



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# LA GESTACIÓN SUBROGADA: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Autor: María Gabriela Anitua Galdón

5º E3 A

Derecho Constitucional

Tutor: María Isabel Álvarez Vélez

Madrid  
Abril 2019



## RESUMEN

El presente estudio trata de profundizar en uno de los conflictos más controvertidos hoy en día, es decir la gestación subrogada a la luz del principio del interés superior del niño. En concreto, se plantean las implicaciones legales de esta técnica de reproducción asistida, en relación con el sujeto más vulnerable, es decir el niño. Asimismo, se delimita la temática a través del *iter* jurisprudencial más relevante y el marco normativo vigente.

Si bien, la ausencia de una regulación específica de los efectos de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero ha dado lugar a una problemática muy reciente en cuanto a la filiación de los niños en cuestión, entre otras muchas problemáticas no profundizadas anteriormente.

Por consiguiente, este estudio pretende analizar desde nuestra Constitución, las diversas valoraciones relativas a la mencionada técnica, tratando de alcanzar posturas conciliadoras en un tema de suma complejidad. Con ese fin, se plantean una serie de conclusiones que tratan de dar respuesta a la temática en cuestión, para proteger y garantizar el interés superior del niño.

**Palabras clave:** Constitución, interés del niño, gestación subrogada, técnicas de reproducción asistida, derechos fundamentales, maternidad subrogada, vientres de alquiler, filiación, niños.

## **ABSTRACT**

*This study attempts to delve deeper into one of the most controversial conflicts today, namely the surrogacy in the light of the principle of the best interests of the child. Specifically, the legal implications of the aforementioned assisted reproduction technique are considered in relation to the most vulnerable subject, that is to say the child. Likewise, the topic is delimited through the most relevant jurisprudential cases and the current normative framework.*

*However, the absence of a specific regulation concerning the effects of gestation by substitution carried out abroad has given rise to a very recent problem regarding the filiation of the children in question, among many other problems not previously studied.*

*Consequently, this study seeks to analyze from our Constitution the various valuations relating to the aforementioned technique, trying to reach conciliatory positions on an issue of great complexity. To this end, a series of conclusions are presented that attempt to respond to the issue in question in order to protect and guarantee the best interests of the child.*

**Keywords:** *Constitution, best interests of the child, surrogate motherhood, assisted reproduction techniques, fundamental rights, filiation, children.*

## Tabla de contenido

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>8</b>
1.1 BREVE ACERCAMIENTO A LA TEMÁTICA A CONSIDERAR .....	8
1.2 CONCEPTO DE GESTACIÓN SUBROGADA .....	10
1.3 ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA .....	11
<b>2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO .....</b>	<b>15</b>
2.1 EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO TEÓRICO A LA LUZ DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO .....	15
2.2 CONCRECIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.....	20
2.2.1 Problemática relativa a la inscripción.....	21
2.2.2 Problemática relativa al riesgo existente de la mercantilización de los niños .....	23
2.2.3 Problemática relativa a la cosificación del propio niño y de la reproducción misma .....	25
2.2.4 Problemática relativa a la dignidad del niño y de la madre gestante .....	27
2.2.5 Problemática relacionada con los riesgos relativos a la salud del niño.....	29
2.2.6 Problemática relativa al derecho de los niños a conocer los datos sobre su origen biológico .....	31
<b>3. NORMATIVA EUROPEA: JURISPRUDENCIA EN EL MARCO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>34</b>
3.1 INTRODUCCIÓN .....	34
3.2 JURISPRUDENCIA SIGNIFICATIVA.....	35
<b>4. NORMATIVA ESPAÑOLA CONCERNIENTE A LA GESTACIÓN SUBROGADA.....</b>	<b>39</b>
4.1 LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA .....	39
4.2 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014 Y SUS CONSECUENCIAS ..	45
4.3 CONCLUSIONES DE LA NORMATIVA EXPUESTA Y EL ITER JURISPRUDENCIAL.....	48
<b>5. CONCLUSIONES Y FUTURAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN .....</b>	<b>50</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>59</b>
6.1 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	59
6.1.1 Artículos académicos.....	59
6.1.2 Manuales .....	67
6.2 FUENTES LEGALES.....	68
6.2.1 Normativa internacional .....	68
6.2.2 Normativa europea .....	69
6.2.3 Normativa interna .....	69
6.3 JURISPRUDENCIA .....	70
6.3.1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	70
6.3.2 Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	71
6.3.3 Tribunal Constitucional.....	71

<i>5.3.4 Tribunal Supremo</i> .....	71
<i>6.3.5 Audiencia Provincial</i> .....	71
<i>6.3.6 Juzgado de Primera Instancia</i> .....	72

## LISTADO DE ABREVIATURAS

<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CE</b>	Constitución Española de 1978
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950
<b>C.D.N</b>	Convención sobre los Derechos del Niño
<b>CC</b>	Código Civil
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LOPJ</b>	Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
<b>LOPJM</b>	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
<b>LTRHA</b>	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
<b>RDGRN</b>	Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>STSJ</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<b>STEDH</b>	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TRHA</b>	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1 Breve acercamiento a la temática a considerar

A lo largo del último siglo, se han dado una serie de cambios sociales de suma relevancia, sobre todo uno en particular, de gran impacto para la evolución de la humanidad: el complejo cambio de la familia<sup>1</sup>. En esta línea, cabe destacar que la familia tiene un valor esencial como institución, ya que propugna un espacio de transmisión de tradiciones, vivencias y cultura que requiere la protección por parte de los poderes públicos<sup>2</sup>. Efectivamente, el reconocimiento constitucional de la familia proviene del propio Estado social en lo que concierne a su papel asistencial fundamental<sup>3</sup>.

A tenor de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012, existe un interés público evidente en la protección de la familia y la protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos. Asimismo, el criterio a considerar en la decisión judicial en cuanto a las relaciones paterno filiales, es, teniendo en cuenta las circunstancias determinantes de cada caso, el interés prevaleciente del niño en ponderación con el de sus progenitores, que a pesar de ser de inferior rango, no es desdeñable<sup>4</sup>.

Antiguamente, la genuina opción de convivencia entendida era el matrimonio, que ha dado paso hoy en día a familias estructuradas de forma completamente divergente, como por ejemplo a familias monoparentales, parejas de hecho y demás configuraciones de estructura familiar<sup>5</sup>.

Como señala De Montalvo: “si partimos de que la familia es, como apuntara Díez-Picazo y Ponce de León, un producto evidentemente cultural y no necesariamente

---

<sup>1</sup>Rothenbacher, F., “Social change in Europe and its impact on family structures”, en Eekelaar, J. (ed.),

<sup>2</sup> Álvarez Vélez, M. I., “La familia en el contexto constitucional español”, en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2016, p. 220.

<sup>3</sup> Roca Trias, E., “Familia, familias y Derecho de familia”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, n. 4, 1990, pp. 1055-1056.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre 185/2012 (JF4).

<sup>5</sup> Álvarez de Toledo, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 6, n. 2, 2014, pp. 5-49; y Tena Piazuelo, I., “La nueva familia y el nuevo derecho de familia español”, *Nuevo Derecho*, vol. 7, n. 9, 2011, p.79.



natural, la Constitución ha de ofrecer un concepto abierto y adaptado a la realidad social”<sup>6</sup>.

La aludida transfiguración externa e interna del modelo de familia, se ha manifestado también por el propio desarrollo tecnológico, permitiendo al hombre llevar a cabo la manipulación sobre la evolución de la especie humana<sup>7</sup>.

No obstante, para muchos dicho cambio puede suponer un grave peligro, así como una frontera peligrosa que no ha de sobrepasarse; mientras que para otros, representa el progreso necesario plasmado como horizonte esperanzador.

En este contexto, se integra la gestación subrogada, uno de los interrogantes más complejos, debido a su impacto concerniente a la procreación, así como a las relaciones derivadas de la maternidad y la filiación.

Por consiguiente, por primera vez en la historia se plantea la disociación del proceso de gestación con respecto a la propia maternidad<sup>8</sup>. En concreto, en España existe un avivado debate sobre su regulación. Por eso, es un tema de suma relevancia, y más aún teniendo en cuenta la situación actual de varias familias españolas en Ucrania (febrero 2019).

La complejidad de la técnica de reproducción analizada, precisa una breve aclaración, para comprender lo que se entiende bajo dicho concepto, que se va a introducir a continuación.

---

<sup>6</sup> De Montalvo, F., “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, *PONENCIAS*, vol. 27, 2017, p. 36.

<sup>7</sup> “Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” (disponible en [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.002.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf); última consulta 26/02/19).

<sup>8</sup> *Ibidem*.

## 1.2 Concepto de gestación subrogada

La gestación subrogada es un término sumamente complejo debido a las distintas modalidades en las que puede presentarse, así como las implicaciones que suscita. A tenor de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, de reproducción humana asistida, es definida como “la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”<sup>9</sup>.

Según la doctrina, dada la amplitud de casuística posible, se pueden distinguir varios supuestos de gestación subrogada. Bellver establece la clasificación por medio de varios criterios: en función de la finalidad de la propia gestante, las condiciones que surgen en la entrega del niño, el origen de la procedencia genética, los padres legales resultantes de la gestación subrogada, el motivo que conlleva a la subrogación, la localización de los implicados en el caso a tratar y la relación jurídica existente entre los denominados comitentes y los gestantes<sup>10</sup>.

Para que tenga lugar el proceso de gestación por medio de subrogación, es preciso un apoyo técnico ya mencionado, gracias al avance de la propia medicina y, por otro lado, un apoyo jurídico a través del propio contrato de gestación subrogada; que tiene como fin unir a los padres comitentes motivados por su intencionalidad procreadora, con una mujer que gesticione dentro de su útero el material genético requerido, para poder alumbrar a un niño respecto del cual no podrá considerarse bajo el término de “madre”.

En este punto, es preciso introducir el enfoque a través el cual se va a llevar a plasmarse el presente trabajo: **el interés superior del niño**. A continuación, se va a exponer un breve resumen de cara a introducir los hitos históricos y el *iter* jurisprudencial correspondiente.

---

<sup>9</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

<sup>10</sup> Bellver Capella, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, n.11, 2015, p. 5.

### 1.3 Antecedentes y situación actual de la gestación subrogada

En relación con el régimen jurídico español y siguiendo a Álvarez de Toledo<sup>11</sup>, ya en su día a tenor de lo dispuesto en la Ley 35/1988<sup>12</sup>, en concreto en su art. 10, se establecía que el contrato de gestación en todo caso era nulo y que bajo el Derecho español, la adquisición de la condición de madre se obtenía mediante el alumbramiento, es decir en virtud de un *criterio gestativo*. Posteriormente, la mencionada consideración fue trasladada a la Ley 14/2006, ahora vigente<sup>13</sup>.

No obstante, la posición mantenida por la jurisprudencia de la DGRN permitió durante el devenir de varios años, a parejas españolas, que viajaban a Estados donde si era válido el contrato de gestación por subrogación, fijar la filiación de los niños a favor de los comitentes y no de la madre gestante. Este nuevo enfoque tuvo cabida, en virtud de la RDGRN de 18 de febrero de 2009<sup>14</sup> y la Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>15</sup>, puesto que permitían la inscripción de la filiación acaecida a través de la gestación subrogada, siempre y cuando no fuera contraria al orden público español.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de su Sala 1ª de 6 de febrero de 2014 alteró, la entonces ya compleja situación<sup>16</sup>.

Una vez plasmados los antecedentes y contextualizada la temática en cuestión, es notorio que en nuestro sistema de filiación por naturaleza, exista una clara divergencia respecto a los progenitores. En cuanto a la maternidad, ésta se encuentra condicionada por el antiguo principio romano denominado *mater semper certa est*, que ha de definirse, así como probarse en juicio y al margen de éste por el propio parto, es decir por el criterio de alumbramiento; mientras que la paternidad reside en una *fictio iuris*, basada en los criterios de la cohabitación, y de la convivencia y fidelidad de los cónyuges, según lo previsto en el art. 116 del Código Civil<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Álvarez de Toledo, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *op. cit.* p. 7.

<sup>12</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE 24 de noviembre de 1988).

<sup>13</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

<sup>14</sup> Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 18 de febrero de RJ 2009/1735.

<sup>15</sup> Instrucción de la Dirección General de los Registros y Notariado de 5 de octubre de 2010/15317.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/ 2014.

<sup>17</sup> Álvarez de Toledo, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *op. cit.* p. 7.

Si bien, es preciso aunar los diversos criterios, tanto legales como doctrinales, que han ido surgiendo como posibles soluciones al conflicto planteado<sup>18</sup>.

Por un lado, el *criterio genético*, determinado por el padre que ha de aportar el material genético que devendrá el genotipo del niño. Este, ha sido utilizado como criterio por parte de la LTRHA para poder determinar la paternidad a la parte masculina en los casos de gestación subrogada, siempre y cuando no se de mediante una donación anónima, pero que conlleva al mismo tiempo a realizar una acción de reclamación de paternidad concerniente al caso planteado. Desde el punto de vista constitucional podría considerarse dicha situación una vulneración del art. 14 CE, ya que impide a la mujer llevar a cabo una reclamación de filiación del niño, en relación al material genético aportado, a diferencia del propio padre.

En segundo lugar, se plantea un *criterio gestativo*, relativo siempre a la madre que gesta y alumbró al niño, sin tener en cuenta si ha sido fertilizada mediante material genético de otras personas, donantes o de que la aportación provenga de ella misma.

Por último, mediante un *criterio social* en relación al padre que asume una serie de obligaciones con respecto a la unidad familiar y al colectivo social.

En conclusión, cabe destacar que según nuestro Tribunal Supremo los tres criterios son compatibles en nuestro Derecho y por consiguiente es necesario determinar cuál resulta más ventajoso para el niño en cuestión<sup>19</sup>.

En esta misma línea, en la Sentencia de 2014 los padres comitentes presentaron su recurso de casación fundado en un único motivo establecido en los antecedentes, que reza lo siguiente: “Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Campiglio, C., “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLV, n. 3, 2009, p. 590.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/2014 (FJ6).

<sup>20</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada en España el 31 de diciembre de 1990 en el BOE nº 313.

Por consiguiente, es primordial destacar el papel de la Convención Internacional, ya que supuso la culminación de un proceso muy complejo de reconocimiento, así como de protección de los derechos concernientes a los niños y un gran avance respecto a los derechos del ser humano<sup>21</sup>.

En las resoluciones recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha antepuesto el interés superior del niño ante cualquier otra alegación. Por consiguiente, se ha vuelto a cuestionar en el ordenamiento español la prohibición concerniente a la gestación por sustitución, ya que, según las mencionadas resoluciones, los niños nacidos mediante dichas técnicas han de ser inscritos en el Registro Civil español<sup>22</sup>.

Siguiendo a Abellán-García, el interés superior del niño es un principio primordial que ha de considerarse sobre los demás valores (a tenor de lo dispuesto en la propia Convención) y que se ha recogido en varios textos internacionales, como por ejemplo la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>23</sup>.

