que no se tramitarán ofrecimientos de adopción si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción y que remita a las autoridades españolas la propuesta de asignación con información, en particular, sobre la adoptabilidad del menor. No va a haber ningún ofrecimiento de adopción,

Estado extranjero el menor no se considera “adoptable”, sino hijo biológico de las partes comitentes<sup>88</sup>. En cualquier caso, ante la falta de otras normas, debe aplicarse la LAI a la constitución de la adopción por autoridad española, y superar la literalidad de la norma<sup>89</sup>.

En este contexto, los tribunales españoles serán competentes para constituir la adopción; probablemente concurrirá el foro del adoptante español o con residencia en España, y también sería posible que el adoptante ya fuera español, si el padre biológico tiene esta nacionalidad y se ha reconocido su filiación<sup>90</sup>. Hay un problema en el momento de determinación de la competencia pues se exige estar al momento de ofrecimiento para la adopción, cosa que no ocurre en el caso objeto de estudio<sup>91</sup>. Mucho más dudosa es la competencia de los cónsules españoles para realizar esta adopción. La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 ordena suspender la inscripción en los consulados de las filiaciones por naturaleza de padres intencionales y biológicos, respecto de casos de gestación subrogada. Por extensión, también deberá suspenderse el subsiguiente expediente de adopción respecto de partes intencionales distintas al padre biológico, que queda vetada a los cónsules.

26. Esta adopción se registrará por la ley española, si el adoptando ya tiene su residencia habitual en España o la va a tener como consecuencia del traslado<sup>92</sup>. Es verdad que la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios se rigen por la ley de su nacionalidad, si reside habitualmente fuera de España en el momento de la constitución o si no va a adquirir la nacionalidad española<sup>93</sup>. Pero esta previsión carece de aplicación práctica en la gestación subrogada. Repárese en que la LAI exige la aplicación de la ley nacional del adoptando únicamente cuando se facilite con ello la validez de la adopción en el país de dicha nacionalidad<sup>94</sup>; cosa que no ocurre en la gestación subrogada porque en dicho país de origen, ya hay una filiación a favor de los padres intencionales que en España se presentan como adoptantes. De la misma forma, no deben exigirse consentimientos,

---

como indica el art. 5. Tampoco habrá una relación de personas que se ofrezcan para la adopción (art. 8), ni comunicación entre autoridades de los Estados (art. 9).

<sup>88</sup> Vid. L. Sales Pallarés, “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 326–347, esp. p. 345.

<sup>89</sup> Cf. M. Guzmán Zapater, Mónica, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731–743, esp. p. 742.

<sup>90</sup> Art. 14.1º LAI.

<sup>91</sup> Art. 14.2º. LAI.

<sup>92</sup> Art. 18 LAI.

<sup>93</sup> Art. 19 LAI.

<sup>94</sup> Art. 19.2 LAI.

audiencias y autorizaciones de la ley nacional o de residencia habitual del adoptante o del adoptado, a petición del adoptante o del Ministerio Fiscal. No en vano, ello solo debe hacerse si repercute en el interés del menor y, en materia de gestación subrogada, el punto de partida es que hay un reconocimiento de filiación en el Estado de origen. No se cumple, por tanto, la necesidad de que la toma en consideración de las leyes extranjeras facilite la validez de la adopción en otros países conectados<sup>95</sup>.

## B) Problemas en la aplicación del Derecho material español

27. Como ya se ha destacado, la adopción como solución supletoria a la gestación subrogada se articula fácilmente desde la perspectiva del DIPr. De hecho, deriva en la mayoría de los casos en la aplicación de la ley española. El problema es que el TS no se ha pronunciado sobre si el interés superior del niño y el hecho de que en el extranjero haya una filiación por sustitución deben llevar a una reinterpretación de algunos de los requisitos exigidos por el Derecho español, que podrían impedir la citada adopción. Hay, en mi opinión, tres obstáculos, graduables de menor a mayor intensidad.

28. El obstáculo menor es la posible falta de asentimiento a la adopción por los progenitores del niño. La madre gestante lo habrá dado, si bien no necesariamente a las seis semanas desde el parto<sup>96</sup>. El hecho de que el padre intencional y padre biológico haya fallecido y no conste su asentimiento a la adopción –por ejemplo, en el testamento– tampoco es motivo para negar la posibilidad de adopción<sup>97</sup>. El asentimiento no es necesario si resulta imposible<sup>98</sup>.

