



Capítulo 15. La Reproducción Asistida

Un análisis jurídico exhaustivo de las técnicas de reproducción humana asistida, su evolución normativa en España, y su profunda incidencia sobre las relaciones de filiación en el Derecho Civil.

DERECHO CIVIL · FILIACIÓN · BIODERECHO

Introducción: El Presupuesto Tradicional de la Filiación

El modelo clásico

Cuanto se refiere a la filiación en el Código Civil presupone el acceso carnal entre hombre y mujer — casados o no — como condición necesaria para la existencia de descendencia. El Código no precisa este extremo en ninguno de sus preceptos, ni siquiera con ocasión de las reformas de 1981 el legislador estimó oportuno considerar expresamente el tema de la fecundación artificial o de la reproducción asistida.

El cambio de paradigma

Antes de finalizar la década de los ochenta, la materia se había convertido en una cuestión de necesaria consideración para el jurista, dada la aprobación de las Leyes 35/1988 y 42/1988. Admitida la inseminación artificial y la fecundación in vitro, la descendencia genética o el origen biológico dejan de ser necesariamente determinantes de la paternidad o la maternidad. Los parámetros normativos tradicionales han sido profundamente alterados y los Códigos han de actualizarse sobre cuestiones que no contemplan.

Hito legislativo fundamental

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, representa el punto de referencia legislativo central en la materia, completada por la Ley 3/2007 y la Ley 26/2011 de adaptación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La Distinción entre Maternidad y Paternidad Biológica

La Exposición de Motivos (punto II) de la Ley 35/1988 estableció con claridad los nuevos conceptos:

«Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena: en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su/s óvulo/s (maternidad genética), pero no ambos. Por su parte, la paternidad sólo es genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. En cualquier caso, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo».

Maternidad plena

La madre ha gestado al hijo con su propio óvulo: coinciden maternidad genética y de gestación.

Maternidad de gestación

La mujer sólo aporta la gestación, sin que el óvulo sea suyo. Se le atribuye el mayor rango legal.

Maternidad genética

La mujer aporta únicamente su óvulo, sin llevar a cabo la gestación del hijo.

Paternidad

Sólo puede ser genética, por razones fisiológicas obvias. Puede ser también legal, educacional o de deseo.

Evolución Normativa: Las Leyes Fundamentales



La Ley 35/1988: Finalidad y Técnicas Reguladas

Contexto y objetivo

La Ley 35/1988 admite las técnicas de reproducción humana asistida que permiten superar la eventual esterilidad de la pareja. Su Exposición de Motivos señalaba que en España había unas **700.000 parejas estériles casadas en edad fértil** (10-15% del total), de las cuales un 40% podrían beneficiarse de la FIV-TE y un 20% de la Inseminación Artificial. Existían además 13 bancos de gametos y 14 centros sanitarios autorizados.

La Inseminación Artificial (IA) con semen del marido (IAC) o de donante (IAD) se venía realizando desde hacía años: el primer banco de semen en España data de **1978**, habiéndose producido ya unos 2.000 nacimientos en España y varios cientos de miles en el mundo. La Fecundación In Vitro (FIV) se dio a conocer universalmente en **1978** con el nacimiento de Louise Brown en el Reino Unido, y el primer nacimiento en España tuvo lugar en **1984**.

Técnicas reguladas (art. 1)

El art. 1 de la Ley 35/1988 regula las siguientes técnicas, cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros autorizados por equipos especializados:

- **Inseminación Artificial (IA):** homóloga (IAC, semen del marido/pareja) o heteróloga (IAD, semen de donante).
- **Fecundación In Vitro (FIV)** con Transferencia de Embriones (TE).
- **Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG).**

Críticas doctrinales

No son pocos los autores que ponen de manifiesto la necesidad de reformar la Ley 35/1988, llegando algunos a afirmar su inconstitucionalidad, bien referida a extremos concretos, bien con carácter general, al entender que la materia, por afectar a derechos fundamentales, debería haber sido objeto de ley orgánica. La **STC 116/1999** resolvió la cuestión confirmando la plena constitucionalidad de la Ley.

La Ley 42/1988 y su Sustitución por la Ley 14/2007

Naturaleza complementaria y objeto

La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, tuvo naturaleza complementaria respecto de la Ley 35/1988. Regulaba la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos o de investigación, previniendo la manipulación y el tráfico con los mismos, y posibilitando a la vez la investigación científica, de acuerdo con la dignidad de la persona.

Recurso de inconstitucionalidad y STC 212/1996

La aprobación de la Ley 42/1988 fue seguida por la presentación (31 de marzo de 1989) de un recurso de inconstitucionalidad por 68 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, alegando que la Ley implicaba una patrimonialización de los embriones y fetos humanos, contraria al art. 10 CE. La **STC 212/1996, de 19 de diciembre**, desestimó casi totalmente el recurso, estableciendo que la donación de embriones no implica patrimonialización de la persona, pues se excluye cualquier causa remuneratoria y sólo se prevé respecto de embriones o fetos muertos o no viables.

Sustitución por la Ley 14/2007 de investigación biomédica

Estas materias se encuentran actualmente reguladas por la **Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica**, derogatoria de la Ley 42/1988. La Ley 14/2007 desarrolla los principios y garantías en materia de:

- Investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos.
- Donación y uso de embriones y fetos humanos, sus células, tejidos y órganos.
- Análisis genéticos y biobancos de muestras biológicas.
- Creación del **Comité de Bioética de España**, adscrito al Ministerio de Sanidad, como órgano consultivo en materia de Biomedicina.