No obstante, según la Sentencia del TS de 2014, se trata de un concepto jurídico indeterminado, siendo una cláusula general que ha de concretarse *ad casum*, así como un concepto esencialmente controvertido, debido a la falta de unanimidad social respecto a su concreción.

Además, según dicha Sentencia, no es posible la invocación del interés superior del niño de modo indiscriminado, ya que podría conllevar a consecuencias extremas<sup>24</sup>.

Por consiguiente, a tenor de lo dispuesto en la aludida Sentencia, la aplicación del principio del interés superior del niño, en todo caso es requerida para la interpretación y aplicación de la Ley con el propósito de solventar las lagunas legales existentes<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Del Carmen, C., “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, p. 479.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 477.

<sup>23</sup> Abellán-García, F., “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España”, *R. E. D. S.*, n. 9, 2016, p. 71.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/2014.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

El voto particular de esta Sentencia, planteado por varios magistrados, contraría lo dispuesto anteriormente, en el sentido de que la vulneración ha de tenerse en cuenta de forma casuística<sup>26</sup>. Prosigue el voto particular clarificando que, mediante la desestimación del recurso basado en el interés superior de los niños planteados en el caso, queda afectado dicho principio, ya que los niños de nacionalidad española son expuestos a una incertidumbre jurídica. Es destacable que, mediante la decisión mayoritaria del Tribunal, se está ignorando de manera perjudicial una nueva realidad derivada de la gestación subrogada y no se están adoptando las soluciones más positivas para los niños en cuestión. Además, el hecho de aplicar la normativa interna, es decir la Ley de Reproducción Asistida Española en tanto cuestión de orden publico, lleva a que los niños puedan encontrarse en situaciones de desamparo; siendo así privados de su propia identidad como de su núcleo familiar, supuesto claramente contrario a la normativa internacional, que aboga en todo caso por la prevalencia del interés superior del niño.

Hoy en día los derechos humanos se basan principalmente en el convencimiento de que todos los seres humanos, incluidos los niños, gozan de todos los derechos establecidos para los seres humanos, y que el papel del Estado reside principalmente en la promoción y garantía efectiva de los mismos para la consecución de una protección igual para todos. A los menores se les reconoce la capacidad natural, especialmente en el ejercicio de sus distintos derechos fundamentales<sup>27</sup>. Por consiguiente, el reconocimiento jurídico de la propia dignidad humana, así como la estima de las cualidades intrínsecas de las personas y el propio principio de igualdad, son el fundamento de cara al reconocimiento de protecciones jurídicas y derechos específicos concernientes a ciertos grupos de personas. Dicho reconocimiento es requerido principalmente por circunstancias particulares que impiden el acceso a los mecanismos de protección utilizados ordinariamente o bien debido a la discriminación de dicha protección; situaciones en las que cabe enmarcar a los niños<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 247/ 2014, suscrito por cuatro magistrados; y Calvo Caravaca, A, Carrascosa González, J., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)”, *BOE publicaciones*, 2014, pp. 396 y ss.

<sup>27</sup> De Torres Perea, J., *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Málaga, 2008, p. 10.

<sup>28</sup> Del Carmen, C., “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *op. cit.* p. 479.

## 2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

### 2.1 Evolución del concepto teórico a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño

Durante el siglo XX se ha establecido un proceso creciente de reconocimiento, y consecuente protección de los derechos de los niños, que culminó finalmente en la aprobación en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño (C. D. N.)<sup>29</sup>. Efectivamente, conforme se exteriorizaba un avance respecto a las garantías y protección de los derechos de los seres humanos, acontecía al mismo tiempo un aumento de los derechos de los niños<sup>30</sup>. Asimismo, es preciso destacar que los derechos de los niños gozan de mecanismos más efectivos de protección, en tanto en cuanto se encuentran vinculados a la protección requerida de los derechos humanos en general.

El interés superior del niño integrado dentro de la mencionada Convención y anteriormente en la Declaración de Ginebra de 1924 y en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, entre otros de los convenios internacionales, puede ser entendido según Cillero Bruñol como “la plena satisfacción de sus derechos” y así “contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos”<sup>31</sup>.

A tenor de lo dispuesto en el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”<sup>32</sup>.

En esta evolución jurídica, se sitúa el interés superior del niño, que es comprendido como un principio rector en relación con los derechos de los niños. Este principio cambió la situación respecto al enfoque tradicional existente, ya que anteriormente los niños eran considerados “como menos adulto” que el resto de los seres humanos y por lo tanto su trascendencia y participación en el ámbito jurídico y social era mínimo<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 480.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 480.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 481; y Cillero Bruñol, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, n. 125, 1999, p. 8.

<sup>32</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*

<sup>33</sup> Cillero Bruñol, M., “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño-OEA*, vol. 234, 1997, p. 4.

En esta misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño prosigue en su art. 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”<sup>34</sup>.

Por consiguiente, en todos los asuntos relativos a la vida de los niños, se ha de tener en cuenta dichas normas como eje básico de actuación. A nivel internacional, la idea rectora del principio del interés superior del niño ya se promovía con anterioridad. No obstante, el hecho de poder establecerlo en una norma vinculante de carácter internacional determinó un hito sumamente relevante para el reconocimiento de los niños como sujetos plenos de derechos, ya que a partir de entonces el niño no se considera un objeto de protección, sino que se tiene en cuenta como sujeto titular propio de derechos, reconociéndose dicho principio al mismo tiempo como norma de Derecho Internacional general. No obstante, en el marco de todos los ordenamientos jurídicos este principio es parte del sistema jurídico, para la protección de los derechos del niño, siendo considerado también como un principio general del Derecho<sup>35</sup>.

La apelación por parte de las leyes a dicho principio se basa fundamentalmente en la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños, así como en la falta de madurez y en algunos casos de responsabilidad, como en la necesidad de tener una serie de circunstancias en su entorno que favorezcan un desarrollo favorable en dicha etapa vital de suma relevancia<sup>36</sup>.

Sin embargo, el principio expuesto ha sido objeto de críticas por varios autores como consecuencia de opiniones discrepantes<sup>37</sup>. Efectivamente, una parte de la doctrina contraría el mencionado principio, debido a su indeterminación e inutilidad práctica, entendiendo que su utilización de forma abusiva puede llegar a suponer un peligro.

---

<sup>34</sup> Garibo, A., “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, n. 2, 2017, p. 246; y Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*

<sup>35</sup> Talavera, P., “Los derechos de autonomía y el interés superior como ejes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Problemas y paradojas”, *Revista de Derechos humanos*, Universidad de Pirua, vol. 3, 2012, p. 107 y ss.; y Marco Vila, P., *La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios ético, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial*, Universitat de Valencia, 2016, pp. 1- 439.

<sup>36</sup> Liebel, M., “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, n. 49, 2015, p. 46.

<sup>37</sup> Revetllat Ballesté, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio siglo XXI*, vol. 30, n. 2, 2012, pp. 89 y ss.



Otros en cambio, identifican dicho principio entre los derechos reconocidos y destacan su importancia y utilidad, teniendo en cuenta un punto de vista antropológico e interdisciplinar<sup>38</sup>.

El problema principal de la Convención, como se ha mencionado anteriormente, reside en que el art. 3 de dicha Convención establece el principio del interés superior del niño, sin llegar a definir dicho concepto, ya que anteriormente era considerado como una cláusula general o incluso un concepto jurídico indeterminado<sup>39</sup>.

Posteriormente, en febrero de 2013, la Observación General nº14 del Comité de los Derechos del niño de las Naciones Unidas, describe la naturaleza jurídica del concepto de interés superior del niño en el párrafo 5º de dicha observación. A tenor de lo dispuesto en dicho párrafo, se considera que el interés superior del niño es un concepto con una dimensión *triple*<sup>40</sup>.

Por un lado, se trata de un *derecho sustantivo*, ya que el niño tiene derecho a que su interés superior sea de importancia crucial y que se tenga en cuenta en cuestiones debatidas concretas. Además, la garantía de dicho derecho ha de establecerse siempre y cuando se ponga en práctica el derecho mencionado, es decir, cuando se encuentre ante una decisión que tenga consecuencias para un niño o grupo de niños, en concreto o a modo genérico. Asimismo, el art. 3.1 hace referencia a una obligación intrínseca por parte de los Estados, es decir de una aplicación directa invocable ante los Tribunales.

Al mismo tiempo, también se puede entender como un *principio jurídico fundamental*, susceptible de interpretación, ya que cuando una disposición establezca un margen de interpretación, se tendrá en cuenta aquella que sea más favorable para garantizar el interés superior del niño. Así, cabe puntualizar, que los derechos establecidos en la Convención y los demás Protocolos facultativos marcan las líneas interpretativas a tener en cuenta.

---

<sup>38</sup> Cillero Bruñol, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *op. cit.* p. 2.

<sup>39</sup> Garibo, A., “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *op.cit.* p. 246. Asimismo, en derecho comparado: Parker, S., “The best interest of the child. Principles and problems”, *International Journal of Law and the Family*, n. 8, 1994, p. 27.

<sup>40</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14, 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Por último, cabe interpretar el término como una *norma de procedimiento*, ya que en cuanto haya que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, o a un grupo de niños, o en un supuesto genérico, el proceso de adopción de decisiones a tener en cuenta tendrá que valorar las posibles consecuencias tanto positivas como negativas de la propia decisión concerniente al niño en cuestión. Asimismo, es preciso que se establezcan una serie de garantías procesales que hagan prevalecer el interés superior del niño, ya que las decisiones tomadas habrán de justificarse en base a dicho derecho. En Reino Unido ya se estipuló en su día en el *Guardianship and Custody of Infants Acts* de 1925 “*the courts should make the child's welfare the first and paramount consideration*”.<sup>41</sup> Por consiguiente, los Estados deben argumentar hasta qué punto han tenido en cuenta este derecho en la toma de sus decisiones, es decir los criterios considerados, así como la ponderación de intereses<sup>42</sup>.

Como conclusión es preciso enfatizar, que el interés superior del niño es más que un principio rector, ya que todo lo relativo a los niños ha de ser considerado a la luz de dicho principio<sup>43</sup>.

Ciertamente, es directamente aplicable ante los Tribunales, para poder obtener la reparación de los daños causados, cuando se haya traspasado el respeto a dicho principio<sup>44</sup>. Pero además de ser un principio y un derecho, es una regla de procedimiento ya que implica una serie de garantías concernientes a la evaluación y determinación de dicho interés que deberán prevalecer en todo momento. Por lo tanto, al tomar una decisión relativa a un niño, se deberá en todo caso demostrar que se ha tenido en cuenta dicho principio, ya que sino estaríamos ante un acto jurídico nulo.

Desde un enfoque constitucionalista y según Álvarez Vélez, los conflictos surgidos durante el ejercicio de los derechos fundamentales, únicamente podrán ser solventados en función de cada caso y a tenor de las circunstancias concretas. En el caso de verse implicados los niños, el criterio prevaleciente ha de ser la protección del interés del niño. Con ese fin, en nuestro ordenamiento jurídico los Jueces y Tribunales han de

---

<sup>41</sup> *Guardianship and Custody of Infants Acts* de 1925.

<sup>42</sup> Art.7.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*

<sup>43</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14, 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1).

<sup>44</sup> Nuñez, M, Nicasio, M<sup>a</sup>. I ., Pizarro, E., “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 29, 2015, p. 235.

actuar como garantes para su interpretación, como también su adecuada aplicación por parte de las instituciones que se hacen cargo del niño, por ejemplo, los titulares de la patria potestad, y guardadores entre otros<sup>45</sup>.

Asimismo, prosigue Álvarez Vélez, no ha de ser empleado en los conflictos existentes relativos a derechos fundamentales comprendidos en la Constitución, ya que el ejercicio de los derechos fundamentales únicamente puede ser limitado en base a límites explícitos o implícitos provenientes de la Carta Magna<sup>46</sup>. Además, de cara a circunscribir su utilización, sería conveniente el establecimiento de una serie de requisitos, como por ejemplo la reserva judicial o la imposibilidad de satisfacción al mismo tiempo de dos derechos. El Derecho civil británico (*Children Act 1989*) ha fijado unos criterios que han de ser tenidos en cuenta por parte de los Tribunales, como por ejemplo los deseos del niño o sus necesidades entre otros<sup>47</sup>.

Adicionalmente, desde nuestra norma suprema se suscitan cuestiones esenciales relativas a los derechos fundamentales, como por ejemplo el contenido esencial del propio derecho a la vida, así como los límites que subyacen a éste, la integridad del niño así como de la gestante, la dignidad y el posterior derecho al libre desarrollo de la personalidad que serán especificados posteriormente<sup>48</sup>.

En definitiva, el interés superior del niño tiene como finalidad garantizar que los niños tengan un pleno disfrute de su infancia y un desarrollo holístico dentro de su vivencia como niños, a tenor de lo dispuesto por la propia Convención<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Álvarez Vélez, M. I., “La protección del menor como límite a los derechos fundamentales”, en Alcón Justas, M<sup>a</sup>.(coord.), De Montalvo, F. (coord.), *Los menores en el proceso judicial*, tecnos, Madrid, 2011, p. 30.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>48</sup> Salazar, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 99, 2017, pp. 79 y ss.

<sup>49</sup> “Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño”, (disponible en [https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018\\_StC\\_Guia\\_para\\_la\\_evaluacion\\_y\\_determinacion\\_A4\\_online\\_version-ilovepdf-compressed.pdf](https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018_StC_Guia_para_la_evaluacion_y_determinacion_A4_online_version-ilovepdf-compressed.pdf) ; última consulta 26/02/19).

## 2.2 Concreción del interés superior del niño en los supuestos de gestación subrogada

A tenor de lo planteado anteriormente, el interés superior del niño ocupa una posición primordial en la legislación, así como en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>50</sup>.

El interés superior del niño ha de ser evaluado y determinado en cada caso presentado, y comprende todos los derechos del niño, en tanto en cuanto es considerado sujeto de derechos. Por lo tanto, el interés superior del niño se encuentra vinculado a las necesidades educativas, jurídicas y psicológicas del niño integradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y por lo tanto también en la Constitución Española que los recibe, y en las legislaciones nacionales. Dicho principio fundamental tiene como principal objetivo la garantía del pleno disfrute por parte del niño de los derechos establecidos en la Convención, así como su propio desarrollo íntegro.

Asimismo, es preciso destacar que el principio del interés superior del niño es un principio indeterminado y flexible, lo cual no implica que sea un concepto jurídico discrecional. La Ley Orgánica 8/2015<sup>51</sup>, de 22 de julio, ha situado a la legislación española dentro de la vanguardia jurídica, ya que se tiene en cuenta dicho principio desde el punto de vista de los derechos fundamentales<sup>52</sup>.

Anteriormente, el interés superior del niño tenía una gran relevancia en relación con el Derecho Penal, así como el Derecho de Familia. Esta trascendencia se debía principalmente a las injerencias que sufrían los niños enmarcadas en las mencionadas ramas jurídicas<sup>53</sup>. Sin embargo, hoy en día mediante las nuevas técnicas de reproducción asistida, se han llegado a plantear nuevas cuestiones y horizontes en los cuales el interés del niño puede llegar a estar en peligro, por ejemplo, en los supuestos de gestación subrogada y que van a ser expuestos más adelante de manera pormenorizada.