29. El obstáculo medio tiene que ver con los requisitos de edad y no es específico del tipo de gestación subrogada aquí analizado. El adoptante debe ser mayor de veinticinco años y, entre adoptante y adoptando, debe haber una diferencia de edad mínima de dieciséis años y máxima de cuarenta y cinco<sup>99</sup>. Este último no debe cumplirse en los casos de filiación póstuma de adopción del hijo del cónyuge o pareja. En el resto de los casos, la

---

<sup>95</sup> Art. 20.a) LAI.

<sup>96</sup> Art. 177.2º Cc.

<sup>97</sup> No han faltado excepciones, por ejemplo, cuando el padre comitente y biológico finalmente no consiente la adopción por su pareja comitente. *Vid.* STEDH, 24 marzo 2022, *A.M. c. Norvège*, 30254/18, ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD003025418.

<sup>98</sup> Art. 177 Cc. De hecho, la orfandad y parentesco por afinidad en tercer grado es una de las adopciones sin propuesta previa.

<sup>99</sup> Art. 175.1º Cc. Repárese que la diferencia de edad puede ser superior en caso de grupos de hermanos o menores con necesidades especiales.



jurisprudencia del TEDH parece obligar a flexibilizar la normativa española en aras de favorecer el respeto a la vida familiar.

30. Entre los obstáculos de mayor importancia, destacaría tres. Dos, genéricos, relativos a que en la adopción no debe mediar pago, cosa que ha podido ocurrir en la gestación por subrogación; y a que debe haber una propuesta previa de la entidad pública, tras la declaración de idoneidad de los adoptantes. El tercer obstáculo, más específico en el caso de donación de material reproductor de familiar, dado que no es posible adoptar a descendientes (nietos) o a parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad (hermanos) o afinidad (hermanastros, cuñados...)<sup>100</sup>.

En este sentido, el TEDH, en una importante decisión<sup>101</sup>, ya se ha pronunciado sobre que la presencia de un pago no puede ser un obstáculo a la formalización de la adopción para garantizar la vida familiar del menor. El propio TS, al proponer la adopción en estos casos, nunca ha dado a entender que el pago de precio sea un impedimento a su constitución.

31. Por otra parte, la propuesta de la entidad pública, previa declaración de idoneidad adoptantes, no se precisaría en casos de adopción de huérfano y pariente en tercer grado por consanguinidad o afinidad, o del hijo biológico de la pareja, *in casu*: el padre biológico e intencional fallecido. Tampoco, si ha existido una tutela o guarda con fines de adopción por más de un año por parte de las partes intencionales<sup>102</sup>. Para el resto de casos, ni el TS ni el TEDH se han pronunciado sobre si la declaración de idoneidad y la propuesta previa de la entidad deben ser o no exigidas.

Algo similar ocurre con el impedimento relativo a la no adopción de determinados familiares. De la jurisprudencia del TEDH no parece desprenderse que deba primar una verdad jurídica basada en la filiación, por encima de una verdad biológica basada en el vínculo real de otro parentesco. No hay ninguna sentencia concluyente del TEDH que permita deducir, por ejemplo, que, para el respeto a la vida privada de un menor, es mejor reconocer a la parte comitente como madre que como abuela, si este es su verdadero parentesco biológico. Los Estados parecen tener un margen de apreciación en este sentido. Ese margen podría concretarse en el ejercicio de una acción de reclamación de la paternidad del donante de material

---

<sup>100</sup> Art. 175.3.1º Cc.

<sup>101</sup> *Vid.* la ya citada STEDH 6 diciembre 2022, *K.K. and Others v. Denmark*.

<sup>102</sup> Art. 176.2º Cc. Tampoco se precisa de propuesta previa en caso de adoptandos mayores de edad o menores no emancipados, si bien parece un supuesto alejado al contexto de la filiación subrogada.

reproductor, a partir de la cual se fijaría el parentesco correspondiente de las partes comitentes.

Hay en este planteamiento un problema de control de este tipo de prácticas. Si el padre biológico no es el comitente y, de hecho, no consta la filiación del padre biológico ni la identidad del donante de material reproductor, el Registro Civil o el Ministerio Fiscal no sabrán que los padres intencionales tienen un parentesco biológico con el menor<sup>103</sup>. Cabría exceptuar los casos de notoriedad; también los casos de los propios padres comitentes que no pretenden ocultar esta realidad; y, por último, los casos en los que el padre biológico sí es comitente y figura en el certificado de nacimiento, por lo que es fácilmente identificable la existencia de un parentesco distinto respecto de la otra parte comitente.