Es de destacar particularmente el **art. 3**, que contiene definiciones fundamentales del marco normativo, entre las que destacan las de **preembrión, embrión y feto**.

La Ley 14/2006: Finalidad y Principales Novedades

La **Ley 14/2006**, de 26 de mayo, representa el punto final de la evolución normativa en la materia. Su objetivo central fue la derogación de la Ley 45/2003, que limitaba la producción a un máximo de tres ovocitos por ciclo reproductivo.

Concepto de preembrión (art. 1.2)

Define el preembrión como «embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde».

Diagnóstico genético preimplantacional (art. 12)

Regula expresamente el diagnóstico genético preimplantacional, considerado conjuntamente con la crioconservación como material genético objeto de donación.

Crioconservación (art. 11)

La técnica de crioconservación de gametos y preembriones es considerada para las finalidades reproductivas y terapéuticas permitidas por el ordenamiento jurídico.

Continuidad en materia de filiación

En relación con la determinación de la filiación, la Ley 14/2006 arroja pocas novedades y se limita a reproducir los textos normativos de la Ley 35/1988, generalmente *ad pedem litterae*, pese a proclamar expresamente su derogación total.

- ❏ El autor critica que la Ley 14/2006 no hace otra cosa que repetir lo ya sabido con anterioridad, calificando ello como «una muestra más de la suficiencia y jactancia del legislador contemporáneo». Señala como ejemplo la referencia a la «Constitución Europea» en la prohibición de la clonación, calificándola de «aserto bello y apodíctico, pero cuando menos ridículo».

El Artículo 7 de la Ley 14/2006: Filiación de los Nacidos por TRA

El art. 7 de la Ley 14/2006 ha sido objeto de nueva redacción por la **Ley 3/2007** y posteriormente por la **Ley 19/2015**, pasando a tener el siguiente tenor literal:

«**Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.** 1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos. 2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última 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».

Reforma por Ley 26/2011

El art. 8 de la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, introdujo modificaciones en los arts. 5, 6, 11 y 15 de la Ley 14/2006, ordenando que la información y el consentimiento se lleven a cabo «en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad».

Ámbito territorial de Cataluña

En el ámbito territorial de Cataluña, resultará aplicable el **art. 255, párrs. 8 y 13, de la Ley 25/2010, del CCC (Libro II)**.

Norma general de filiación

Tanto el art. 7.1 de la Ley 35/1988 como el art. 7.1 de la Ley 14/2006 han afirmado siempre que la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos, asegurando la aplicación de la presunción de paternidad del **art. 116 CC**.

La Inseminación Artificial Homóloga

La inseminación artificial homóloga es aquella en que el semen del varón corresponde al de la pareja de la mujer. La doctrina distingue entre inseminación artificial **homóloga** (semen de la propia pareja) e **heteróloga** (semen de un tercero). La temática requiere distinguir además entre pareja matrimonial y convivencia more uxorio, dada la diferencia de normas aplicables en cada caso.

En caso de matrimonio

La inseminación artificial de la mujer casada con semen de su propio marido no presenta particularidad alguna, ni siquiera es considerada expresamente por la Ley 35/1988 ni por la Ley 14/2006. Desde el punto de vista de la determinación de la filiación, el hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida será **hijo matrimonial**, operando la presunción del art. 116 CC. Si la mujer estuviera casada, se precisará además el consentimiento del marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente (art. 6.3).

En caso de convivencia more uxorio

La mujer es fecundada con el semen de su conviviente, presuponiendo el consentimiento de ambos. El art. 8.2 de la Ley 35/1988 — reproducido en idéntico sentido por el art. 8.2 de la Ley 14/2006 — considera «escrito indubitado» el documento extendido ante el centro autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. La filiación paterna extramatrimonial se deduce de dicho consentimiento. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad. Así lo confirma la **Sentencia 277/2014, de 23 de diciembre, de la AP de Alicante**.

La Inseminación Artificial Heteróloga

En la inseminación artificial heteróloga el semen no procede del varón de la pareja, sino de un tercero, a través de los centros autorizados que la propia Ley regula.

En caso de matrimonio (art. 8.1)

El art. 8.1 de la Ley 35/1988 — reproducido en idéntico sentido por el art. 8.1 de la Ley 14/2006 — preceptúa que «ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación». El hijo se considera **hijo matrimonial**, sin que la aportación seminal del donante represente jurídicamente atribución de paternidad alguna.

En caso de convivencia more uxorio (art. 8.2)

Pese a que pueda resultar extraño, el art. 8.2 determina la **paternidad extramatrimonial** de quien consiente la inseminación artificial de su pareja mediante la aportación de gametos de un tercero. El donante carece de protagonismo jurídico alguno y, por supuesto, de responsabilidad en la procreación o gestación del hijo nacido, no obstante haber mediado su aportación seminal.

El anonimato del donante

Una de las claves del sistema es el principio del anonimato del donante (art. 5), quien se limita a depositar su semen mediante «un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado». La revelación de la identidad del donante es claramente excepcional y, aun en los supuestos excepcionales en que proceda, «no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación». Algunos autores consideran este principio directamente inconstitucional, dado que el art. 39 CE establece que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad».