---

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio 696/2004; Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/2014 (FJ 5).

<sup>51</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE el 17 de enero de 1996).

<sup>52</sup> Marco Vila, P., *La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios ético, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial*, op. cit. pp.1- 439.

<sup>53</sup> De Bartolomé Cenzano, J. C., “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n. 3, 2012, pp. 46-59.

**Por consiguiente, una vez concretado dicho principio, es preciso contextualizarlo a la luz de la gestación por sustitución.**

Hasta ahora el interés superior del niño en materia de gestación subrogada ha dado lugar a numerosos debates concernientes a la cuestión relativa a la inscripción de los niños, así como el derecho a la prestación de maternidad y paternidad que afectan al interés del niño<sup>54</sup>.

No obstante, el presente trabajo se centra también en **ahondar en aquellas cuestiones relativas al interés superior del niño relacionadas con la gestación subrogada y que hasta ahora no han sido objeto de excesiva atención, ni por la jurisprudencia ni por la propia doctrina, teniendo en cuenta un enfoque a la luz de los derechos fundamentales, es decir, desde la propia Constitución Española.**

A continuación, se van a plantear una serie de problemáticas relativas a la gestación subrogada relacionadas con el interés superior del niño, algunas de ellas mencionadas en el Informe del Comité de Bioética en 2017<sup>55</sup>, para posteriormente abstraer una serie de reflexiones y posicionamientos a tener en cuenta.

### ***2.2.1 Problemática relativa a la inscripción***

En primer lugar, en relación con la problemática relativa a la inscripción, a tenor de lo dispuesto por el Tribunal Supremo:

Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los niños. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico<sup>56</sup>.

En el caso anteriormente mencionado de 2014, los recurrentes consideraban que para que prevaleciera el interés del niños en juego, era preciso determinar como padres a los

---

<sup>54</sup> Garibo, A., “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *op. cit.* p. 246.

<sup>55</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, *op. cit.*

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/2014 (FJ 8).

comitentes. Ellos lo justificaban en base a que habían perfeccionado dicho contrato, dando su consentimiento como padres y al mismo tiempo haciendo prevalecer consiguientemente el interés superior de los niños.

Según De Verda, no cabe considerar que los jueces creen una norma general de atribución de la filiación en un caso en concreto, para solventar las lagunas legales existentes, que resulte contraria a lo establecido por el propio legislador (art. 10 LTRHA)<sup>57</sup>, teniendo en cuenta además que se trata de un concepto jurídico indeterminado y que publicitaría un hecho falso<sup>58</sup>.

No obstante, otros autores opinan lo contrario, como se plasmará posteriormente en las conclusiones del presente trabajo.

A mi entender, en relación a dicha problemática en concreto, lo mejor es analizar las circunstancias concretas, ya que puede darse, que a tenor del principio del interés superior del niño, la filiación haya de determinarse conforme a la madre gestante o bien conforme a los comitentes, en función de las circunstancias concretas. Además, según varios autores, la utilización de técnicas como la gestación subrogada podría entenderse desde la autonomía de la voluntad, así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Su argumentación se sustenta en la pronunciación tangencial del Tribunal Supremo en virtud de la cual:

La autodeterminación emana del derecho del libre desarrollo de la personalidad al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *minimum* ético constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica art. 16 de la Constitución<sup>59</sup>.

Así, prosigue Gómez Sánchez, que el derecho a la reproducción se basa en el derecho fundamental a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 y 17.1 CE), así como en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10. 1 CE) y en la propia dignidad humana; adicionalmente, corrobora que su reconocimiento proviene también del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 32 y 39 CE), recogido en normas

---

<sup>57</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

<sup>58</sup> De Verda y Beamonte, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, n. 7501, 2010, Sección Tribuna, p. 5.

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre 2000 (FJ 5).

internacionales con rango legal<sup>60</sup>.

### **2.2.2 Problemática relativa al riesgo existente de la mercantilización de los niños**

Además, otro de los dilemas que suscita la gestación subrogada relacionado con el interés superior del niño, gira en torno al riesgo del tráfico de niños<sup>61</sup>. Según lo previsto en el Protocolo<sup>62</sup> mencionado anteriormente:

“A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

Consecuentemente, algunos autores entienden que los supuestos de gestación por sustitución caracterizados por una contraprestación económica, se engloban en la definición establecida por el Protocolo<sup>63</sup>.

El Comité de Derechos del Niño, tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la Convención, por ejemplo a través de la Observación de 2014, mencionada arriba en relación con la India “no esté regulado adecuadamente y esté muy generalizado el uso comercial de la gestación subrogada, lo que lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos de los niños”. Con el fin de evitar la problemática expuesta, el Comité recomendó:

(...) disposiciones que definan, regulen y vigilen los acuerdos de subrogación y tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la gestación subrogada. El Estado parte debe velar por que se tomen medidas contra todo el que participe en adopciones ilegales.

---

<sup>60</sup> Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 136; y Souto Galván, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho”, *Foro, Nueva época*, n.1, 2005, pp. 285 y ss.; Polo García, S., “Gestación subrogada o vientre de alquiler”, *El Derecho*, 19 de junio de 2017 (disponible en <https://elderecho.com/gestacion-subrogada-o-vientre-de-alquiler> ; última consulta 10/03/19).

<sup>61</sup> Guerra Palmero, M., “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n. 26, 2018, pp. 39 y ss; Álvarez de Toledo, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *op. cit.* p. 39.

<sup>62</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño del año 2000.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

En esta misma línea, es preciso destacar que en España, a tenor de lo dispuesto en los arts. 220 y 221 del Código Penal, se tipifican las conductas mediante las cuales por compensación económica se entreguen los hijos a otra persona sin tener en cuenta los procedimientos legales requeridos, a pesar de realizarse la entrega en el extranjero. Además, en el art. 220 del Código Penal se tipifica la suposición de un parto<sup>64</sup>. Por consiguiente, se puede apreciar que en nuestro régimen vigente los comitentes pueden ser susceptibles de incurrir en responsabilidad penal cuando medie una compensación económica y que también puede conllevar a la pérdida de la patria potestad, según lo previsto en el art. 170 del Código Civil.

Como alternativa a la cuestión planteada, se presenta la gestación subrogada altruista en la cual no media pago alguno, caracterizada por posibilitar el deseo de las personas a tener descendencia, evitando el riesgo de la explotación de las mujeres encargadas de la gestación y de la mercantilización del niño<sup>65</sup>.

No obstante, gran parte de la doctrina critica dicha modalidad, en base a su complejidad, tanto a nivel conceptual, como desde el punto de vista práctico<sup>66</sup>.

A mi entender, el hecho de no mediar compensación económica podría evitar muchos problemas, entendiendo en todo caso que el objeto de transacción no sería el niño como tal, sino el servicio derivado de la propia gestación como proceso biológico. Además, en los supuestos de vínculo genético cabría alegar también su parentesco legal del niño con respecto a sus comitentes. Ciertamente, todo depende del papel otorgado al proceso de gestación como tal, ya que para cierta parte doctrinal se considera como un mero servicio que puede prestarse con el consentimiento de la gestante, cuestión que resulta muy polémica<sup>67</sup>.

Además, otro argumento presentado en relación con la determinación de la filiación a favor de las personas procedentes de países desarrollados, es el hecho de que a las familias con mayores recursos económicos y con mayor posibilidad de garantizarles un

---

<sup>64</sup> Abellán-García, F., “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España”, *op. cit.* p.63.

<sup>65</sup> Bellver Capella, V., “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, n. 2, 2017, p. 231.

<sup>66</sup> “Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, *op. cit.*

<sup>67</sup> *Ibidem.*



futuro mejor a los niños, se les entregue un niño de familias y entornos problemáticos. Adicionalmente, otros argumentos esgrimidos en contra de la mercantilización en los casos de la gestación por sustitución, son los expuestos en el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2014, ya que según este voto:

(...) supone una manifestación del derecho a procrear (...), no se puede subestimar la capacidad de consentir de la madre gestante; el consentimiento de la madre se da ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias; y por último que tratándose de un acuerdo libre y voluntario difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del niño que nace en el seno de una familia que lo quiere<sup>68</sup>.

### ***2.2.3 Problemática relativa a la cosificación del propio niño y de la reproducción misma***

Uno de los problemas primordiales de la gestación subrogada, radica en la falta de comprobación de requisitos de los padres comitentes, de cara a la asunción de responsabilidades y deberes concernientes a la propia paternidad, así como sus características psicológicas o sus capacidades económicas. Según Moreno Pueyo, “necesariamente redundante en interés del menor que la filiación se determine a favor del padre o madre comitente en un contrato de maternidad subrogada”<sup>69</sup>. No obstante, pueden llegar a darse supuestos, en los cuales los comitentes no sean los más adecuados de cara a la determinación de la filiación. Por consiguiente, sería conveniente la implementación de las mismas reglas aplicadas en los supuestos de adopción<sup>70</sup>.

El deseo de tener un hijo, no es una garantía plenamente eficaz para la protección del interés superior del niño. Los padres responsables no son aquellos que tengan un mayor deseo de tener un hijo, sino aquellos que logren el desarrollo pleno de sus hijos, por encima de la satisfacción de sus propios intereses<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Voto particular Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/2014.

<sup>69</sup> Moreno Pueyo, J.M., “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 116, 2015, p. 47.

<sup>70</sup> Albert Márquez, M., “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, n. 7863, Sección Doctrina, 2012, p. 4.

<sup>71</sup> Emaldi Cirión, A., “El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad reproductiva”, en Álvarez Vélez, M. I., Rey Pérez, J.L.(eds.), *Derecho y pobreza*, Editorial Aranzadi -Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. Parte IV, Capítulo 8.; y Vela Sánchez, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n. 7608, 2011, p. 8.; Además es relevante mencionar lo dispuesto por el Tribunal Supremo en la Sentencia 247/2014.

La problemática que acarrea la no exigibilidad de unos requisitos previos al proceso, se ve reforzada por la capacidad de elección de los comitentes en relación a determinadas cuestiones condicionantes del desarrollo futuro del niño y de sus correspondientes características, verbigracia, mediante la selección de los gametos, la exigencia de un diagnóstico genético preimplantatorio determinando ciertas características y la identificación de patologías y cualidades del futuro niño, como por ejemplo el sexo<sup>72</sup>.

Todo este proceso de elección, se encuentra dentro del abanico de posibilidades de las técnicas de reproducción y, en el caso, de la gestación subrogada se añade otra, relativa a la elección de la madre gestante por medio de determinadas agencias cuyo funcionamiento acontece a exigencias de la demanda existente en el mercado. Estas proveen a los comitentes una amplia variedad de disyuntivas relativas a la modalidad de llevar a cabo el parto, las características del hijo, el seguimiento continuo del embarazo, así como el número de embriones a implantar. Todo esto se ofrece a través de las propias páginas web de las agencias implicadas.

En esta misma línea pueden surgir conflictos, cuando coexistan diferencias relevantes entre los comitentes y la gestante, en relación al modo de llevar a cabo el embarazo y los cuidados del bebé. Un caso ejemplificativo de dicha cuestión sería el relacionado con la continuidad o no del embarazo, si surgieran problemas como por ejemplo de discapacidad o incluso de malformación del feto. El caso del *Baby Gammy* evidencia la presente problemática de manera muy cruda. El supuesto se basaba en una pareja australiana que abogó por quedarse únicamente con uno de los mellizos engendrado mediante la técnica de gestación subrogada. Los padres comitentes eran contrarios a seguir adelante con la vida del otro niño durante el embarazo, ya que padecía Síndrome de Down. Consecuentemente, la madre gestante se negó en rotundo a abortar y posteriormente los padres genéticos abandonaron al niño discapacitado<sup>73</sup>.

Adicionalmente, para algunos autores, resulta nebuloso el hecho de identificar el deseo de procrear de los comitentes con el interés superior del niño. Muchos de los Tribunales han alegado la filiación en base a dicho argumento, de cara a la consecución de la

---

<sup>72</sup> Estellés, P., “Gestación por sustitución: Desafíos jurídicos y éticos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 9, 2018, pp. 330 y ss.; “Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, *op. cit.*

<sup>73</sup> Bellver Capella, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *op. cit.* p. 21.

protección de la vida familiar. Por eso, según dichos autores y en concordancia con la problemática planteada en este apartado, pueden llegar a cuestionarse aquellos fallos judiciales que mantienen la convicción basada en el argumento fundamental, de que la voluntad procreativa garantice de manera real los intereses del niño. Según éstos posicionamientos, es igualmente sostenible el argumento de que sea contrario al interés superior del niño el hecho de venir al mundo en virtud de un contrato de gestación subrogada.

El caso de Campanelli y Paradiso contra Italia del año 2017 evidencia dicha cuestión, ya que se afirma que el derecho a tener una vida familiar les concierne a las familias que existentes anteriormente, sin autorizar la creación de una familia *ex novo* a cualquier costa<sup>74</sup>. El problema se da, cuando las agencias de vientres de alquiler ofrecen un niño, casi como producto de forma contraria al interés superior del niño. En el caso de que el niño nacido no cumpla las expectativas, puede ser que no sea aceptado por quienes lo demandaron inicialmente.

Por consiguiente, a mi entender, es necesario una evaluación previa de los comitentes, al igual que en los supuestos de adopción, para poder garantizar el interés superior del niño en cuestión, teniendo en cuenta también la intencionalidad y deseo de los padres, siempre y cuando conlleve la asunción de las responsabilidades que entraña dicha práctica. Según Sánchez Arísti, “se podría configurar una filiación análoga a la adoptiva sometiéndola a requisitos tan exigibles como los que se establecen a la hora de adoptar un niño”<sup>75</sup>.

#### ***2.2.4 Problemática relativa a la dignidad del niño y de la madre gestante***

Otro de los interrogantes deriva de la vulneración de la dignidad del niño, así como de la dignidad de la madre gestante.

Indudablemente, gran parte de la doctrina se posiciona en contra de la gestación subrogada, en tanto en cuanto consideran que se atenta contra la dignidad del propio niño, al definirlo como objeto de comercio. En primer lugar, en cuanto al concepto de

---

<sup>74</sup> Sentencia del TEDH del 24 de enero de 2015, (n. 25358/12); Martínez de Aguirre, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Maternidad Subrogada”, *The family watch*, vol. 1, n. 2, 2017, p. 2.

<sup>75</sup> Sánchez Arísti, R., “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos. *Revista HUMANITAS humanidades médicas*”, n. 49, 2010, pp. 23 y ss.

dignidad, se define según el propio Tribunal Constitucional como “valor espiritual y moral inherente a la persona que se proyecta sobre los derechos individuales”<sup>76</sup>.

Según Gómez Sánchez, “no hay discusión posible acerca de que la dignidad de la persona humana impide que sea objeto de un contrato y acerca de que el Ordenamiento jurídico no permite contratos de servicios como el de alquiler de útero”, ya que esto supondría cosificar al propio niño en cuestión y a su mercantilización<sup>77</sup>.