### C) Técnicas de flexibilización del Derecho español

32. En el estado actual de la cuestión, y fijada por el TS la doctrina sobre la vulneración del orden público, a los tribunales españoles les corresponde dar un paso más y explicar cómo articular y modular la adopción, como medida supletoria, ante los obstáculos señalados. Con un ánimo puramente especulativo, se presenta alguna de las técnicas que el DIPr podría poner al servicio de la flexibilización del Derecho material español.

33. Desde la perspectiva de la ley aplicable, podría plantearse el juego del denominado “análisis en dos escalones”<sup>104</sup>. La aplicación de la ley española por remisión de la norma de conflicto sería el primer escalón, pero, en un segundo escalón, deberían tenerse en cuenta las circunstancias internacionales del supuesto y que en el Estado de origen hay una filiación entre menor y parte intencional. No cabría una aplicación automática del Derecho español, como si de una adopción interna se tratara, lo que permitiría soslayar obstáculos como el pago de precio o los requisitos de edad antes señalados. De esta forma, el parámetro del interés superior del

---

<sup>103</sup> *Vid.* sobre el anonimato del donante de material reproductor en este ámbito, P. Blanco-Morales Limones, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 1, 2015, pp. 1–16, esp. p. 9.

<sup>104</sup> El conocido como “efecto nacionalizador” de la aplicación de la norma de conflicto. *Vid.* por todos, P. Rodríguez Mateos, “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, vol. XL, 1988–1, pp. 79–126; S. Álvarez González, “Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa”, *ADC*, 1993, pp. 1109–1151, esp. p. 1146; J. C. Fernández Rozas, “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, pp. 7–32, § 20; S. Sánchez Lorenzo, “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Edifer, 2005, t. II, pp. 1765–1786, esp. p. 1766.

menor debe ser interpretado en clave internacional y no puramente nacional<sup>105</sup>.

Este planteamiento del análisis en dos escalones se encuentra, no obstante, con dos problemas. El primero, que no hay en el ordenamiento español base legal para que dicha teoría sea introducida en la aplicación de las normas<sup>106</sup>. El segundo problema es que conduce a un activismo judicial que contraría el tenor literal del Código civil. Ese activismo requeriría una cláusula legal habilitante, sustentada en la jurisprudencia del TEDH<sup>107</sup>, por la cual pueda considerarse que, en determinadas circunstancias, el juez podrá dejar de aplicar los requisitos de la adopción española del CC<sup>108</sup>.

34. Aparte de la lógica de ley aplicable, podría pensarse en una solución práctica y expeditiva basada en la transposición de la resolución extranjera (“adaptación” en términos de la Ley), desde la perspectiva del reconocimiento. Se trataría de no reconocer la filiación por sustitución, pero buscar una equivalencia funcional en la filiación adoptiva. La base sería el art. 44 de la Ley de cooperación jurídica internacional.

“Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español”, *in casu* una filiación por naturaleza respecto de una madre no gestante, “se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares”, *in casu*,

la adopción que tiene efectos de filiación en las mismas condiciones. Se cumpliría, además, la exigencia de que “*tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen*”, pues la adopción produce el mismo efecto que la maternidad subrogada en el Estado de origen: la pérdida de toda vinculación con la madre gestante. Se trata de una interpretación quizá un tanto forzada, pero de gran utilidad. Por un lado, es verdad que se encuentra en la Ley de cooperación y no en la LRC o en la LAI,

---

<sup>105</sup> Vid. J. D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 9–426, esp. p. 333, destacando que debe haber un principio rector que justifique la flexibilización de la aplicación de la *lex causae*.

<sup>106</sup> A lo sumo, puede encontrarse en la LAI una referencia no a esta técnica en sí, sino a objeto y fines que podrían argumentarse a su favor. Así se señala en su art. 2 que “*todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor*”, con la finalidad de “*proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados, considerando también los de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional*”.

<sup>107</sup> Vid. la ya citada STEDH 6 diciembre 2022, *K.K. and Others v. Denmark*.