El art. 5.5.2 y 3 de la Ley 14/2006 establece que los nacidos tienen derecho a obtener «información general de los donantes que no incluya su identidad», y que excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo, o cuando proceda con las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto, con carácter restringido y sin publicidad.

La Fecundación Asistida en Supuestos de Inexistencia de Pareja

En principio, el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida se vinculó a la esterilidad de la pareja. Sin embargo, la Ley admite de manera paladina el recurso a estas técnicas por parte de la mujer individualmente considerada, sin necesidad de contar con pareja masculina alguna, solución que el autor califica de «sumamente discutible» y que, a su juicio, «merece un frontal rechazo».

→ Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 (ap. III)

«Desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia, en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente».

→ Art. 6.1 de las Leyes 35/1988 y 14/2006

«Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar». La expresión «toda mujer» recalca que la usuaria no tiene por qué estar casada, ni vivir emparejada, ni ser viuda.

→ Art. 6.1, párr. 2.º, Ley 14/2006

«La mujer podrá ser usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley **con independencia de su estado civil y de su orientación sexual**». Esta previsión confirma definitivamente el derecho de la mujer a ser madre, esté o no sola.

El autor subraya la impropiedad de que el art. 6.3 de la Ley 14/2006 siga hablando del «consentimiento del marido» cuando, a partir de la Ley 13/2005, se ha considerado matrimonio tanto el heterosexual como el homosexual: «¡Qué miras tan cortas las de sus Señorías, que olvidan lo aprobado anteayer, como diría Fray Luis de León!».

Las Parejas de Mujeres y la Filiación

El problema de la doble filiación materna

La discusión en torno a la Ley 35/1988 alcanza de lleno la posibilidad de que, dentro de una pareja homosexual femenina, cualquiera de sus componentes pueda recurrir a las técnicas de reproducción asistida, legitimando que los hijos se desenvuelvan en una familia constituida por dos mujeres, bien en pareja more uxorio, bien en matrimonio (una vez aprobada la Ley 13/2005).

La Ley 3/2007 añadió un tercer apartado al art. 7 de la Ley 14/2006 para facilitar la determinación de la filiación respecto de la mujer casada con la mujer usuaria de las técnicas (que antes necesitaba la adopción del menor). Sin embargo, el precepto exigía a la cónyuge femenina una manifestación ante el Encargado del Registro Civil, previa al nacimiento, que no se exige al cónyuge masculino.

- SAP Baleares 546/2012, de 5 de diciembre

El matrimonio de las mujeres debe ser anterior al nacimiento, y la declaración de asumir la filiación también.

- STS 836/2013 y STS 740/2013

Sobre el ejercicio de acciones de reclamación de filiación no matrimonial en caso de posesión de estado, en relación con niños nacidos por TRA y relaciones de pareja de dos mujeres.

- AP Toledo 11/2012, de 17 de enero

El art. 7.3 de la Ley 14/2006 tiene eficacia meramente registral, sin que establezca presunción de filiación alguna, y por ello no puede utilizarse para solicitar el reconocimiento de una filiación por la vía del art. 131 CC invocando la posesión de estado.

Reforma por Ley 19/2015 y Ley 4/2023

Las críticas reiteradas dieron lugar a una nueva redacción del precepto. El sistema vigente es el establecido en el **art. 44.4, párr. 3.º, de la Ley de Registro Civil**, tras la reforma por la Ley 4/2023 (Ley Trans), que dispone que la filiación del padre o de la madre no gestante se hará constar:

- Cuando conste el matrimonio con la madre gestante y concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho.
- Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que no resulte contraria a las presunciones civiles y no existiere controversia.
- Si la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta, se practicará la inscripción sólo con la filiación materna y se abrirá expediente registral para la determinación de la filiación paterna.

Ya no se exige que el consentimiento sea previo ni que se preste en el Registro Civil; puede plasmarse en el formulario oficial remitido por el centro sanitario.

La Exclusión del Varón Carente de Pareja

El debate doctrinal: ¿paternidad en solitario?

Desde el punto de vista biológico, es perfectamente posible la extracción de un óvulo de la mujer para su crioconservación o para la fecundación in vitro. Inmediatamente después de la aprobación de la Ley 35/1988, la doctrina planteó la posibilidad de que, en paralelo con la situación de la mujer individualmente considerada, quepa también la «paternidad en solitario» o el «derecho del hombre a ser padre solo», dado que también el varón tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y a la paternidad, y podría proporcionar al hijo todas las condiciones para su correcto desarrollo, en igualdad de condiciones que en el supuesto de la mujer sola.

El obstáculo insalvable

El problema viene representado por el hecho indiscutible de que, incluso en el supuesto de que el viudo contara con el material reproductor de su mujer, por obvias razones fisiológicas necesitaría contar con una gestación de sustitución, con una «madre sustituta» y, como veremos, siempre sería considerada madre legalmente la del parto y nunca la mujer previamente fallecida.

Rechazado el fenómeno de las denominadas madres de sustitución o de alquiler, ello supone excluir el derecho del varón a ser padre solo. La conclusión del sistema vigente es clara:

«Se puede ser madre sola pero no padre solo».