En esta misma línea, Martínez Muñoz recalca los razonamientos planteados en la jurisprudencia de algunos estados de Estados Unidos, dónde dicha práctica se encuentra prohibida, en cuanto a su consideración contraria al orden público, ya que “atentan contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse al niño por una compensación, se está atribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana”<sup>78</sup>.

Por el contrario, otros autores como López Guzmán y Aparisi Miralles, defienden que las prácticas de gestación subrogada previo acuerdo mediante un contrato remunerado, son un derecho sustentado sobre la base de los derechos reproductivos<sup>79</sup>.

Sin embargo, este punto de vista puede resultar controvertido, ya que realmente no queda claro la existencia de un derecho a la descendencia. Desde un enfoque constitucionalista, el derecho a la procreación no se encuentra recogido dentro de nuestra Carta Magna<sup>80</sup>, a pesar de la vinculación con el derecho a la libertad del art. 17.1 CE. Por lo tanto, es discutible si se trata de un derecho subjetivo como tal en sentido propio, o por el contrario supone una faceta más de la libertad, es decir del *agere licere*, amparada por el respeto a la libertad ajena. Según el Tribunal Constitucional español, únicamente tienen la consideración de derecho fundamental, las diversas manifestaciones de la libertad recogidas de manera expresa en la CE<sup>81</sup>. No obstante, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, se valoró el

---

<sup>76</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril 53/1985 (FJ 8); Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio 120/1990 (FJ 4).

<sup>77</sup> Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*, op. cit. pp. 140 y ss.

<sup>78</sup> Vidal Martínez, J., *Las nuevas formas de reproducción humana*, Civitas, Madrid, 1988, p. 26.

<sup>79</sup> López Guzmán, J., y Aparisi Miralles, A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, vol. XXIII, n. 2, 2012, p. 256.

<sup>80</sup> Abellán-García, F., “Derecho a la procreación”, en Romeo Casabona, R. M. (ed.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, 2011, pp. 571y ss.

<sup>81</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de junio 89/1987.

derecho a procrear del demandante<sup>82</sup>.

Otros sectores afirman que existe más bien por parte del hijo, un derecho a tener unos padres que se encarguen de él. Por eso, es imprescindible que en los supuestos de gestación subrogada no prevalezcan los deseos de los padres a una descendencia<sup>83</sup>.

En definitiva, con el fin de garantizar la protección del interés superior del niño, concerniente a su dignidad, este principio ha de prevalecer sobre los demás, teniendo en cuenta que el derecho a la procreación permanece en debate. Para la consecución de dicho objetivo, y desde una perspectiva actual, que aboga por una dualidad de la persona, lo primordial sería la implantación de un modelo legal altruista, que sirva como blindaje para la dignidad de la madre gestante, así como la del niño<sup>84</sup>. Además, a este respecto se encuentran los que consideran la procreación como una mera capacidad, al igual que los gametos son considerados como objeto de comercio<sup>85</sup>. En esta línea, la DGRN varias veces ha estimado en relación con supuestos de gestación subrogada: “que se ha respetado el interés superior de la menor, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño” y añade “la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentaría la patria potestad, garantizan el derecho del menor a disponer de una filiación única, válida para todos los países”<sup>86</sup>.

### ***2.2.5 Problemática relacionada con los riesgos relativos a la salud del niño***

A lo largo del proceso, la madre gestante puede sufrir apego hacia la vida implantada en su vientre, y una vez separada del niño, dicha situación puede generar ciertas consecuencias y daños psicológicos para ambos.

El vínculo maternal comienza desde la gestación. Por consiguiente, supone un reto arduo evitar el desapego por parte de la persona que no podrá ser considerada

---

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre rec. 3905/ 2000.

<sup>83</sup> Garibo, A., “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *op. cit.* p. 256.

<sup>84</sup> Aparisi Miralles, A., “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, 2017, p. 169.

<sup>85</sup> Igareda González, N., “La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 853/2013 sobre la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 40, pp. 171-191.

<sup>86</sup> RDGRN de 30 de noviembre 2011 y 22 de diciembre de 2011, entre otras resoluciones.

legalmente como la madre del niño. En este punto es preciso cuestionarse, si cabe justificar el hecho de aminorar el afecto materno durante la gestación, en comparación con la procreación natural.

En efecto, el embarazo establece los vínculos necesarios para el posterior desarrollo del niño<sup>87</sup>. Por lo tanto, es comprensible que la madre gestante trate de evitar que se den los lazos afectivos entre ella y el niño, para así poder aminorar su sufrimiento posterior en la separación; lo cual puede conllevar a que se le prive al niño de los lazos afectivos, emocionales y biológicos necesarios para su desarrollo futuro.

Según Bellver:

(...) ¿es correcto que el Estado (mediante la regulación de los contratos en cuestión) cree situaciones en las que lo más conveniente para la gestante (no generar apego hacia la vida que está gestando) es contrario a lo más conveniente para el bebé (contar con el afecto materno a lo largo de todo el embarazo)?,

añadiendo que se trata de un reto injusto y muy complejo para la madre gestante<sup>88</sup>.

Adicionalmente, es preciso ahondar en la cuestión desde el punto de vista del propio niño, que por una parte se verá privado de los vínculos afectivos necesarios durante la gestación, así como el sufrimiento posterior al separarse de la gestante, con la que ha iniciado un vínculo de apego desde el propio tacto, olor, voz o incluso los latidos de su corazón. Según Bellver, cuantiosos estudios médicos han llegado a demostrar los perjuicios que suponen privar al niño de ser alimentado con leche materna, así como la privación del respectivo contacto de piel con piel con la gestante. En efecto, el contacto piel con piel, ayuda al neonato en su periodo adaptativo, así como la obtención de una mejor transición de la vida intrauterina hacia la vida extrauterina<sup>89</sup>.

Por consiguiente, en relación a dicha problemática, es preciso dilucidar hasta qué punto la carencia de los lazos afectivos puede tener consecuencias negativas para el niño, teniendo en cuenta que posteriormente los padres comitentes en principio van a proporcionarle todo el amor necesario, debido al deseo tan profundo que sienten por tener al niño; deseo que incluso les ha llevado a tener que acudir a un proceso tan

---

<sup>87</sup> Grimalt, L. y Heresi, E., “Estilos de apego y representaciones maternas durante el embarazo”, *Revista Chilena de Pediatría*, n. 3, 2012, p. 240.

<sup>88</sup> Bellver, Capella, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *op. cit.* pp. 1-24.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 43.

complejo. Además, gracias al amor tan profundo que sienten sus comitentes hacia el niño en cuestión, ha surgido esa nueva vida. En esta línea se inserta la *teoría de la intención*, que se traduce en la voluntad procreacional, mencionada por primera vez en el caso de *Johnson v. Calvert* en 1993 ante la Corte Suprema de California y posteriormente en el caso *Buzzanaca*<sup>90</sup>. Según la teoría aludida, la paternidad se vincula más al amor y al elemento volitivo, que al propio condicionante genético o biológico<sup>91</sup>.

Según Lamm:

(...) esta tendencia a favor se fundamenta en la creencia de que sin el interés de la pareja que recurrió a la gestante el niño no hubiese sido creado. Se señala, que si bien todos los participantes en el acuerdo de GS son necesarios para traer al niño al mundo, éste no habría nacido si no hubiese sido por los esfuerzos de aquellos que tenían la intención de ser sus padres (...). Los que poseen la intención de ser padres son la causa primera o los que ponen en movimiento a la relación de procreación<sup>92</sup>.

Añade Shultz, que “las nuevas técnicas reproductivas extienden dramáticamente la intencionalidad (para ser padres)” y prosigue “al respetar los planes y las expectativas de los adultos que serán responsables por el bienestar del niño, resulta probable que ello tenga como correlato resultados positivos tanto para los padres como para los niños”<sup>93</sup>.

### ***2.2.6 Problemática relativa al derecho de los niños a conocer los datos sobre su origen biológico***

Según Lamm, el punto de partida de este epígrafe se sustenta en que el “derecho a la identidad (estática y dinámica) es un derecho humano<sup>94</sup>, y, sobre esta base, hoy se propicia una apertura respecto al conocimiento del propio origen”. A tenor de lo dispuesto en varios estudios, el mantenimiento en secreto del método de concepción puede perjudicar las relaciones familiares, siendo desfavorable para el niño en cuestión de cara a su evolución psicológica. Por eso, se recomienda que los niños sean conscientes de su procedencia antes de la adolescencia<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> Lamm, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Edicions Universitat Barcelona, Barcelona, 2012, p. 238.

<sup>91</sup> Fernández-Pacheco, M. T., “La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 5, 1988, p. 649.

<sup>92</sup> Lamm, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op. cit., p. 46.

<sup>93</sup> Shultz, M. M. “Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality”, *Wisconsin Law Review*, 1990, vol. 2, pp. 297-398.

<sup>94</sup> Arts. 7.º, 8.º y 9.º Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>95</sup> Lamm, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op. cit. pp. 296 y ss.; Fernández Sessarego, C. *Derecho a la Identidad Personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 15 y ss.

Para Gómez Bengoechea, una de las características del derecho a la identidad, tanto a nivel internacional como interno, concierne a su falta de positivización como derecho autónomo con sustantividad propia. El amparo y protección de dicho derecho resulta reciente, ya que anteriormente se regulaban elementos que engloban la identidad personal, por ejemplo, la filiación<sup>96</sup>.

La importancia de la revelación del origen del niño adquiere ciertos matices en la gestación subrogada, ya que el nacimiento ha sido fruto de un acuerdo entre ambas partes y la gestante en algunos supuestos sigue manteniendo el vínculo con la familia<sup>97</sup>.

En los países en los cuales la gestación por sustitución se encuentra legalizada, caben dos supuestos. En el primero, la madre gestante renuncia a la maternidad con anterioridad al embarazo mediante un contrato respecto a su útero para gestar al niño. Por consiguiente, nunca llega a ser considerada madre del niño gestado<sup>98</sup>.

No obstante, en otros países la madre gestante engendra a su hijo aunque no sea su descendencia genética y posteriormente dilucida si renuncia a su derecho como madre a favor de los comitentes en cuestión.

En relación al primer caso planteado, podría aseverarse que el niño no tiene derecho a investigar sobre sus orígenes, ya que contractualmente solo tiene unos padres y la madre gestante no es considerada como tal. Si bien, parece que no debería negarse al niño el derecho a conocer sus orígenes biológicos. Este supuesto tiene cierta relación con los casos de anonimato genético establecido en nuestro país, ya que se imposibilita el conocimiento de los donantes de gametos y los orígenes biológicos.

En todo caso, si el niño fuera concebido por donación del material genético, se le impide el conocimiento de sus donantes, a pesar de ser considerado contrario a nuestro

---

<sup>96</sup> Gómez Bengoechea, B., *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2007, p. 29.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>98</sup> “Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, *op. cit.*



régimen constitucional<sup>99</sup>. Esta situación puede generar un impacto crucial psicológico, y social para el niño concebido mediante dicha técnica, e incluso le puede suscitar problemas de asunción de sus propios orígenes<sup>100</sup>.

En el segundo supuesto, sí que se ha reconocido a una madre biológica como tal, que en un momento posterior decide renunciar a su maternidad. En este caso parece aún más relevante revelar la identidad de la que fue la primera madre.

Según Lamm:

(...) en los casos de TRA, el derecho a conocer se refiere al origen genético a la información referente a la identidad genética, a los datos del donante como mero aportante de material y a las circunstancias del nacimiento. Se trata de un derecho a poder acceder a una información que se refiere a su persona, pero que no es una reivindicación de lo genético, sino la posibilidad de acceder a una información que es parte de su identidad<sup>101</sup>.

A mi entender y según varios autores, el interés superior del niño reside en la garantía de su derecho a conocer sus orígenes biológicos, ejercicio dependiente únicamente de la voluntad del niño y no de sus comitentes<sup>102</sup>.

En el ámbito de la adopción dicho derecho se encuentra regulado en el art. 180.6 del Código Civil a tenor de la nueva redacción en virtud de la Ley 26/2015: “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos”<sup>103</sup>.

Por otro lado, en las técnicas de reproducción asistida el mencionado derecho se restringe, conforme a lo dispuesto en el art. 5.5 de la LTRHA “Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad”<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> Garibo, A.P., “Hijos de padre anónimo, ¿una nueva categoría discriminatoria?”, en Ballesteros, J., y Fernández, E., (coords.), *Biología y Posthumanismo*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 1 y ss.

<sup>100</sup> Dar, S., Lazer, T., Swanson, S., Silverman, J., Wasser C., et al, “Assisted reproduction involving gestational surrogacy: an analysis of the medical, psychosocial and legal issues: experience from a large surrogacy program”, *Human Reproduction*, vol. 30, n. 2, 2015, pp. 345 y ss.

<sup>101</sup> Lamm, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op. cit. pp. 300 y ss.

<sup>102</sup> De Lorenzi, M., *El derecho a conocer los orígenes biológicos*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015, pp. 43 y ss.

<sup>103</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>104</sup> “Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, op. cit.

### **3. NORMATIVA EUROPEA: JURISPRUDENCIA EN EL MARCO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

#### **3.1 Introducción**

Una vez analizada la problemática relativa al interés superior del niño y partiendo de una serie de soluciones conciliadoras, se va a proceder a realizar un análisis jurisprudencial. Desde un punto de vista jurídico, es relevante exponer las recientes Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora TEDH), antes de entrar a valorar la normativa española, ya dicho Tribunal es la última instancia jurisdiccional en relación a los derechos fundamentales.

Es ineludible recalcar que el TEDH no se ha manifestado de forma directa en cuanto a la temática en cuestión, es decir en relación con la legitimidad del propio contrato<sup>105</sup>.

No obstante, si se ha pronunciado acerca del reconocimiento de las relaciones de filiación surgidas mediante dicha técnica, con respecto a los países en los cuales tiene un cauce legal reconocido<sup>106</sup>. Lo más relevante de dichas Sentencias, ha sido en referencia al propio respeto a la vida privada y familiar, según lo dispuesto en el art. 8 CEDH<sup>107</sup>. En virtud de dicho artículo, la limitación del derecho a la vida privada, así como familiar de los niños ha de estar recogido en una ley accesible, ostentando una mínima calidad técnica; algo que no se da en nuestro ordenamiento jurídico para la restricción de las relaciones de filiación surgidas en el extranjero como consecuencia de la gestación subrogada<sup>108</sup>.

En los casos más cruciales del Tribunal, el principio esencial planteado fue la protección del interés superior del niño y por lo tanto la necesidad del niño de salvaguardar los vínculos familiares surgidos a través de un contrato de maternidad

---

<sup>105</sup> Martínez de Aguirre, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Maternidad Subrogada”, *op. cit* p. 3.

<sup>106</sup> Calvo Caravaca, A. L y 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, n. 2, 2015, pp. 45-113.

<sup>107</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos (para la protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales (BOE n. 2410 de 10 de octubre 1979).