<sup>108</sup> No deja de ser curioso cómo el art. 23 de la LAI, al regular el orden público internacional, permite dejar de aplicar una ley extranjera en función del interés superior del menor, pero no se plantea el supuesto contrario en el que se flexibiliza la aplicación de la ley española.

pero aquella puede tener un carácter supletorio. Por otro, es verdad que la medida de la resolución extranjera no es *stricto sensu* “desconocida”, si figura como una filiación por naturaleza, pero sí lo es para el caso concreto de la maternidad subrogada.

Este reconocimiento de la resolución en términos de equivalencia permitiría eludir los requisitos de edad para la adopción previstos por la ley española, que no parecen ser orden público internacional. Más dudas puede suscitar el parentesco con el menor que impide su adopción. Ya se ha señalado que el vínculo real y biológico de parentesco quizá tenga prioridad sobre una verdad formal de adopción, siempre y cuando se acompañen de otras medidas, en los términos del apartado siguiente.

35. Mención especial merece una nueva modalidad de resolución extranjera en la que se constituye una “adopción planificada” a favor de los padres intencionales<sup>109</sup>. No procede aquí ninguna transposición de instituciones, pues el juez extranjero ha constituido una adopción y no una filiación por naturaleza. Ahora bien, de nuevo deben flexibilizarse los requisitos de reconocimiento de resoluciones extranjeras, en este caso, previstos en la LAI. Téngase en cuenta que no se cumple el requisito de que exista declaración previa de idoneidad de los adoptantes españoles y residentes en España por la entidad pública española<sup>110</sup>.

### 3. Medidas supletorias sin reconocimiento de filiación póstuma

#### A) Perspectiva de los tribunales españoles

36. Cabría pensar en otras medidas supletorias para reconocer el respeto a la vida familiar, principalmente, la tutela, la custodia<sup>111</sup> y el acogimiento<sup>112</sup>. Estas medidas tendrían encaje si no se ha podido establecer

---

<sup>109</sup> Por ejemplo, la Sección 63.213 de los *Florida Statutes* regula la posibilidad de una adopción planificada, en la que existe un acuerdo entre madre gestante y partes intencionales, finalmente aprobada por un juez (*vid* el texto en <https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2014/0063.213>, consultado el 31.8.2023).

<sup>110</sup> Art. 26.3<sup>o</sup> LAI.

<sup>111</sup> *Vid.* la ya citada STEDH 6 diciembre 2022, *K.K. and Others v. Denmark*. No hay violación de la vida familiar desde el momento en el que se reconoció la custodia compartida a la madre intencional. En el mismo sentido, *vid.* la Decisión del TEDH 31 mayo 2022, *H c. Royaume-Uni*, 32185/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0531DEC003218520, que no admite el caso y considera suficientes medidas de respeto a la vida privada el establecimiento de responsabilidad parental de los padres comitentes, pese a que uno de esos padres comitentes era el padre biológico.

<sup>112</sup> Entendido como respetuoso con el derecho a la vida familiar, en los casos en los que los comitentes no tienen ningún vínculo biológico con el menor. *Vid.* STEDH 18 mayo 2021, *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland*, 71552/17, antes citada.

una adopción a favor de la otra persona comitente, en los términos anteriormente expuestos.

En caso de que el menor ya resida habitualmente en España, los tribunales españoles serán competentes para estas medidas<sup>113</sup>. Más dudosa es la posibilidad de que los tribunales españoles sean competentes si el menor todavía se encuentra en el Estado de origen. Habrá que demostrar el ánimo de establecer el centro de vida del menor en España y fundamentar la competencia en una futura residencia, aunque el menor nunca haya entrado en territorio español<sup>114</sup>. Los tribunales españoles aplicarán, además, la ley española como ley del foro, salvo que observen otra ley más vinculada, de conformidad con el Convenio de La Haya de 1996<sup>115</sup>. Si hay una filiación póstuma biológica del padre donante del material reproductor, la aplicación de la ley española ofrece una solución óptima para asegurar que el comitente pueda ser tutor. No en vano, la tutela se puede establecer a favor de ascendientes o hermanos, a salvo de lo dispuesto por testamento o documento público<sup>116</sup>. Por ejemplificar alguno de los recientes casos mencionados en la introducción, la madre comitente sería en último caso abuela de la menor y tutora.