La Fecundación Post Mortem

La fecundación post mortem se refiere al hecho de que la mujer, viva, sea objeto de inseminación artificial con el semen de un varón que, en el momento de realizarse la fecundación, se encontrara ya fallecido. Su admisibilidad ha sido objeto de amplia discusión; para algunos autores equivale a que el hijo se vea condenado a nacer y vivir sin padre.

Regla general: prohibición (art. 9.1)

«No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón». Se asimila así al supuesto de los hijos «póstumos».

Excepción: plazo de 12 meses (art. 9.2)

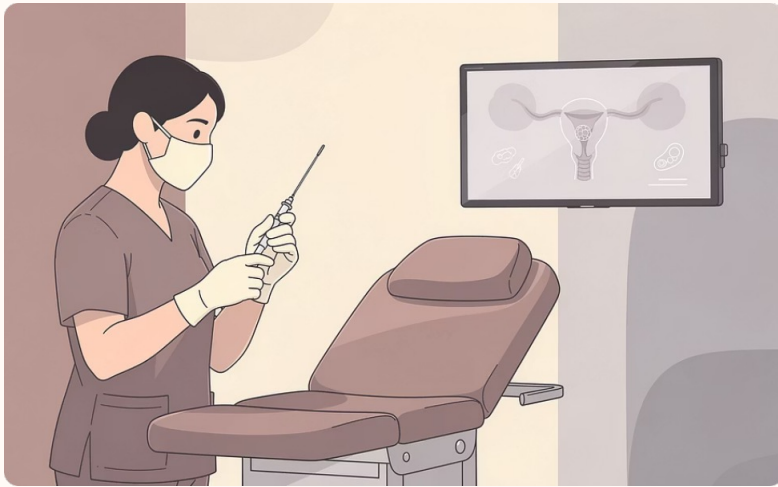
De manera excepcional, mediando el consentimiento del marido, la ley admite la fecundación post mortem durante un plazo de **12 meses** desde el fallecimiento (ampliado desde los 6 meses de la Ley 35/1988). El consentimiento puede prestarse en: documento del art. 6.3, escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas. Es revocable hasta antes de la realización de las técnicas. Se presume otorgado el consentimiento cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de RA ya iniciado por la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento.

Efectos y extensión

Si se respetan las condiciones y el plazo de 12 meses, la generación produce los **efectos legales de la filiación matrimonial**. No cabe suplencia judicial de la voluntad de un incapaz en este ámbito (Auto JPI n.º 13 Valencia, 13 de mayo de 2003). El régimen es extensible a parejas no casadas, según el propio art. 9.

La Fecundación In Vitro y la Maternidad Subrogada

Conseguida clínicamente la fecundación in vitro, en términos jurídicos se habla de **maternidad subrogada** en casos de diversa índole:



Modalidad 1: Cesión del útero

Los embriones no son implantados en la madre biológica/genética, sino en otra mujer que «cede» o «alquila» su útero para continuar el embarazo, bien por razones terapéuticas (la primera mujer no puede llevar a buen término una gestación normal), bien por consideraciones de otro tipo. La madre sustituta no es la verdadera madre biológica, aunque sea quien dé a luz al hijo.



Modalidad 2: Cesión de útero y óvulo

La madre de alquiler cede no sólo su útero, sino también su óvulo, con lo que sería también la madre biológica/genética del nacido, mientras que la «madre contratante» lo sería única y exclusivamente por referencia al varón que ha de considerarse progenitor.

El Rechazo Legal de la Maternidad Subrogada

Argumentos en contra

Algunos autores han puesto de manifiesto que la maternidad subrogada permite la instrumentalización de los más débiles en favor de los económicamente poderosos incluso en la procreación, dado que en la realidad cotidiana no son extraños los casos en que la maternidad subrogada sólo tiene por móvil el dinero. El niño nacido in vitro puede terminar convirtiéndose en algo cercano a un objeto dentro del comercio, conclusión absolutamente atentatoria contra la dignidad humana, como lo es igualmente permitir el alquiler del cuerpo humano de la madre gestante.

La **Directiva (UE) 2011/36/UE**, tras su modificación por la Directiva (UE) 2024/1712, establece que la maternidad subrogada entra en el ámbito de la trata de seres humanos y de su explotación, con respecto a quienes coaccionan o engañan a mujeres para que actúen como madres subrogadas.

Argumentos a favor

Desde la posición contraria se subraya que tales planteamientos son sumamente sectarios y negativistas, pues en sí misma considerada la maternidad subrogada no debe enjuiciarse como algo diabólico o perverso, ni como la sistemática «comercialización del embarazo», ya que también hay casos en que su puesta en práctica se asienta en actos de altruismo o solidaridad familiar o amical. La esterilidad es una situación que debe remediarse si resulta posible y así lo desean los interesados, libre y conscientemente. Se propone que la actitud permisiva es mucho más razonable, aunque deban excluirse los contratos de carácter oneroso.

La prohibición del art. 10 (Leyes 35/1988 y 14/2006)

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

Vías Indirectas para Superar la Prohibición

Pese a la prohibición radical, en la práctica existen algunas vías para que la pareja estéril consiga atribuirse la filiación del nacido in vitro:

01

Consentimiento del varón casado

El varón casado presta su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su cónyuge con sus gametos.

02

Asentimiento de la madre gestante

La madre gestante presta su asentimiento para la adopción una vez transcurridas **seis semanas** desde el parto (art. 177.2.3 CC).