<sup>108</sup> Fide Fundación y Garrigues, “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, (disponible en <https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>; última consulta 15/03/2019).

subrogada<sup>109</sup>.

Por consiguiente, como conclusión a abstraer de la jurisprudencia TEDH, se presenta la cuestión relativa a la existencia de un derecho ilimitado de creación de una familia propia; así como dos aspectos de gran envergadura relativos al orden público y los intereses posibles del niño en cuestión.

### 3.2 Jurisprudencia significativa

La postura del TEDH relativa a la inscripción de relaciones de filiación originadas en el extranjero a través de la gestación subrogada se ha restringido, fundamentalmente, a través de “cuatro resoluciones derivadas de otros tantos recursos frente a resoluciones de la Corte de Casación francesa: las sentencias Mennesson, Labassee, Fouloun y Bouvet y Laborie”<sup>110</sup>.

Sin embargo, los casos más trascendentes son el de Labassee contra Francia, así como el de Mennesson contra Francia, ambos del 26 de junio de 2014<sup>111</sup>. El Tribunal, infirió que los comitentes se ocupan de sus hijas gestadas a través de un contrato de gestación subrogada y que además conviven de manera equivalente a una familia entendida conforme a la concepción tradicional. Por consiguiente, TEDH aplicó a en los dos supuestos el test habitual. Es decir, una vez verificada la injerencia por parte de las autoridades francesas en la vida privada y familiar de los recurrentes, valoró el cumplimiento de los requisitos del art. 8, que justificarían la injerencia acontecida, siendo a) que esté prevista por la ley; b) que persiga alguno de los fines legítimos contemplados en el apartado 2º del art. 8 y c), que resulte necesaria en una sociedad democrática. Por consiguiente, los dos primeros requisitos se verificaron a diferencia del último. La carencia del mencionado requisito se sustentaba en las dos vertientes del art. 8 CEDH, es decir el derecho a la vida familiar y a la vida privada<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> Salazar, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *op. cit.* p. 85.

<sup>110</sup> Fide Fundación y Garrigues, “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, *op. cit.* p.3 y ss.

<sup>111</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso Mennesson contra Francia. Sentencia de 26 junio 2014. JUR 2014/176908 (FJ 96); y Caso Labassee STEDH de 26 de junio de 2014, as. 65941/11, Labassee vs. Francia (FJ 60, 63 y 78; Lo mismo ocurrió en las Sentencias Fouloun y Bouvent y Laborie debido a la acumulación de procedimientos.

<sup>112</sup> Fide Fundación y Garrigues, “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, *op. cit.* pp. 4 y ss.

Por una parte, no se vulneró el derecho de los padres comitentes a una vida familiar, ya que se les permitió permanecer con los niños, alegando que no es preciso el reconocimiento de los vínculos jurídicos.

Si bien, en cuanto a los niños, el Tribunal determinó que existe un derecho a la identidad, como parte del concepto de intimidad, así como la relación que hay entre la vida privada de los niños concebidos mediante un contrato de gestación por sustitución y respectiva determinación de su filiación, que ha de ser reconocida. Consecuentemente, esta situación suponía una incompatibilidad con el interés superior del niño, que ha de guiar cualquier actuación de los poderes públicos<sup>113</sup>.

Como resultado, se puede concluir, que la negación en el caso pertinente del reconocimiento a la filiación, supondría una contravención al derecho a la vida privada de los niños, a tenor de lo dispuesto en el art. 8 del CEDH<sup>114</sup>.

Adicionalmente, el Tribunal remarcó el déficit consensual a nivel europeo, lo cual conlleva también a que el margen de apreciación nacional existente se vea reducido, en tanto en cuanto se cuestione la filiación de los niños, ya que es de suma relevancia de cara a la propia identidad de los niños. Por consiguiente, el margen de apreciación de los Estados con respecto a la gestación por sustitución, así como la posibilidad de introducción de una serie de medidas desalentadoras concernientes a dicha práctica, encuentra su propio límite en el principio del interés superior del niño<sup>115</sup>. Es decir, al igual que en la Sentencia Wagner “se proclama el carácter superior del interés de los niños sobre el resto de derechos e intereses que pudieran entrar en conflicto”<sup>116</sup>.

En esta misma línea, según Lamm :

La solución más conveniente e igualitaria y lo mejor para el niño es que desde su nacimiento tenga su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente, sin supeditarla a la comprobación de ningún vínculo genético y sin hacer distinciones según este haya sido o no aportado. Incluso aunque pudiera exigirse que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, ello solo debiera ser a los efectos de acceder a la gestación por sustitución, no a los

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>114</sup> Martínez de Aguirre, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Maternidad Subrogada”, *op. cit.* p. 2.

<sup>115</sup> Jiménez Muñoz, F. J., “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada”, *R.E.D.S.*, n. 12, 2018, pp. 1 y ss.

<sup>116</sup> Fide Fundación y Garrigues, “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, *op. cit.*

efectos de establecer la filiación<sup>117</sup>.

Además, otra Sentencia relevante que hace mención al interés del niño fue la concerniente al caso del 27 de enero de 2015 de Paradiso y Campanelli contra Italia, en la cual se estableció la misma vulneración del art. 8 del CEDH<sup>118</sup>. El Tribunal alegó en ese caso, la existencia de vida familiar, aunque solo tuviera una extensión temporal de 6 meses.

En el voto particular concurrente de esta Sentencia, los cinco magistrados disidentes establecieron que la falta de vínculo familiar genético no ha de suponer la falta de apreciación de la vida familiar existente. Asimismo, establece que el tiempo que pasó el niño con los comitentes fue suficiente para crear una familia de facto, lo que conllevó a que no se tuviera en cuenta el interés superior del niño en el caso concreto<sup>119</sup>.

En el año 2017, la Gran Sala del TEDH, dictó Sentencia, entendiendo que no se había dado en este caso una transgresión del respeto a la vida íntima y familiar y por consiguiente no se daba la vulneración del art. 8 del CEDH. Efectivamente, el presente caso tenía ciertas particularidades divergentes de los demás anteriormente expuestos, ya que no existía una vinculación genética con respecto a los comitentes, pero en todo caso no supuso una rectificación de la doctrina del TEDH<sup>120</sup>.

La alegación del orden público por parte del Tribunales y autoridades italianos en ningún caso ha de considerarse como forma de excusión, ya que el Estado ha de tener como principal objetivo la protección del interés superior del niño, sin ser relevante si en el caso presente se de una relación genética o no.

---

<sup>117</sup> Lamm, E., “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Juris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, pp. 35-50; y Lamm, E. y Rubaja, N., “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista de Bioética y Derecho*, n. 37, 2016, pp. 140-170.

<sup>118</sup> Sentencia del TEDH (Caso Paradiso y Campanelli contra Italia.) Sentencia de 27 de enero 2015 (25358/12) (FJ71).

<sup>119</sup> Farnós Amorós, E., “Bioética en los tribunales: Paradiso y Campanelli c. Italia (II) los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista Bio y Der.*, n. 40, 2017, pp. 231-242.

<sup>120</sup> Martínez de Aguirre, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Maternidad Subrogada”, *op. cit.* p. 3.

Además, en el año 2015, el:

(...) TEDH ha puesto de manifiesto en las Sentencias Foulon y Bouvet que el hecho de que haya hipotéticas vías alternativas para establecer la relación de filiación (posesión de estado, reconocimiento de la filiación, adopción) no permite considerar justificada la denegación de la inscripción de las relaciones de filiación extranjera<sup>121</sup>.

Es decir, cuando lo que se solicita a las autoridades de un Estado es la *tutela por reconocimiento* de una relación de filiación y ésta es denegada, se entiende que la injerencia en el derecho a la vida privada del niño no estaría razonada, aunque posteriormente se permita la filiación a través de la *tutela por declaración* de sus autoridades. Por consiguiente, esto implica una clara discrepancia con los postulados del TS, que en su Auto de 2 de febrero del 2015 estimó que la Sentencia de 6 de febrero de 2014 no era contradictoria con las Sentencias Mennesson y Labassee, ya que comprendía que, a diferencia de lo que acontecía entonces en el ordenamiento francés, no existían vías alternativas para constituir la filiación en favor de los padres comitentes<sup>122</sup>.

En conclusión, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cada Estado puede delimitar lo establecido en el art. 8 del CEDH relativo a la gestación subrogada, así como los derechos de los niños implicados<sup>123</sup>. No obstante, en virtud del artículo mencionado, según el Tribunal, el principio obliga en todo caso a la protección de los niños y la efectividad de su filiación, tal como a la identidad biológica en cuestión y la nacionalidad. Es relevante destacar que a raíz de las Resoluciones provenientes del TEDH, así como del TS, el Ministerio de Justicia en el año 2014 prometió adecuar la legislación nacional según lo estipulado en las Sentencias, al igual que la facilitación de la inscripción en el Registro de los niños nacidos mediante dichas técnicas. Asimismo, se anunció la reforma concerniente a la legislación que todavía no se ha llevado a cabo<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Fide Fundación y Garrigues, “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, *op. cit.*

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>123</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, *op. cit.*

<sup>124</sup> Lamm, E., “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *op. cit.* p. 46.

## 4. NORMATIVA ESPAÑOLA CONCERNIENTE A LA GESTACIÓN SUBROGADA

### 4.1 La nulidad de los contratos de gestación subrogada

El enfoque jurídico concerniente a la gestación subrogada, se basa principalmente en dos aspectos: primeramente si cabe perfeccionar un contrato privado mediante el cual una mujer se preste para gestar el hijo de otra; y, por otra parte, el interrogante concerniente a la determinación de la filiación del niño proveniente de dicha técnica de reproducción asistida, es decir, respecto de la madre gestante o de la propia madre jurídica<sup>125</sup>.

Nuestra Carta Magna engloba un abanico de derechos y libertades fundamentales, siendo para Álvarez Vélez las alusiones a los derechos de la infancia muy escasas. En cuanto a los menores, se infiere que son titulares de los derechos establecidos en el Título I de la CE, exceptuando aquellos que dispongan titular distinto<sup>126</sup>.

El encuadre normativo del interés superior del niño, en nuestro ordenamiento jurídico español, se fundamenta en primer lugar en nuestra norma suprema, en el art. 39.4<sup>127</sup> (y 96.1) CE, ya que a tenor de este artículo los niños gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que garantizan sus derechos, lo que posteriormente se desarrolla y concreta en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 2015<sup>128</sup>, que enmienda la anterior Ley Orgánica de 1996<sup>129</sup>. Desde sus inicios, dicha ley supuso una reforma respecto a las tradicionales instituciones comprendidas en el Código Civil de cara a la protección de los menores.

En el art. 2 LOPJM, se estipula la primacía del interés superior del niño sobre los demás intereses legítimos concurrentes. Asimismo, la ley aludida tiene como fin, clarificar las modificaciones jurídicas concernientes a los menores en materia orgánica, ya que inciden en los derechos fundamentales, del mismo modo que en las libertades públicas.

---

<sup>125</sup> Del Carmen, C., “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *op. cit.* p. 2.

<sup>126</sup> Álvarez Vélez, M. I., “La familia en el contexto constitucional español”, en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, *op. cit.*

<sup>127</sup> Álvarez Vélez, M. I. y De Montalvo, F., “La protección del menor como víctima frente al Derecho Constitucional de defensa. Aspectos constitucionales de la victimización secundaria”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 27, 2013, pp. 251- 269.

<sup>128</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE el 29 de julio de 2015).

<sup>129</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, *op. cit.*

Anteriormente, siguiendo a Martínez Calvo, el principio del interés superior del niño se encontraba indeterminado en nuestro ordenamiento jurídico, y por consiguiente en el art. 2 de dicha ley se procede a la delimitación de su contenido con respecto a un triple ámbito: es decir como derecho sustantivo, como norma de procedimiento y su caracterización como margen de interpretación que permite optar por aquella que haga prevalecer los intereses del niño<sup>130</sup>. Adicionalmente, dicha norma dictamina cinco criterios de interpretación de carácter general, sin perjuicio de lo estipulado en la normativa específica y otros criterios en función de la situación concreta.

Los referidos criterios, cuyo objetivo reside en la materialización del ya mencionado principio, son, entre otros, los siguientes:

(...) la protección del derecho a la vida (...), consideración de los deseos (...), preservación de la identidad, así como la no discriminación (...) garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”. En definitiva, son criterios genéricos, simultáneos a la protección otorgada a los derechos fundamentales del menor, por ejemplo el derecho a la vida (art. 15 CE), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), el derecho del menor al mantenimiento de sus relaciones y vínculos familiares (art. 90, 94 CE y 160 CC), y el derecho a la libertad religiosa e ideológica (art. 16.1 CE).

Adicionalmente, se estipulan dos criterios específicos, con respecto a los supuestos en los cuales se implante una medida de protección, véase el acogimiento familiar.

Posteriormente, en el art. 2.3 LOPJM, se fijan determinados factores a tener en cuenta en los criterios presentados anteriormente, tal como la edad del niño en cuestión o el establecimiento de la garantía de su igualdad y no discriminación, a causa de la vulnerabilidad de su situación<sup>131</sup>.

A continuación, en el art. 3 LOPJM, se resalta el reconocimiento de los niños, con respecto a los derechos establecidos en la Constitución, tal como los de los Tratados Internacionales vigentes para España, específicamente la propia Convención sobre los Derechos del Niño, de la misma manera que los demás derechos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo el art. 103.1 CC<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Martínez Calvo, J., “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/ 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n. 3, 2015, pp. 198-206.

<sup>131</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29 de julio de 2015).

<sup>132</sup> *Ibidem*.



En relación al art. 11.2 de la LOPJM, se recalca la superioridad del expuesto principio, cuya eficacia ha de ser desplegada en la actuación de los poderes públicos<sup>133</sup>.

En resumen, la LOPJM resulta muy innovadora, en tanto en cuanto establece una serie de distinciones entre el sinfín de situaciones en las cuales resulta desprotegido el niño. Situaciones, enmarcadas por un lado de riesgos y, otras, de desamparo que pueden conllevar un grado heterogéneo de intervención proveniente de los poderes públicos. Además, se establece el pleno reconocimiento de la titularidad de derechos de los niños en cuestión, al igual que una capacidad creciente con respecto a su ejercicio<sup>134</sup>.

Una vez mencionado el contenido de la LOPJM en lo que nos afecta, resulta imperioso realizar una breve referencia al Código Civil. Siguiendo a Nuñez y otros autores, en el Código Civil hay dos alusiones respecto al relativos al interés superior del niño: el art. 172.4 tal como el art. 234. Ambos artículos, enfatizan la necesidad de la inserción del niño en su familia. Empero, dicho concepto es bastante indeterminado, como ya se ha expuesto anteriormente<sup>135</sup>.

Después de haber expuesto el marco general relativo al interés superior del niño procedemos a referirnos a la normativa relativa a la gestación subrogada.

En la legislación nacional, en virtud de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA, se define la gestación por sustitución como “el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> *Ibidem*. ; y Marco Vila, P., *La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios ético, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial*, *op. cit.* pp. 1- 439.