## B) Perspectiva del Estado de origen

37. Los tribunales del Estado de origen difícilmente adoptarán una medida expresa en el sentido indicado, dado que, conforme a su ordenamiento, hay una verdadera filiación con los efectos inherentes a esta en el ejercicio de la responsabilidad parental. En aquellas ocasiones en las que la sentencia extranjera haga un pronunciamiento expreso sobre la responsabilidad parental adicional al establecimiento de la filiación, cabría plantearse un reconocimiento parcial<sup>117</sup>. No se reconocería la filiación, pero sí la atribución de responsabilidad parental.

---

<sup>113</sup> Cf. art. 7 Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DO nº L 178 de 2.7.2019. *Vid.* a este respecto, la remisión del art. 32 LAI, en referencia a otras medidas de protección de menores.

<sup>114</sup> *Vid.* L. A. Pérez Martín, "Propuesta de un concepto de residencia habitual...", *loc. cit.*, pp. 469-494

<sup>115</sup> Art. 15 del ya citado Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental. *Vid.* al respecto, el art. 33 LAI en referencia al Convenio.

<sup>116</sup> Art. 213 Cc, aunque de forma excepcional y motivada, el juez puede alterar el orden señalado o prescindir de todas las personas, en interés del menor.

<sup>117</sup> Cf. art. 49 de la Ley de cooperación jurídica internacional.

Cuestión distinta es que la resolución extranjera solo se pronuncie expresamente sobre el establecimiento de la filiación, siendo el resto de efectos establecidos *ex lege*. Una posibilidad a valorar es que la resolución judicial no se reconozca como filiación, pero sí con unos efectos aminorados de medidas de protección del menor. Sería el mismo mecanismo de la transposición–adaptación, visto anteriormente.

#### IV. CONCLUSIONES

1ª. La disposición *mortis causa* de material reproductor localizado en territorio español no puede referirse a una futura gestación por sustitución, ya que su validez (capacidad, consentimiento, fondo y forma) se rige por la LTRHA como ley de policía, que lo impide.

2ª. Dicha disposición no queda regida ni por el Reglamento europeo de sucesiones, ni por el estatuto personal del art. 9.1º Cc, ni por la norma de conflicto sobre filiación del art. 9.4º Cc. Como excepción, el Convenio de La Haya de 1961 sobre forma de la disposición testamentaria resulta aplicable a actos de voluntad sobre material reproductor.

3ª. La viabilidad en el extranjero de la celebración de un contrato de gestación por subrogación y de la utilización de material reproductor *post mortem* depende del sistema jurídico donde se realiza la práctica y donde se encuentra el material reproductor del donante fallecido. Si éste figura como parte intencional, en España se reconocerá la filiación biológica, independientemente de que haya fallecido o de que el uso de su material reproductor no se haya ajustado a lo previsto por la ley española. En cualquier caso, debe desestimarse la solicitud de exportación de material reproductor custodiado en España, si es con un fin de gestación por sustitución.

4ª. Respecto de las partes intencionales, la jurisprudencia del TS es clara sobre el no reconocimiento de la filiación biológica y es compatible con la del TEDH, en tanto que ninguno de ellos sea el padre biológico. La Instrucción de la DGRN de 2010, anterior a la jurisprudencia del TS y del TEDH, y relativa a una normativa hoy totalmente derogada, no tiene rango normativo para contradecir lo expuesto.

5ª. Las partes intencionales, para entrar en España, tendrán la consideración de guardadores de hecho, conforme a la ley española (ley de la nueva residencia del menor). No obstante, se observan carencias graves en lo que respecta al régimen de extranjería para efectuar la entrada. También, respecto de la suspensión de la inscripción en el registro consular;

de hecho, hubiera sido positiva una anotación registral de la resolución extranjera no reconocida, que afecta al estado civil de un menor “potencialmente español”.

6ª. La adopción se ha convertido en la solución supletoria al no reconocimiento de la filiación por naturaleza de la gestación subrogada. El hecho de que el padre intencional y padre biológico haya fallecido y no conste su asentimiento a la adopción no es motivo para negar la posibilidad de adopción.

7ª. Con el fin de adaptar la normativa española de adopción a las exigencias del TEDH, también parece necesario flexibilizar las previsiones sobre ausencia de pago, momento del consentimiento de la madre gestante, y requisitos de edad para la adopción. Esta flexibilización podría hacerse, bien desde la perspectiva de la ley aplicable, a través de un análisis en dos escalones; bien desde la perspectiva del reconocimiento, a través de la técnica de la transposición de instituciones funcionalmente equivalentes.