03

Procedimiento de adopción

Puede iniciarse el procedimiento de adopción por parte de la esposa del padre genético, convirtiéndose ésta en madre adoptiva o legal (art. 176.2.2.º CC, supuesto en que no se requiere propuesta de la entidad pública).

❏ La STS 277/2022, de 13 de marzo, recuerda que la comitente puede acudir a la adopción para conseguir la determinación de la filiación, dado que se ha conformado una familia de facto, y que la diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptado de 45 años no tiene un carácter absoluto.

La RDGRN de 18 de Febrero de 2009 y sus Consecuencias

La **RDGRN de 18 de febrero de 2009** es calificada por el autor como «sumamente criticable y criticada por casi todos los especialistas en la materia». De manera incomprensible para la generalidad de los tratadistas, negó al Encargado del Registro Civil la pertinente comprobación de la conformidad con la ley española de los hechos y actos jurídicos que pretendían acceder al Registro Civil, según los arts. 23, 27 y 28 de la Ley del Registro Civil.

Consecuencias de la RDGRN 2009

Sobre tales bases —erróneas para la mayoría—, la Resolución consagró el recurso a las madres de alquiler en el extranjero, dando por buena la determinación de la filiación de un matrimonio de homosexuales (varones) que recurrieron a dicha técnica en California (EE. UU.), pese a que el recurso a dicha técnica está expresamente prohibido en España no sólo por las Leyes 35/1988 y 14/2006, sino también por el **art. 221 del Código Penal**.

Anulación judicial

La sentencia del JPI n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, confirmada por la **SAP Valencia (Sección 10.ª) 826/2011, de 23 de noviembre**, estimó íntegramente la demanda del Ministerio Fiscal impugnando la Resolución de 18 de febrero de 2009 y dejó sin efecto la inscripción por ella ordenada.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010

El Ministro de Justicia (Francisco Caamaño) optó por la vía reglamentaria mediante una Instrucción de 5 de octubre de 2010 (BOE de 7 de octubre), que el autor califica de «contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando», pues pretendía que cuanto la Ley excluye fuera admisible por vía reglamentaria.

La Instrucción de 2010 establecía como requisito previo para la inscripción la existencia de una **resolución judicial firme** sobre la filiación del nacido, dictada por Tribunal competente en el país de origen. Si la resolución era contenciosa, se requería el exequátur; si era de jurisdicción voluntaria, el Encargado del Registro Civil controlaba incidentalmente su reconocimiento. Sin resolución judicial firme, en ningún caso se practicaba la inscripción.

La STS 835/2013 y la Doctrina del Tribunal Supremo

La **STS 835/2013**, de 6 de febrero de 2014 (Ponente Sr. Sarazá) fijó doctrina anulando la inscripción de nacimiento ordenada inicialmente por la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, en lo que se refiere a la filiación de los niños a favor de los padres comitentes.

Fundamento de la anulación

El TS entendió que, aunque el interés superior del menor tiene un valor primordial, ha de ponerse en consideración con otros bienes jurídicos: el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, e impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

Vías alternativas señaladas

El TS instó al Ministerio Fiscal a ejercitar las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores (si alguno de los recurrentes fuera padre biológico, podría determinarse la filiación paterna respecto de aquél) y para su protección, tomando en consideración la efectiva integración en un núcleo familiar «de facto». Figuras como el acogimiento familiar o la adopción permitirían la formalización jurídica de dicha integración.

Voto particular

Cuatro Magistrados de la Sala 1.^a presentaron voto particular en contra, al entender que debía mantenerse la inscripción de nacimiento y de filiación a favor de los padres por sustitución.

El TEDH y las Sentencias de 26 de Junio de 2014

Casos Mennesson y Labassee contra Francia

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sección 5.^a, dictó el 26 de junio de 2014 dos sentencias (caso Mennesson contra Francia y caso Labassee contra Francia) en las que afrontaba dos supuestos similares al resuelto en España por la STS 835/2013. En ambas, el TEDH estimó que la denegación de la inscripción en el Registro Civil francés de la filiación de los menores nacidos por gestación de sustitución **vulnera el derecho a la vida privada de los hijos**, en cuanto un aspecto esencial de la identidad de una persona es el relativo a su filiación, que en este supuesto se encuentra en una situación de incertidumbre jurídica.

Auto del TS de 2 de febrero de 2015

El Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 rechazó el incidente de nulidad de actuaciones presentado por los progenitores contra la sentencia 835/2013, a la vista de las dos sentencias europeas citadas. El TS rechazó las alegaciones relativas a la infracción de derechos a la tutela judicial efectiva, a la igualdad y a la intimidad familiar, y realizó una consideración detallada de las sentencias del TEDH, exponiendo las razones por las cuales esos criterios no son de aplicación al caso español.

Los mismos cuatro Magistrados que presentaron voto particular en la STS 835/2013 volvieron a emitirlo en este Auto, discrepando respecto de la trascendencia que para el caso español tienen las sentencias del TEDH de 2014 y la del mismo Tribunal de 27 de enero de 2015 (caso Paradiso y Campanelli contra Italia).