<sup>135</sup> Nuñez, M, Nicasio, M<sup>a</sup>. I., Pizarro, E., “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *op. cit.* p. 234 y ss.

<sup>136</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

Por consiguiente, no se prohíbe de manera expresa e incluso para algunos autores no existe una prohibición como tal<sup>137</sup>, sino que los contratos perfeccionados para convenir dicha técnica de reproducción son considerados nulos<sup>138</sup>. Sin embargo, la definición de la Audiencia Provincial de Valencia del 23 de noviembre de 2011, resulta más adecuada según algunos autores, como Vela Sánchez y Vilar González, estableciendo que dicha técnica “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”<sup>139</sup>.

Por consiguiente, a tenor del art. 10.1 de la LTRHA<sup>140</sup>, con respecto a los efectos de un posible contrato de gestación subrogada o encargo en España, será considerada como madre, la gestante del niño.

A continuación, en virtud del art. 10.2 de la LTRHA<sup>141</sup>, “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, teniendo en cuenta el antiguo principio romano *mater semper certa est y pater vero is est quem nuptiae demonstrant*. En consecuencia, la inscripción registral será determinada conforme a lo dispuesto anteriormente, sin poder manifestar la identidad concerniente al otro progenitor (art. 122 CC)<sup>142</sup>.

En virtud del propio alumbramiento y la identidad del niño, la madre siempre será determinada como tal, a pesar de no ser genéticamente la madre del niño en cuestión.

---

<sup>137</sup> Fide Fundación y Garrigues, “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, *op. cit.* Buena prueba es que en la Disposición Adicional 2ª de la Proposición de Ley que dio origen a la primera Ley de Reproducción Asistida (Ley 35/1998, de 22 de noviembre) y cuyo art. 10 era idéntico al actual art. 10 de la Ley 14/2006, sí se contenía una prohibición formal de la figura y se hacía una llamada al establecimiento de sanciones, que posteriormente fue eliminada de la redacción definitiva.

<sup>138</sup> Marrades Puig, A., “La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, n. 1, 2017, pp. 1-23.

<sup>139</sup> Vilar González, S., “Situación actual de la Gestación por sustitución”, *Revista de derecho UNED*, n. 14, 2014, pp. 902-930. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 826/2011; y Velarde, Y., “Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia N° 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n. 3, pp. 61y ss.

<sup>140</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> Vela Sánchez, A. J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Madrid: Reus, S. A., 2015, pp. 167-173.

Asimismo, por la consecuente ineficacia, así como ilicitud del propio contrato de gestación subrogada y el principio *quod nullum est nullum effectum producit*<sup>143</sup>, la madre subrogada no tendrá que asumir ninguna obligación concerniente a la entrega del niño después del parto, ni la de hacer frente a una indemnización en caso de darse un incumplimiento del contrato perfeccionado, a tenor de lo previsto en nuestro ordenamiento. Además, el hecho de haber percibido dinero para prestar sus servicios, no desvirtuaría la situación expuesta, y una vez entregado el niño también podría reclamarlo a los padres comitentes (art. 1305 y 1306 CC), ya que supondría una transgresión ex art. 1261, 1271 y 1275 del Código Civil<sup>144</sup>.

A pesar de lo previsto legalmente, la realidad de los últimos años ha sido contraria a ésta, ya que se ha llegado incluso más allá de lo previsto en la ley, resultando en reconocimientos no contemplados en normas legales. Efectivamente, a pesar de la nulidad contractual o de la interpretación relativa a una prohibición no expresa, se permiten los efectos de los casos acaecidos fuera de nuestras fronteras, matizados por el elemento de internacionalidad. Dichos supuestos no han sido previstos mediante una norma de rango legal, sino que han sido contemplados a lo largo de una serie de Instrucciones y Resoluciones de la DGRN, siendo el origen de una serie de problemas jurídicos<sup>145</sup>.

Un claro ejemplo de este rodeo jurídico y siguiendo a Salazar Benítez<sup>146</sup>, surgió mediante la Resolución del 18 de febrero de 2009, en la cual la DGRN permitía la inscripción de una determinada filiación surgida mediante un contrato de gestación subrogada, en tanto en cuanto existiera una certificación registral extranjera que determinara la filiación en cuestión concerniente a un progenitor de nacionalidad española<sup>147</sup>. Posteriormente, la Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y así

---

<sup>143</sup> Marco Vila, P., *La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios ético, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial*, op. cit. pp.324 y ss.

<sup>144</sup> Emaldi Cirió, A. “Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión europea.”, *Acta Bioethica*, vol. 23, n. 2, 2016, pp. 227- 235.

<sup>145</sup> Cerdà Subirachs, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Abogados de Familia*, n. 60, Sección Tribuna Abierta, 2011, p. 3 (disponible en <https://docplayer.es/7530267-La-insostenible-legalizacion-de-facto-de-la-maternidad-subrogada-en-espana-a-proposito-de-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-de-la-dgrn.html>; última consulta 10/03/2019); Serra, M., “Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado Español”, *RJUAM*, vol. 2, n. 31, 2015, pp. 285 y ss.

<sup>146</sup> Salazar, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, op. cit. pp. 90 -91.

<sup>147</sup> Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 18 de febrero RJ 2009/1735.

la Sentencia del 15 de septiembre de 2010<sup>148</sup>, proveniente del Juzgado de instrucción n.º 15 de Valencia, no respetó la mencionada Resolución, alegando que dicha práctica era considerada nula en nuestro ordenamiento. En el mismo año, el día 5 de octubre de 2010, la DGRN en una nueva Instrucción<sup>149</sup>, permitió la inscripción de una filiación surgida a través de un contrato de gestación subrogada, en base a la protección del interés superior del niño en cuestión. Dicha Instrucción introdujo una serie de requisitos más estrictos de admisión frente a las Instrucciones previas. No obstante, prevalecen dos condiciones: por una parte es preciso el consentimiento libre de la madre gestante, con plena capacidad, el respeto de sus derechos procesales, como la firmeza y determinación de la decisión concreta y la no revocabilidad de los consentimientos<sup>150</sup>.

Por otra parte, el requerimiento de una resolución judicial de origen sirve, para establecer una garantía mínima de cara a la validez del propio contrato en el Estado de origen<sup>151</sup>. Dicha Sentencia extranjera ha de obtener el exequátur en España. En el caso de dictarse un proceso análogo a la jurisdicción voluntaria española, únicamente se requiere el control por parte del propio encargado del Registro Civil, mediante una inscripción directa. Empero, si no existiera en el país en cuestión una resolución judicial confirmando la paternidad, la inscripción del niño debe de llevarse a cabo de manera indirecta, como en Rusia y Ucrania según lo establecido en los arts. 764 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)<sup>152</sup>, es decir mediante un proceso de adopción<sup>153</sup>.

Por consiguiente, la Instrucción amparaba el reconocimiento de las filiaciones surgidas mediante dicha técnica de reproducción asistida, a pesar del control de legalidad obligatorio del art. 23 de la Ley de Registro Civil, dando cobertura al turismo reproductivo<sup>154</sup>.

Ulteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre 2011, contradujo lo previsto anteriormente en relación con la determinación de la

---

<sup>148</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre 188/2010.

<sup>149</sup> Instrucción de la Dirección General de los Registros y Notariado de 5 de octubre de 2010/15317.

<sup>150</sup> Vilar González, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *op. cit.* p. 916 y ss.

<sup>151</sup> Instrucción de la Dirección General de los Registros y Notariado de 5 de octubre 2010/15317, párrafo 8.

<sup>152</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000 y revisada el 6 de marzo de 2019).

<sup>153</sup> Vilar González, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *op. cit.* p. 918.

<sup>154</sup> Ley 20/ 2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011).

filiación aceptada por la DGRN<sup>155</sup>. Por consiguiente, ratificó lo previsto por los Juzgados de primera instancia n.º 15 de Valencia. En concreto, dictaminó que la filiación derivada de la gestación por sustitución, justificada en base al interés superior del niño no era posible, ya que el contrato era considerado nulo. Según dicha Sentencia, se estableció, que nuestro ordenamiento tiene vías legales alternativas, para la inscripción de la filiación de los niños, mediante la acción de la respectiva reclamación de paternidad por parte del padre biológico.

#### **4.2 Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 y sus consecuencias**

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, dictó el 6 de febrero de 2014 una Sentencia crucial, concerniente a la gestación por sustitución. En concreto, el mencionado Tribunal determinó su posición contraria al reconocimiento de ésta, debido a que:

(...) la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución (...) es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de la dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia<sup>156</sup>.

Asimismo, dictaminó la nulidad de dicho contrato, en base a dos preceptos. Primero, en referencia al “respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante” y para prevenir la explotación del estado de necesidad en el que se puedan encontrar éstas. Adicionalmente, alegó que “la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor, al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”.

En efecto, se planteó la cuestión referida a la dignidad del niño, concebido a través de la gestación subrogada, derivada de la propia Constitución Española, que trata de evitar “que se coloque a personas concretas o a grupos de personas, en una posición de desigualdad e injusticia respecto a otras personas, bien sea en su condición individual o en cuanto integrantes de un determinado grupo social”<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre 949/2011.

<sup>156</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 247/2014.

<sup>157</sup> Presno Linera, M. y Jiménez Blanco, P., “Libertad, igualdad y ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 51, 2014, p. 10.

Esto se plasma en el art. 10.1 CE, así como en el art. 15 CE, con respecto a la integridad moral y en el art. 39.2 CE, que establecen como garantes a los poderes públicos de la protección de los hijos, así como de las madres, sin importar su estado civil<sup>158</sup>.

Ahora bien, a mi entender, lo primordial de dicha Sentencia, es el voto particular respaldado por parte de la doctrina, véase Presno Linera y Jiménez Blanco, ya que comprende una amplitud de argumentos empleados hoy en día en defensa de la gestación subrogada<sup>159</sup>. Su valoración se fundamenta en que la desigualdad e injusticia acontece, en aquellos supuestos en los cuales el niño no fuese ubicado “jurídicamente en una familia que lo quiere”<sup>160</sup>. Prosigue el voto particular, “es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica”<sup>161</sup>.

En esta línea, el voto particular es de suma relevancia, puesto que resulta objetable si la decisión concerniente a la filiación es contraria al orden público internacional, a raíz del cual entra en juego el interés superior del niño. Especifica el voto particular que :

(...) ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo (...) y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>162</sup>.

Hecha esta salvedad, el Tribunal Supremo plantea diversas alternativas, con el propósito de proteger a los niños en cuestión. Por un lado, recalca la posibilidad de reclamación biológica, a partir del art. 10.3 de la LTRHA, así como la disyuntiva de adopción o acogimiento de los niños<sup>163</sup>. Asimismo, según la mencionada Sentencia, el Ministerio Fiscal ha de determinar la adecuada filiación de los niños teniendo en cuenta “la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto”<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> Salazar, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: ...”, *op. cit.* p. 105 y ss.

<sup>159</sup> *Ibidem*, pp. 105 y ss.

<sup>160</sup> Presno Linera, M. y Jiménez Blanco, P., “Libertad, igualdad y ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *op. cit.* p. 10 y ss.

<sup>161</sup> Voto particular Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 247/2014 suscrito por cuatro magistrados.

<sup>162</sup> Salazar, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: ...”, *op. cit.* p. 105 y ss.; Sentencia del TJUE, de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, “García Avello”, y 14 de octubre de 2008, asunto C353/06, “Grunkin-Paul”.

<sup>163</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/2014 (FJ.11).

<sup>164</sup> *Ibidem*, (FJ. 12).

Posteriormente, el Tribunal Supremo volvió a pronunciarse el 2 de febrero de 2015 mediante un Auto, en el que alegaba que “el derecho a crear una familia no es ilimitado”, y que en ningún caso comprende la filiación que vulnere el ordenamiento jurídico español<sup>165</sup>. Además, en este Auto, el Tribunal Supremo alegó, a la luz de las Sentencias a nivel europeo, que dichas situaciones no eran idénticas a las planteadas ante la jurisdicción española y que por lo tanto no menoscababan la solución de nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, que la sentencia del TS de 2014 no contravenía lo dictaminado en las sentencias *Menesson* y *Labassee*.

En contraste con lo anterior, en dicho Auto, se inmiscuye un voto particular significativo, a favor del interés superior del niño, según el cual la solución planteada por la decisión mayoritaria del TS, conlleva a que en la práctica se forje un rodeo jurídico. Con esto quiero decir, que el TS parte de la prohibición vigente en nuestro ordenamiento y con el fin de solventarla en la práctica, posibilita un rodeo, para obtener la inscripción de los niños<sup>166</sup>.

Por último, el 16 de noviembre de 2016, la Sala de lo Social del TS, casó y anuló una Sentencia recurrida, estimando la demanda de la actora en cuestión<sup>167</sup>. Lo más destacable de dicha Sentencia, fue el pronunciamiento del TS, ya que en concordancia con lo dispuesto por el TEDH y el TJUE:

(...) si tal núcleo familiar existe actualmente, si los niños tienen relaciones familiares de facto con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

En el caso de no darse dicha protección al niño, esto supondría a una discriminación contraria a lo dispuesto en los arts. 14 y 39.2 CE.

Además, dicha Sentencia supuso un hito, ya que reconoció por primera vez el derecho de los padres comitentes a cobrar las correspondientes prestaciones de maternidad<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> Auto del Tribunal Supremo del 2 de febrero 335/2015.

<sup>166</sup> Prohibición no expresa, y que para algunos autores resulta cuestionable.

<sup>167</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Noviembre 953/2016.

<sup>168</sup> Comunicación del Poder Judicial., “El Tribunal Supremo reconoce por primera vez el derecho de los padres de hijos nacidos por gestación subrogada a cobrar prestaciones maternidad”, Poder Judicial España, 20 de octubre de 2016; ( disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-reconoce-por-primera-vez-el-derecho-de-los-padres-de-hijos-nacidos-por-gestacion-subrogada-a-cobrar-prestaciones-maternidad> ; última consulta 10/03/2019).

### 4.3 Conclusiones de la normativa expuesta y el *iter* jurisprudencial

Una vez explicada la normativa española en torno a la gestación subrogada, es palpable la incongruencia e insuficiencia existente. En consecuencia, se requiere una aclaración de la situación jurídica nacional, tanto si es a favor como en contra, con el fin de obtener un marco legal congruente amparando al interés superior del niño.

En esta misma línea, según Lamm :

(...) ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades<sup>169</sup>.

En conclusión, a diferencia del TEDH, el Tribunal Supremo estima que la cláusula general concerniente al interés superior del niño, no le permite al juez nacional llegar a cualquier resultado en virtud de su aplicación<sup>170</sup>. Además, el TS en su fundamentación jurídica carece de una valoración constitucional relativa a los derechos fundamentales concernientes a los supuestos en cuestión<sup>171</sup>.