8ª. Sin embargo, de la jurisprudencia del TEDH no se desprende que una verdad jurídica, basada en la filiación subrogada, deba primar sobre una verdad biológica, basada en la constatación de un vínculo real de otro parentesco, que impide la adopción. A la consideración de este pariente como guardador de hecho, se podría sumar el establecimiento de una medida de protección del menor como la tutela, conforme a la ley española.

9ª. Como valoración final, en España no parece oportuna una regulación general de la gestación subrogada, si con ello se pretende legalizar de una forma genérica esta práctica. En este momento, resulta preferible otro enfoque basado en el desarrollo puntual de nuevas funcionalidades de estructuras clásicas como son: la filiación biológica, respecto del padre intencional y biológico; la filiación adoptiva, respecto de las partes intencionales; y la atenuación del orden público, en la medida necesaria para proteger el interés del menor. Este desarrollo puntual tendría una derivada jurisprudencial, principalmente para interpretar la flexibilización de requisitos de adopción en estos casos. Otra, administrativa, para que la dirección general correspondiente dicte una instrucción, sin excesos, de recapitulación de jurisprudencia del TEDH y de la concreta aplicación al caso de la LRC. Y una última derivada normativa, si acaso, si por tal se entienden alusiones puntuales, que mitiguen el riesgo de activismo judicial.

10ª. Todo ello mientras se despejan las dudas con la Propuesta del Reglamento europeo de filiación, que ha optado por un modelo de regulación poco claro, que pretende regular la gestación por sustitución sin mención alguna, lo que dará lugar a mucha especulación. En cualquier caso, las referencias de la Propuesta en su Preámbulo a la jurisprudencia del

TEDH parecen una declaración de intenciones de mantener el *status quo* actual.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Grieder, H., "Derechos humanos fundamentales y gestación por subrogación en el marco de los nuevos modelos familiares", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 32-44.
- Álvarez González, S., "Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa", *ADC*, 1993, pp. 1109-1151.
- Id.*, "Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa", en Cristina Pellisé (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 61-74 (versión consultada de academia.edu).
- Id.*, "Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución", en M. P. García Rubio (dir.), *Maternidad y Derecho. V Congreso sobre la feminización del Derecho. Carmona V. Santiago de Compostela. 21 y 22 de Septiembre de 2017*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 613-647 (versión consultada de academia.edu).
- Id.*, "Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS 31 de marzo de 2022", *La Ley*, nº 10069, 16.5.2022 (paginación electrónica).
- Id.*, "La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una Presentación Crítica", *Revista de Derecho Civil*, nº 3, 2023, pp. 71-100.
- Álvarez Rodríguez, A. y Carrizo Aguado, D., "Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado española a la luz de la STS 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?", *La Notaría*, nº. 2, 2014, pp. 59-75.
- Álvarez de Toledo Quintana, L., "El futuro de la maternidad subrogada en España. entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 5-49.
- Atienza Rodríguez, M., "De nuevo sobre las madres de alquiler", *Notario del Siglo XXI*, nº. 27, 2009, pp. 52-56 (disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/1446-de-nuevo-sobre-las-madres-de-alquiler-0-45517130145353385>).
- Baker, H., "A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There Lessons to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention", *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 411-426.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., "Hijos made in California", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº. 3, 2009, *Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411.
- Blanco-Morales Limones, P., "Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto", *Bitácora Millenium DIPr*, nº 1, 2015, pp. 1-16.
- Boillet, V. y Akiyama, H., "Statelessness and International Surrogacy from the International and European Legal Perspectives", *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, vol. 27, 2017, pp. 513-534.
- Bollée, S. y Haftel, B., "L'art d'être inconstant - Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2020, pp. 267-283.