La STS 277/2022 y la Instrucción de 28 de Abril de 2025

STS 277/2022, de 13 de marzo

La reciente STS 277/2022 desestimó la determinación legal de la filiación materna en favor de una española comitente (que había sido solicitada alegando posesión de estado), argumentando que el contrato de gestación por sustitución concreto aportado vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales. Recuerda que la comitente puede acudir a la adopción para conseguir la determinación de la filiación, dado que se ha conformado una familia de facto, y que la diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptado de 45 años no tiene un carácter absoluto.

Instrucción DGSJyFP de 28 de abril de 2025

Con el fin de atender a la interpretación del Tribunal Supremo y adecuar el sistema de inscripción a nuestro ordenamiento y a las normas internacionales, la Instrucción de 28 de abril de 2025 ha dejado sin efecto las Instrucciones anteriores de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019, estableciendo que:

- «En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente».
- Las solicitudes pendientes de inscripción no se practicarán.
- Los solicitantes podrán obtener pasaporte y permisos para que los menores puedan viajar a España y, una vez aquí, la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios: filiación biológica y filiación adoptiva posterior.

La Situación Actual: Confusión e Incoherencia del Sistema

La situación actual es sumamente confusa: si se presenta resolución judicial extranjera que declare la filiación en favor de padres españoles, existiendo gestación de sustitución, los Registros Civiles deberían inscribirla en aplicación de la Instrucción de la DGRN de 2010; pero, si dichas inscripciones son impugnadas ante los Tribunales, es muy posible que sean anuladas de acuerdo con los criterios de la STS 835/2013, en un sistema incoherente que hace especialmente urgente proceder a una reforma del sistema, en un sentido o en otro, para garantizar la seguridad jurídica.

❏ A entender del autor, la revisión de la radical prohibición de la maternidad subrogada es precisamente el problema de fondo que ha de ser afrontado en nuestro ordenamiento, tal y como está ocurriendo en otros países de nuestro entorno, pero no mediante «ocurrencias coyunturales» e irreflexivas de incierto futuro, sino a través de la debida modificación normativa, respetando el sistema de fuentes establecido.

En definitiva, si en nuestra cultura el mundo comienza con el libro bíblico conocido como Génesis, resulta que el problema de la infertilidad es también tan antiguo como el propio mundo, pues los primeros pasajes del Génesis nos han legado ya señalados casos de maternidad subrogada: el nacimiento de Ismael (Génesis 16: «Saray, mujer de Abram, no le había dado hijos; pero tenía una esclava egipcia, de nombre Agar. Dijo Saray a Abram: [...] llégate, pues, a mi esclava; quizás yo obtenga hijos por ella») y los nuevos hijos de Jacob (Génesis 30: «Ahí tienes a mi sierva Bilhá. Únete a ella; que dé a luz sobre mis rodillas y tenga también yo un hijo por ella»). Conseguida técnica y científicamente la fecundación in vitro, gracias a las investigaciones del profesor Robert G. Edwards, **Premio Nobel de Fisiología y Medicina 2010**, probablemente sea más razonable admitir la maternidad subrogada a través de la debida modificación normativa.

TABLA-RESUMEN

Supuestos y Efectos en la Filiación (I)

Supuesto técnico	Situación familiar	Normativa principal	Requisitos clave	Efectos en la filiación
Inseminación artificial homóloga (semen del propio marido/pareja)	Matrimonio mujer–varón; Convivencia more uxorio mujer–varón	Ley 35/1988 y Ley 14/2006; art. 6.3; art. 7.1; art. 116 CC	Mujer casada: consentimiento del marido, salvo separación fehaciente. Convivencia: consentimiento del varón ante centro autorizado (art. 8.2). Capacidad de obrar y consentimiento libre, consciente, expreso y por escrito (art. 6.1).	En matrimonio: hijo matrimonial; opera presunción art. 116 CC. En convivencia: filiación paterna extramatrimonial fundamentada en el consentimiento (art. 8.2). Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.
Inseminación artificial heteróloga (semen de donante)	Matrimonio mujer–varón; Convivencia more uxorio mujer–varón	Art. 8.1 y 8.2 Ley 35/1988 y Ley 14/2006; art. 5 (anonimato del donante)	Matrimonio: consentimiento previo y expreso de ambos cónyuges. Convivencia: consentimiento del varón ante el centro (escrito indubitado, art. 8.2). Donación mediante contrato gratuito, formal y secreto con centro autorizado (art. 5).	Matrimonio: hijo matrimonial; marido y mujer no pueden impugnar dicha filiación (art. 8.1). Convivencia: el consentimiento del varón determina su paternidad extramatrimonial, aunque los gametos procedan de un tercero. El donante permanece jurídicamente irrelevante como progenitor.
Donación de gametos / preembriones (anonimato del donante)	Parejas (casadas o no); Mujer sola	Art. 5 Ley 35/1988 y Ley 14/2006; art. 39 CE (investigación de la paternidad)	Contrato de donación gratuito, formal y secreto entre donante y centro. Revelación de identidad del donante sólo excepcionalmente: peligro cierto para la vida o salud del hijo, o exigencias de las leyes procesales penales (art. 5.5.2 y 3 Ley 14/2006).	El donante no adquiere la condición de progenitor: la revelación de identidad, aun en casos excepcionales, no implica determinación legal de filiación. Los nacidos tienen derecho a obtener sólo información general no identificativa del donante (art. 5.5.2). Debate doctrinal intenso por posible tensión con el art. 39 CE.