En todo caso, es relevante tener en cuenta que la postura de la DGRN hasta ahora ha resultado comparativamente más congruente con la doctrina del propio TEDH. La divergencia principal entre las posturas de la DGRN y el TS, reside en su concepción contraria de orden público. Para la DGRN la gestación por sustitución no es de por sí contraria al orden público español, mientras que para el TS, sí que lo es y por lo tanto han de rechazarse las inscripciones de relaciones de filiación surgidas mediante dicha técnica<sup>172</sup>.

Precisamente, se trata de uno de los escasos supuestos, en los cuales ha surgido una discordancia tan rotunda entre la doctrina proveniente del TS y la del TEDH, en relación al mismo concepto del interés superior del niño, ya que nuestra doctrina establece como solución la adopción en relación a la determinación con respecto a la filiación materna. Como resultado, se presenta un panorama muy desolador, cerrando la

---

<sup>169</sup> Lamm, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, *op. cit.* p. 43.

<sup>170</sup> Nuñez, M, Nicasio, M.<sup>a</sup> I., Pizarro, E., “ El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *op.cit.* pp. 236 y ss.

<sup>171</sup> Álvarez de Toledo, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *op. cit.* p. 38.

<sup>172</sup> Fide Fundación y Garrigues, “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, *op. cit.*



posibilidad existente anteriormente con respecto a la inscripción relativa a la filiación paterna derivada de la Resolución del año 2009 de la DGRN, en la cual solo se requería la mera certificación registral. Por lo tanto, la vía judicial supone el único camino para atribuir la filiación de los niños nacidos mediante dicha técnica<sup>173</sup>.

Por consiguiente, a pesar de la prohibición proveniente de las leyes nacionales, al igual que la Sentencia del TS de 2014 y el Auto de 2015, sigue dándose una legalización de *facto*. Esta surge como consecuencia de los rodeos jurídicos existentes, ya que por ejemplo la Circular del 11 de julio de 2014 proveniente de la DGRN, dictamina que la Instrucción del 5 de octubre de 2010 sigue plenamente vigente, resultando muy contradictorio<sup>174</sup>.

En esta línea, los Registros Civiles españoles aplican la legalización de tales supuestos, ya que la DGRN les ha proporcionado una cobertura administrativa<sup>175</sup>.

Cabe señalar, que el resquebrajamiento de la prohibición existente en nuestra legislación de la práctica en cuestión, se debe a la preponderancia del principio del interés superior del niño, más que por el propio reconocimiento subjetivo de un derecho a la reproducción<sup>176</sup>. Asimismo, las Sentencias del TEDH refuerzan la posición de los padres que han recurrido a la técnica mencionada en el extranjero, para inscribir la filiación a su favor. Por último, se cuestiona indirectamente la postura planteada por el TS, según el cual dentro del concepto de orden público se enmarca la prohibición de la maternidad subrogada, suponiendo un argumento para obstaculizar la inscripción concerniente a la filiación de dichos niños<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> Álvarez de Toledo, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *op. cit.* pp. 5-49.

<sup>174</sup> Pertusa Rodríguez, L., “Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n. 2, 2018, p. 605.

<sup>175</sup> De la Fuente, M. S., “La maternidad subrogada en España: ¿Coherencia Jurisprudencial Civil y Laboral?: Reflexiones a propósito de la STS de 25 de octubre de 2016. Sala de lo Social”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 16, 2017, pp.1- 50.

<sup>176</sup> Pertusa Rodríguez, L., “Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *op. cit.* pp. 597 y ss.

<sup>177</sup> Abellán-García, F., “Gestación por sustitución: ...”, *op. cit.* p. 76.

## 5. CONCLUSIONES Y FUTURAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN

Según Álvarez Vélez:

(...) es esencial tener presente que ningún derecho es absoluto y que la protección del menor debe actuar como parámetro de actuación cuando haya un menor involucrado (...) no es posible privar a nadie de sus derechos por razones no legítimas, puesto que los derechos humanos se poseen por el hecho de ser persona, por participar de la naturaleza humana<sup>178</sup>. Esto significa que cualquier limitación de los derechos- también de los niños- requiere de una justificación legítima que debe poder expresarse en la motivación de la decisión.

Adicionalmente, según Serrano Molina, es preciso tener en cuenta que el interés del hijo menor de edad debe presidir toda decisión que le concierne. Su interés debe prevalecer siempre sobre cualquier otro (C.D.N y LOPJM) »<sup>179</sup>.

En cuanto a la gestación subrogada, nuestro sistema legislativo sigue respetando el principio romano-canónico basado en la certeza de la madre, denominado *mater semper certa est*.

A mi entender, la gestación subrogada supone una auténtica revolución en el ámbito de la reproducción asistida, al igual que un verdadero desafío jurídico en relación con la protección de los intereses involucrados. El avance de las nuevas técnicas de reproducción ha llegado a posibilitar nuevas formas de engendrar vida, y por consiguiente de alcanzar la maternidad. Por lo tanto, la ciencia jurídica ha de reflejar dichos avances y regularlos para así consagrar la realidad social actual, que a pesar de suscitar debates en relación con las cuestiones morales, económicas, éticas y sociales, ha de tener en todo caso una regulación legislativa acorde a nuestra sociedad.

En relación con el interés superior del niño y toda la problemática expuesta, se podría llegar a rechazar la gestación subrogada, fundamentalmente basándose en que se mercantiliza al niño y a la mujer gestante, atentando así contra su dignidad.

Si bien, cabe la posibilidad de vislumbrar la gestación por sustitución desde un punto de vista de prestación de servicio de gestación y alumbramiento, debido a la capacidad de

---

<sup>178</sup> Álvarez Vélez, M. I., “La protección del menor como límite a los derechos fundamentales”, en Alcón Justas, M<sup>a</sup>.(coord.), De Montalvo, F. (coord.), *Los menores en el proceso judicial*, tecnos, op. cit. pp. 31-32.

<sup>179</sup> Serrano Molina, A., “La protección jurídica a la infancia y la adolescencia”, en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, op. cit. p. 289.

la madre gestante y desde la teoría de la intencionalidad expuesta arriba<sup>180</sup>. El fruto de dicho servicio, es la gestación de un niño, una nueva vida que viene al mundo, por el deseo de sus propios padres, siendo el niño al mismo tiempo titular de los derechos humanos en su condición como tal y necesitado de ser protegido ante todo al igual que otros niños que nacen mediante otras técnicas o incluso los concebidos de forma natural. El niño nace en una familia que desprende el deseo irremediable de concebirlo genéticamente o no, y que se ha visto sometida a la imposibilidad de concebir de manera natural, por ejemplo, debido a problemas de infertilidad y que si no fuera gracias a dicha técnica, no llegaría a existir. De manera análoga, hay algunos autores que también consideran la adopción como cosificación del niño y sin embargo está permitida<sup>181</sup>.

Desde un punto de vista **constitucional** y siguiendo a Ruiz-Rico, nuestra norma suprema hace referencia al principio de los niños en el art. 39 CE, en relación a la protección de la ámbito familiar. Por una parte, se establece en dicho artículo la obligación de los poderes públicos de llevar a cabo la “protección social, económica y jurídica de la familia”<sup>182</sup>.

En este punto, es preciso destacar que el principio del interés superior del niño, en todo caso, está vinculado al desarrollo de la personalidad, pero también de la protección de los derechos fundamentales. El aludido principio tiene como fin, la protección del interés del individuo menor de edad, en relación a sus circunstancias y no de la infancia en general o como colectivo, ya que se define de forma singular. Asimismo, es preciso tener en cuenta, que en los casos planteados ante el TC, no ha sido el único parámetro de decisión a evaluar<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> Se puede afirmar, que hoy en día el *favor veritatis* se ha derogado en base al *favor filiationis*. Por consiguiente, hay algunos autores que dicen que se ha incorporado la filiación intencional, donde se enmarca la gestación por sustitución, como Durán, A., “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. XII, 2010, pp. 274 - 275.; “Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, *op. cit.*

<sup>181</sup> Vela Sánchez, A. J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, *op. cit.* p. 70.

<sup>182</sup> Ruiz-Rico, G., “La Problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El caso de la maternidad subrogada”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 99, 2017, pp. 49-78. Se va a utilizar la postura del referido autor a lo largo de las conclusiones.

<sup>183</sup> Álvarez Vélez, M. I., “La protección del menor como límite a los derechos fundamentales”, en Alcón Justas, M<sup>a</sup>.(coord.), De Montalvo, F. (coord.), *Los menores en el proceso judicial*, tecnos, *op. cit.* p. 31.

Actualmente, la legislación española no resulta la más adecuada para resolver las cuestiones jurídicas relacionadas con los supuestos de gestación subrogada. Si bien, se pueden apreciar una serie de parámetros de referencia establecidos en la doctrina del propio TEDH, que todavía no se han implementado en nuestra legislación ni en la jurisprudencia.

Según Ruiz-Rico, la no implementación de la doctrina del TEDH en nuestro sistema jurídico, seguirá teniendo consecuencias muy negativas, en relación con los principios y derechos fundamentales tanto constitucionales, como los internacionales. Hasta que no se solventa la aludida cuestión, las resoluciones provenientes de los órganos judiciales españoles han de ceñirse a lo dispuesto en el art. 117.1 CE, garantizando el imperio de la ley, que en algunos casos, también puede acarrear efectos inconstitucionales.

En síntesis, el dilema principal reside en la obligación de aplicar una norma de rango legal, afectada al mismo tiempo por una jurisprudencia internacional que es contraria a las posiciones jurisdiccionales superiores nacionales y vinculantes. Para algunos autores, el principio del interés superior del niño no sirve para poder contradecir lo establecido en el régimen legal nacional, por ejemplo, lo dispuesto en la LTRHA en relación a la gestación por sustitución, ya que si se respeta dicha ley también se garantiza dicho principio primordial<sup>184</sup>.

Sin embargo, dicha perspectiva sería contraria el principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, es decir de una interpretación conforme a lo establecido por la propia Constitución.

Objetiva y materialmente se puede constatar, que el resultado jurídico derivado de la propia negativa del TS a aceptar la filiación en los supuestos analizados anteriormente, supone un obstáculo de suma relevancia para la garantía y protección del interés superior del niño.

Además, otras cuestiones que no han sido clarificadas por la jurisprudencia, son por ejemplo, la relación directa de las técnicas de reproducción asistida en el caso de la

---

<sup>184</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

gestación subrogada, tal como las limitaciones derivadas del art. 8 del CEDH relativas a la vida privada. Consecuentemente, se puede dudar hasta qué punto dichas limitaciones entran en juego en estos supuestos. Por eso, se debate la relación directa entre los principios moduladores, así como restrictivos, del propio derecho a la intimidad y el de la finalidad de creación de una familia que incentiva el uso de dichas técnicas de reproducción. En definitiva, se ha suscitado este debate, ya que se trata de una limitación tan crucial que restringe el principio constitucional del propio desarrollo de la persona.

Según lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la filiación del niño con respecto a su padre o madre ha de tener un cauce legal, para garantizar la seguridad jurídica en cuestión. Adicionalmente, tiene derecho al reconocimiento de la nacionalidad de origen de los padres comitentes y a su identidad como ser humano, posibilitándole el conocimiento de sus orígenes. Además, al igual que el resto de niños, tiene derecho a una infancia basada en el amor y una educación tendente al ejercicio de la autonomía de sus derechos. En definitiva, ha de ser considerado un auténtico sujeto de derechos y ha de ser respetado como tal por los demás seres humanos y por el Estado.

Por lo tanto, la jurisprudencia europea es un obstáculo añadido, porque es contraria a nuestro régimen legal, hasta que no se lleve a cabo la modificación legislativa correspondiente, con el fin de adecuarla a la interpretación del propio derecho internacional. Hecha esta salvedad y hasta entonces, los casos deberían ser resueltos conforme a la interpretación llevada a cabo por el TEDH, en relación con el art. 8 del CEDH y su interpretación del derecho a la intimidad personal.

En consecuencia, hoy en día sigue la problemática relativa a una ley vigente interna de obligado cumplimiento (LTRHA)<sup>185</sup> y el mandato constitucional que compele, en todo caso, a interpretar los derechos y libertades del Título Primero a la luz de los Tratados y convenciones ratificadas. En esta misma línea y según Ruiz-Rico<sup>186</sup>, no haya una divergencia primordial, respecto al contenido esencial de los derechos que han sido consagrados en un doble plano: es decir, tanto en el constitucional como en el

---

<sup>185</sup> *Ibidem*.

<sup>186</sup> Ruiz-Rico, G., “La Problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El caso de la maternidad subrogada”, *op. cit.* p. 70.

convencional, al igual que los límites que especifican el alcance y ejercicio de dichos derechos (arts. 8 CEDH y 18 CE)<sup>187</sup>. La diferencia es que, a efectos formales :

(...) en la esfera normativa constitucional no aparecen enunciados como tales los límites que sí modulan de forma explícita esos derechos convencionales; si bien podrían considerarse implícita o expresamente contenidos en otros principios generales y derechos, tales como la prohibición del abuso del derecho, el derecho a la vida y la integridad moral (art. 15.1) o la seguridad frente al delito (art. 18.2)<sup>188</sup>.

Así pues, el dilema jurisprudencial, aflora en la aplicación de una norma contraria a la normativa convencional e indirectamente también a la de la norma suprema, que podría ser solventado mediante la inaplicación de la misma, en virtud de la conveniencia de una interpretación *secundum conventionem* que produce, entre sus efectos, la concerniente interpretación *contra legem*, que se expondrá más adelante.

Por último, cabría otra alternativa, en virtud de la reciente reforma de la LOPJ (LO 7/2015)<sup>189</sup>, que permite la acomodación de la jurisprudencia a través del recurso de revisión, que tiene por objeto amparar la doctrina del TEDH por parte de los jueces nacionales.

Ciertamente, en términos jurídico-legales, la decisión de rechazar la filiación del niño nacido mediante dichos contratos sería la más congruente, hasta producirse la reforma legislativa requerida. Si bien, a mi entender, ha de prevalecer la protección del interés superior del niño, en virtud del cual se admite la validez de dichos contratos, de manera alternativa así como provisional, debido a que la inadmisión en nuestro ordenamiento del contrato no es en todo caso incompatible con la aceptación de la filiación surgida del mismo. No obstante, dicha posibilidad requiere, en todo caso, una solución formal de carácter definitivo mediante la reforma concerniente a la Ley 4/2006, con el fin de garantizarse la imposición definitiva, así como concreta de la doctrina más favorable a favor de los derechos concernientes a los sujetos implicados, que son los niños y los padres<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, *op. cit.*

<sup>188</sup> Ruiz-Rico, G., “La Problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El caso de la maternidad subrogada”, *op. cit.* p. 71.

<sup>189</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985).

<sup>190</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

La nulidad de la filiación en los supuestos de gestación subrogada, en términos constitucionales, será válida si no se afectan otros fines y bienes constitucionales, como por ejemplo la protección del niño.

Una vez establecidos de forma legal los controles precisos para evadir la lesión de estos fines, así como los compromisos surgidos por un determinado mandato constitucional, no tiene sentido limitar la autonomía del propio individuo, que pretende alcanzar su pleno desarrollo personal mediante un contrato de gestación por sustitución.