- Cadenas Osuna, D., “La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea”, *ADC*, t. LXXV, 2022, fasc. I, pp. 69–114.
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, 2011, pp. 247–262.
- Id.*, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, 2015, pp. 45–113.
- Id.*, “El caso de Ana Obregón y el Derecho Internacional Privado”, <https://www.hayderecho.com/2023/04/17/el-caso-de-ana-obregon-y-el-derecho-internacional-privado/>.
- Campiglio, C., “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, nº 3, vol. XLV, 2009, pp. 589–604.
- Dias Oliveira, E., “A gestação de substituição e o direito internacional privado. A realidade portuguesa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, pp. 45–57.
- Durán Ayago, A., “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 2, 2015, pp. 1–16.
- Id.*, “Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 575–582.
- Id.*, “Los trabajos en el seno de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución”, *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 31, 2020, pp. 1–51 (versión consultada de academia.edu).
- Espinar Vicente, J. M., “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude a la Ley”, en C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 589–604.
- Fernández Rozas, J. C., “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, pp. 7–32.
- Fulchiron, H., y Guilarte Martín-Calero, C., “L’ordre public international à l’épreuve des droits de l’enfant: non à la GPA internationale, oui à l’intégration de l’enfant dans sa famille. À propos de la décision du Tribunal Supremo espagnol du 6 février”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2014, pp. 531–558.
- González Campos, J. D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *R. des C.*, t. 287, 2000, pp. 9–426.
- Guzmán Zapater, M., “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731–743.
- Heredia Cervantes, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC*, t. LXVI, 2013, pp. 687–715.
- Id.*, “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”, *BIMJ*, 2015, nº 2179, pp. 339–396.

- Jiménez Blanco, P., "Identidad familiar y maternidad subrogada", en P. Rodríguez Mateos (dir.), *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters, 2018, pp. 96-107.
- Id.*, "Efectos en España de la gestación por sustitución realizada en el extranjero", en I. Núñez Paz y P. Jiménez Blanco (eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos (Derechos de los menores y maternidad por sustitución)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 301-328.
- Id.*, "La "crisis" de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)", *REEL*, vol. 37, 2019, pp. 23-30.
- Kinsch, P., "Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law", en Boele-Woelki, K. y otros (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Eleven International Publishing, 2010, pp. 259-275.
- Lazcoz Moratinos, G., y Gutiérrez-Solana Journoud, A., "La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo nº 16", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 673-692.
- Lurger, B., "Das österreichische IPR bei Leihmutterchaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterchaftsverbot", *IPRax*, nº 3, vol. 33, 2013, pp. 282-288.
- Mayer, C., "Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen" *RabelsZ*, nº 3, vol. 78, 2014, pp. 551-591.
- Moreno Sánchez-Moraleda, A., "La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español", *Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2014, pp. 189-215
- Orejudo Prieto de los Mozos, P., "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución" en *Iguals y Diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516 (versión consultada de academia.edu).
- Pérez Martín, L. A., "Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones", *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 469-494.
- Id.*, "Estudio comparado de la excepción de orden público internacional en la gestación por sustitución entre la República Checa y España", en C. Lasarte Álvarez (dir.), *El reto de la gestación subrogada: luces y sombras*, Madrid/Barcelona, Dykinson, 2021, pp. 315-331.
- Pertusa Rodríguez, L., "Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, 2018, pp. 597-614.
- Petrelli, I., "Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2015, pp. 559-578.
- Presno Linera, M. y Jiménez Blanco, P., "Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, 2014, pp. 9-44.
- Quiñónes Escámez, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2009, pp. 1-42.

- Rodríguez Mateos, P., "Una perspectiva funcional del método de atribución", *REDI*, vol. XL, 1988-1, pp. 79-126.
- Sales Pallarés, L., "La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 2, 2019, pp. 326-347.
- Sánchez Lorenzo, S., "La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material", en Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos, Madrid, Edifer, 2005, t. II, pp. 1765-1786.
- Scotti, L.B., "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de Interrogantes sin respuestas jurídicas", *Pensar en Derecho*, pp. 267-289, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>.
- Struycken, A.V.M., "Surrogacy, a new way to be a mother? A new Pil Issue?", en K. Boele-Woelki y otros (eds.), *Convergence and divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Schulthess, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357-372.
- Tonnolo, S., "La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore", *Riv. dir. int. priv. proc.*, n.º 1, vol. L, 2014, pp. 81-104.
- Trimmins, K. y Beaumont, P., "International surrogacy agreements: and urgent need for legal regulation at the international level", *Journal of Private International Law*, vol. 7, 2011, pp. 627-647.
- Id.*, "General Report on Surrogacy", *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 439-550.
- Vela Sánchez, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012.
- Vilar González, S., "La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 2, pp. 815-823.