Supuestos y Efectos en la Filiación (II)

Supuesto técnico	Situación familiar	Normativa principal	Requisitos clave	Efectos en la filiación
Acceso de la mujer sola a técnicas de RA	Mujer sin pareja; Mujer en pareja (hetero u homosexual), pero como sujeto individual de la técnica	Art. 6.1 Ley 35/1988 y Ley 14/2006; EM Ley 35/1988, ap. III; Ley 13/2005	«Toda mujer podrá ser receptora o usuaria». Requisitos mínimos: 18 años cumplidos; plena capacidad de obrar; consentimiento libre, consciente, expreso y por escrito. No se exige estado civil determinado.	Se legitima la formación de una familia sin padre basada exclusivamente en la maternidad de la mujer usuaria. La filiación paterna no se atribuye al donante; sólo la filiación materna queda determinada por el parto, con eventual acceso a filiación de pareja femenina (vía art. 7.3 Ley 14/2006 y art. 44 LRC). Amplio debate doctrinal e incluso alegaciones de inconstitucionalidad.
Pareja de mujeres (matrimonio o convivencia)	Matrimonio mujer–mujer (Ley 13/2005); Pareja more uxorio mujer–mujer	Art. 7.3 Ley 14/2006 (reformas Ley 3/2007 y Ley 19/2015); art. 44.4 LRC 20/2011 (reforma Ley 4/2023); STS 836/2013, STS 740/2013, SAP Baleares 546/2012, AP Toledo 11/2012	Matrimonio previo al nacimiento; manifestación de consentimiento a la determinación de la filiación a su favor. Tras Ley 19/2015 y Ley 4/2023: basta el consentimiento de ambos cónyuges, incluso con separación legal o de hecho; puede prestarse en el formulario oficial remitido por el centro sanitario.	La filiación de la mujer no gestante puede quedar determinada directamente (sin necesidad de adopción) si concurren los requisitos legales. La eficacia del art. 7.3 Ley 14/2006 es esencialmente registral y no crea por sí solo una verdadera presunción de filiación (AP Toledo 11/2012). Cabe aún el ejercicio de acciones de reclamación de filiación no matrimonial fundadas en posesión de estado (STS 836/2013 y 740/2013).
Varón carente de pareja (paternidad en solitario)	Varón solo con material reproductor propio; Hipótesis de varón viudo con gametos/embriones de la esposa fallecida	Ley 35/1988 y Ley 14/2006 (no prevén esta figura); Régimen general de maternidad subrogada (art. 10)	Biológicamente posible la extracción y crioconservación de óvulos y embriones. Pero el varón necesitaría una gestación de sustitución. El sistema español prohíbe la gestación de sustitución (nulidad del contrato, art. 10).	En la práctica, el ordenamiento excluye el «derecho del hombre a ser padre solo». Siempre se considerará madre legal a la mujer que da a luz (criterio del parto), nunca a la eventual progenitora genética fallecida. Se puede ser madre sola, pero no padre solo mediante RA, según el sistema vigente.

Supuestos y Efectos en la Filiación (III)

Supuesto técnico	Situación familiar	Normativa principal	Requisitos clave	Efectos en la filiación
Fecundación post mortem	Matrimonio mujer–varón; Pareja no casada (extensión del régimen por el art. 9)	Art. 9 Ley 14/2006 (antes Ley 35/1988); Auto JPI n.º 13 Valencia 13-5-2003	Regla general (art. 9.1): prohibición de determinar filiación con el marido fallecido si el material no estaba ya en el útero en la fecha del fallecimiento. Excepción (art. 9.2): consentimiento del marido en documento del art. 6.3, escritura pública, testamento o instrucciones previas; utilización del material en los 12 meses siguientes al fallecimiento; consentimiento revocable hasta antes de la técnica; consentimiento presunto si el proceso de RA ya estaba iniciado.	Si se respetan condiciones y plazo de 12 meses, la generación produce efectos de filiación matrimonial. Se amplía el antiguo plazo de 6 meses de la Ley 35/1988. No cabe suplencia judicial de la voluntad del incapaz en este ámbito. Régimen extensible a parejas no casadas según el propio art. 9.
Maternidad subrogada / Gestación de sustitución	Parejas heterosexuales u homosexuales; Comitentes españoles que recurren a gestación en España (prohibida) o en el extranjero	Art. 10 Ley 35/1988 y Ley 14/2006; art. 221 CP; RDGRN 18-2-2009; Instrucción DGRN 5-10-2010 (derogada); Instrucción DGSJyFP 28-4-2025; STS 835/2013; Auto TS 2-2-2015; STS 277/2022; TEDH 26-6-2014 (Mennesson, Labassee)	Nulidad de pleno derecho de cualquier contrato de gestación con o sin precio, si la mujer renuncia a la filiación materna (art. 10.1). La filiación se determina siempre por el parto (art. 10.2). Cabe reclamación de paternidad del padre biológico (art. 10.3). Instrucción 28-4-2025: prohíbe admitir certificación extranjera, declaración con certificado médico o incluso sentencia extranjera como título apto para inscripción de filiación por subrogación.	En España la gestación por sustitución es radicalmente prohibida; la maternidad se atribuye a la gestante. Algunas vías indirectas: determinación de filiación biológica del padre comitente y adopción posterior (arts. 176 y 177 CC; mínimo 6 semanas desde el parto). STS 835/2013: anula inscripción ordenada por RDGRN 2009; prioriza dignidad de la mujer gestante y rechazo de mercantilización. STS 277/2022: rechaza filiación materna de comitente y remite a adopción. Instrucción 2025: consolida la línea de cierre registral directo y remisión a filiación biológica y adoptiva ordinarias.

TABLA DE PLAZOS Y CONSENTIMIENTOS

Plazos, Formas de Consentimiento y Artículos Clave (I)

Materia	Plazos / edades	Forma del consentimiento o acto	Preceptos relevantes
Acceso de la mujer a técnicas de RA	Edad mínima: 18 años	Consentimiento libre, consciente, expreso y por escrito. No se exige estado civil determinado. Con independencia de su orientación sexual.	Art. 6.1 Ley 35/1988; art. 6.1 Ley 14/2006 (segundo párrafo)
Mujer casada (pareja heterosexual)	Sin plazo específico: rige mientras exista el matrimonio no separado	Requiere consentimiento del marido. No exigible si hay separación legal o de hecho fehacientemente acreditada.	Art. 6.3 Ley 35/1988; art. 6.3 Ley 14/2006
Pareja de mujeres (matrimonio)	Matrimonio debe existir antes del nacimiento	Esposa no gestante debe consentir la filiación a su favor. Consentimiento ante el Registro Civil o según art. 44.4 LRC. Tras reformas: puede plasmarse también en formularios del centro sanitario que se remiten al Registro.	Art. 7.3 Ley 14/2006 (reformas Ley 3/2007 y Ley 19/2015); art. 44.4 LRC 20/2011 (reforma Ley 4/2023); SAP Baleares 546/2012
Inseminación heteróloga / donación de gametos	Sin plazo específico para el consentimiento. Donación sujeta a control de centros autorizados.	Consentimiento previo y expreso de los receptores. Donante: contrato de donación gratuito, formal y secreto. Identidad del donante sólo puede revelarse excepcionalmente (vida/salud del hijo o proceso penal).	Art. 5 Ley 35/1988 y Ley 14/2006; art. 5.5.2 y 3 Ley 14/2006; art. 8.1 y 8.2 Ley 35/1988 y Ley 14/2006

TABLA DE PLAZOS Y CONSENTIMIENTOS

Plazos, Formas de Consentimiento y Artículos Clave (II)

Materia	Plazos / edades	Forma del consentimiento o acto	Preceptos relevantes
Fecundación post mortem	Uso del material reproductor: 12 meses desde el fallecimiento. Antes: plazo de 6 meses en Ley 35/1988.	Consentimiento prestado en: documento del art. 6.3; escritura pública; testamento; instrucciones previas. Consentimiento presunto si el proceso de RA ya estaba en curso con preembriones constituidos. Revocable hasta antes de la práctica de la técnica.	Art. 9.1 y 9.2 Ley 14/2006; Auto JPI n.º 13 Valencia 13-5-2003
Adopción tras maternidad subrogada (vía indirecta)	Asentimiento de la madre biológica/gestante: mínimo 6 semanas desde el parto. Límite orientativo de edad adoptante-adoptado: diferencia máxima de 45 años (no absoluta, STS 277/2022).	Asentimiento de la madre gestante tras transcurrir el plazo mínimo. Proceso de adopción ordinario: propuesta o excepción de propuesta de entidad pública (art. 176.2.2.º CC); control judicial de idoneidad y de interés del menor.	Arts. 176 y 177 CC; STS 277/2022, de 13 de marzo
Inscripción registral de nacidos por gestación subrogada	Instrucción DGRN 5-10-2010: vigencia hasta su derogación por Instrucción 28-4-2025. A partir de 28-4-2025: nuevo criterio de cierre.	Instrucción 2010 (ya derogada): exigía resolución judicial extranjera firme (con o sin exequátur) como título para inscripción. Instrucción 28-4-2025: prohíbe como títulos aptos la certificación registral extranjera, la simple declaración + certificado médico de nacimiento, e incluso la sentencia extranjera firme. Remisión a vías ordinarias: filiación biológica y adopción en España.	Instrucción DGRN 5-10-2010 (BOE 7-10-2010); Instrucción DGSJyFP 28-4-2025; STS 835/2013; Auto TS 2-2-2015; STS 277/2022

Síntesis: El Sistema Español ante la Reproducción Asistida



Marco normativo vigente

La Ley 14/2006 es el hito legislativo fundamental, completada por la Ley 3/2007, la Ley 19/2015 y la Ley 4/2023. Las normas sobre filiación del Código Civil siguen siendo aplicables con carácter general (art. 7.1 Ley 14/2006).



Diversidad de supuestos

El sistema regula la inseminación homóloga y heteróloga, el acceso de la mujer sola, las parejas de mujeres, la fecundación post mortem y la fecundación in vitro, con efectos de filiación distintos en cada caso.



Prohibición de la gestación subrogada

El art. 10 de la Ley 14/2006 prohíbe radicalmente la maternidad subrogada. La Instrucción de 28 de abril de 2025 consolida el cierre registral directo y remite a la filiación biológica y adoptiva ordinarias.



Necesidad de reforma

La situación actual es sumamente confusa e incoherente. El autor reclama una reforma normativa seria, a través de la debida modificación legislativa, que respete el sistema de fuentes establecido y garantice la seguridad jurídica.