Por lo tanto, la Constitución sirve para delimitar el alcance de determinadas decisiones provenientes de la libertad individual, en un ámbito donde toman relevancia distintos valores y principios, que es preciso salvaguardar.

En definitiva y siguiendo al mismo autor, lo mejor es establecer un espacio jurídico de carácter abierto que permita una interpretación acorde a las nuevas realidades existentes, así como la cambiante demanda social. Además, esto es preciso combinarlo con un compromiso de carácter constitucional, contrario a la discriminación en virtud de lo establecido en los art. 9.2 y 14 CE. Dichos artículos establecen, que han de considerarse no válidas aquellas leyes cuyos efectos sean contrarios a la igualdad. Se puede alegar, que la jurisprudencia proveniente del TC, tiene una línea de interpretación de carácter flexible, y adaptada a las nuevas circunstancias, mediante la cual se ha llevado a cabo una actualización con respecto a las instituciones provenientes de Derecho privado. La receptividad, que no siempre constante y homogénea, ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional se haya visto encaminado hacia una nueva tendencia propensa al reconocimiento, así como de la tutela de las nuevas formas y modelos familiares y matrimoniales<sup>191</sup>.

Por consiguiente, es congruente la proyección, desde una perspectiva constitucional, respecto a una forma determinada de relaciones jurídicas provenientes del ámbito privado, en las cuales se materializan algunos de los valores supremos de nuestra Carta Magna. En esta línea conviene subrayar, que hasta ahora ningún estudio científico en el

---

<sup>191</sup>Rodríguez Ruiz, B., “Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, 2011, p. 92.; y Ruiz-Rico, G., “La Problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El caso de la maternidad subrogada”, op. cit. pp. 49 y ss.

área de la psicología prenatal concerniente a la gestación subrogada, ha evidenciado un daño, ni aún potencial, para los niños en cuestión<sup>192</sup>. En cambio, las investigaciones empíricas, realizadas por la directora del *Centre for Family Research* de la Facultad de Psicología, de la Universidad de Cambridge y su equipo, han evidenciado las ventajas de la técnica en cuestión, frente a otros métodos de reproducción<sup>193</sup> y otros estudios evidencian que no existe una divergencia de adaptación psicológica de los niños en cuestión frente a los concebidos de forma natural<sup>194</sup>. Por consiguiente, según los mencionados estudios, el interés superior del niño no se conculca sustancialmente, mediante la gestación subrogada y por consiguiente justifica su regulación<sup>195</sup>.

Consecuentemente, resulta muy convincente la “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, realizada por la Fundación Garrigues y FIDE, cuyo eje principal es el interés superior del niño<sup>196</sup>.

La referida propuesta, tiene como fin la inclusión de un nuevo art. 101 (denominado Gestación subrogada), en la Ley del Registro Civil de 2011<sup>197</sup>:

En el caso de la inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, la apreciación de la eventual contradicción con el orden público español deberá tener en cuenta necesariamente el respeto al interés superior del niño, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España.

Si bien, la aludida reforma, se limitaría a regular la eficacia de las relaciones de filiación surgidas a través de la gestación por sustitución, constituidas anteriormente en el extranjero, por parte de las autoridades locales y su consiguiente eficacia registral en España, permitiendo la adaptación de nuestro ordenamiento a las exigencias del art. 8 CEDH y del TEDH.

---

<sup>192</sup> Shiffrin, S. V., “Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm”, *Legal Theory*, vol. 5, 1999, pp. 117 y ss.

<sup>193</sup> Golombok, S., Murray, C., Jadvá, V., Lycett, E., MacCallum, F., Rust, J., “Non-genetic and nongestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3”, *Human Reproduction*, vol. 21, 2006, pp. 1918-1924.

<sup>194</sup> Shelton, K. H., Boivin, J., Hay, D., van den Bree, M. B. M., Rice, F. J., Harold, G. T., Thapar, A. “Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies”, *International Journal of Behavioral Development*, vol. 33, 2009, pp. 385-392.

<sup>195</sup> Lamm, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op. cit. p. 228.

<sup>196</sup> Fide Fundación y Garrigues “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, op. cit.

<sup>197</sup> Ley 20/ 2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011).



Asimismo, la reforma planteada dejaría claro que dicha situación, no supone siempre una contravención del orden público español, ya que es acuciante un análisis casuístico y no un juicio abstracto. Por último, permitiría la adaptación del contenido de la cláusula del orden público a lo dispuesto por el TEDH, estableciendo que es necesario conferir al interés superior del niño una posición superior y preponderante frente a los demás derechos.

La reciente situación (febrero 2019) crítica en Kiev, sufrida por numerosas familias españolas y las incongruencias surgidas en los últimos meses, ha acarreado el desamparo de muchos niños. Adicionalmente, los recientes rodeos jurídicos<sup>198</sup>, así como las actuaciones del gobierno y la DGRN han supuesto una gran contradicción, dando lugar finalmente a la Instrucción del 18 de febrero de 2019 de la DGRN, cuyo régimen es equiparable a la de 2010, ya que mantiene los requisitos de ésta<sup>199</sup>. Por lo tanto, no existe una norma legal, que prevea esta situación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, únicamente las Instrucciones del 5 de octubre de 2010 de la DGRN<sup>200</sup> y la del 18 de febrero de 2019.

En definitiva, encontrar una solución resulta indispensable, con el fin de proteger al interés superior del niño, teniendo en cuenta su imposición, por parte de las obligaciones asumidas por España, derivadas del CEDH y la reciente jurisprudencia del TEDH. Este principio ha de triunfar sobre otras consideraciones concernientes a la gestación subrogada, como resaltan muchos expertos<sup>201</sup>.

Por consiguiente, hasta no introducirse la reforma requerida en España, mantengo la misma postura que Calvo Caravaca y Carrascosa González, que defienden que a pesar de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA<sup>202</sup>, prevalece el art. 3 de la Convención sobre los

---

<sup>198</sup> Ricou, J., “Tercera rectificación del Gobierno con los niños de gestación subrogada en Kiev”, *La vanguardia*, 19 de febrero de 2019 (disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20190219/46562297928/familias-espanolas-kiev-gestacion-subrogada-rectificacion-gobierno.html>; última consulta 18/03/2019).

<sup>199</sup> Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

<sup>200</sup> Instrucción de la Dirección General de los Registros y Notariado de 5 de octubre 2010/15317.

<sup>201</sup> Reilly, D., “Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers”, *Canadian Medical Association Journal*, vol. 4, n. 176, 2007, p. 483.

<sup>202</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

Derechos del Niño<sup>203</sup>. Resumiendo lo dispuesto en el presente trabajo, dicho precepto impera en el Derecho español y puede impedir que la madre gestante sea considerada legalmente como tal. En consecuencia, los Tribunales nacionales pueden dictaminar que la determinación de la madre legal en virtud del criterio de alumbramiento, contraría al principio del interés superior del niño, independientemente de lo previsto en la LTRHA<sup>204</sup>. Es decir, si la norma interna vulnera el principio del interés superior del niño, los Tribunales españoles han de contradecirlo, a través de un desarrollo judicial del art. 3. C.D.N, con el fin de proporcionar una respuesta jurídica acorde con el caso concreto, en sintonía con el interés superior del niño<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Calvo Caravaca, A. L., 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, n. 1, 2011, p. 259.

<sup>204</sup> También en Lamm, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, *op. cit.*, p. 229.

<sup>205</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, *op.cit.*

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### 6.1 Referencias Bibliográficas

#### 6.1.1 Artículos académicos

- Abellán-García, F., “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España”, *R. E. D. S*, n. 9, 2016, pp. 60-77.
- Álvarez de Toledo, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 6, n. 2, 2014, pp. 1-49.
- Álvarez Vélez, M. I., y De Montalvo, F., “La protección del menor como víctima frente al Derecho Constitucional de defensa. Aspectos constitucionales de la victimización secundaria”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 27, 2013, pp. 251- 269.
- Aparisi Miralles, A., “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, 2017, pp. 169-190.
- De Bartolomé Cenzano, J. C., “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n. 3, 2012 pp. 46-59.
- Bellver Capella, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, n.11, 2015, pp. 1-24.
- Bellver Capella, V., “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, n. 2, 2017, pp. 231-267.
- Calvo Caravaca, A, Carrascosa González, J., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)”, *BOE publicaciones*, 2014, pp. 396-450.

- Calvo Caravaca, A. L., 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, n. 1, 2011, pp. 259-263.
- Calvo Caravaca, A. L y Carrascosa González., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, vol. 7, n. 2, 2015, pp. 45-113.
- Campiglio, C., “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLV, n. 3, 2009, pp.1-600.
- Cerdà Subirachs, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Abogados de Familia*, n. 60, Sección Tribuna Abierta, 2011, p. 3 (disponible en <https://docplayer.es/7530267-La-insostenible-legalizacion-de-facto-de-la-maternidad-subrogada-en-espana-a-proposito-de-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-de-la-dgrn.html>; última consulta 10/03/2019);
- Cillero Bruñol, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, n. 125, 1999, pp. 1-17.
- Cillero Bruñol, M., “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño-OEA*, vol. 234, 1997, pp.1-18.
- Comunicación del Poder Judicial., “El Tribunal Supremo reconoce por primera vez el derecho de los padres de hijos nacidos por gestación subrogada a cobrar prestaciones maternidad”, Poder Judicial España, 20 de octubre de 2016; ( disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias->

[Judiciales/El-Tribunal-Supremo-reconoce-por-primera-vez-el-derecho-de-los-padres-de-hijos-nacidos-por-gestacion-subrogada-a-cobrar-prestaciones-maternidad](#) ; última consulta 10/03/2019).

- Dar, S., Lazer, T., Swanson, S., Silverman, J., Wasser C., et al, “Assisted reproduction involving gestational surrogacy: an analysis of the medical, psychosocial and legal issues: experience from a large surrogacy program ”, *Human Reproduction*, vol. 30, n. 2, 2015, pp. 345-369.
- Del Carmen, C., “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, pp. 459-482.
- De Montalvo, F., “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, *PONENCIAS*, vol. 27, 2017, pp. 1-40.
- De la Fuente, M. S., “La maternidad subrogada en España: ¿Coherencia Jurisprudencial Civil y Laboral?: Reflexiones a propósito de la STS de 25 de Octubre de 2016. Sala de lo Social”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 16, 2017, pp.1-50.
- De Verda y Beamonte, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010) ”, *Diario La Ley*, 3 noviembre de 2010, n. 7501, Sección Tribuna, p. 4.
- Durán, A., “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. XII, 2010, pp. 274 -275.

- Emaldi Ciri3n, A. “Implicaciones 3ticas y jur3dicas de la maternidad subrogada. Aproximaci3n a una visi3n europea. ”, *Acta Bioethica*, vol. 23, n. 2, 2016, pp. 227-235.
- Estell3s, P., “Gestaci3n por sustituci3n: Desaf3os jur3dicos y 3ticos”, *Actualidad Jur3dica Iberoamericana*, n. 9, 2018, pp.330-365.
- Farn3s Amor3s, E., “Bio3tica en los tribunales: Paradiso y Campanelli c. Italia (II) los casos dif3ciles crean mal derecho”, *Revista Bio y Der.*, n. 40, 2017, pp. 231-242.
- Fern3ndez-Pacheco, M. T., “La maternidad subrogada en Norteam3rica: la sentencia de Baby M ”, *Revista General de Legislaci3n y Jurisprudencia*, vol. 5, 1988, pp. 649-675.
- Fide Fundaci3n y Garrigues, “Propuesta de reforma de la regulaci3n espa3ola sobre inscripci3n de relaciones de filiaci3n constituidas en el extranjero mediante gestaci3n subrogada”, (disponible en <https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>; 3ltima consulta 15/03/2019).
- Garibo, A., “El inter3s superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bio3tica*, vol. XXVIII, n. 2, 2017, pp. 245-259.
- Guerra Palmero, M., “Contra la mercantilizaci3n de los cuerpos de las mujeres. La “gestaci3n subrogada” como nuevo negocio transnacional”, *Revista Internacional de 3ticas Aplicadas*, n. 26, 2018, pp. 39- 47.
- Golombok, S., Murray, C., Jadv3, V., Lycett, E., MacCallum, F., Rust, J., “Non-genetic and nongestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3”, *Human Reproduction*, vol. 21, 2006, pp. 1918-1924.

- Grimalt, L. y Heresi, E., “Estilos de apego y representaciones maternas durante el embarazo”, *Revista Chilena de Pediatría*, n. 3, 2012, pp. 240-257.
- “Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño”, (disponible en [https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018\\_StC\\_Guia\\_para\\_la\\_evaluacion\\_y\\_determinacion\\_A4\\_online\\_version-ilovepdf-compressed.pdf](https://www.comillas.edu/images/catedras/santander/01232018_StC_Guia_para_la_evaluacion_y_determinacion_A4_online_version-ilovepdf-compressed.pdf) ; última consulta 26/02/19).
- Igareda González, N., “La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 853/2013 sobre la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 40, pp. 171-191.
- “Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” ( disponible en [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.002.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf) ; última consulta 26/02/19).
- Jiménez Muñoz, F. J., “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada”, *R.E.D.S*, n. 12, 2018, pp.1-56.
- Lamm, E., “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol, 2, 2014, pp. 35-50.
- Lamm, E. y Rubaja, N., “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista de Bioética y Derecho*, n. 37, 2016, pp. 140-170

- Liebel, M., “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, n. 49, 2015, p. 46.
- López Guzmán, J., y Aparisi Miralles, A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, vol. XXIII, n. 2, 2012, pp. 256-273.
- Marrades Puig, A., “La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, n. 1, 2017, pp. 1-23.
- Márquez, M., “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, n. 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, 4.
- Martínez Calvo, J., “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/ 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n. 3, 2015, pp. 198-206.
- Martínez de Aguirre, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Maternidad Subrogada”, *The family watch*, vol. 1, n. 2, 2017, pp.1-4.
- Moreno Pueyo, J.M., “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 116, 2015, pp. 47-63.
- Nuñez, M, Nicasio, M<sup>a</sup>. I ., Pizarro, E., “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 29, 2015, pp.227-261.
- Parker, S., “The best interest of the child. Principles and problems ”, *International Journal of Law and the Family*, n. 8, 1994, p. 27.



- Pertusa Rodríguez, L., “Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n. 2, 2018, pp. 605-654.
- Polo García, S., “Gestación subrogada o vientre de alquiler”, *El Derecho*, 19 de junio de 2017 (disponible en <https://elderecho.com/gestacion-subrogada-o-vientre-de-alquiler> ; última consulta 10/03/19).
- Presno Linera, M. y Jiménez Blanco, P., “Libertad, igualdad y ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 51, 2014, p. 10.
- Reilly, D., “Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers”, *Canadian Medical Association Journal*, vol.4, n. 176, 2007, p. 483.
- Revetllat Ballesté, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio siglo XXI*, vol. 30, n. 2, 2012, pp. 89-108.
- Ricou, J., “Tercera rectificación del Gobierno con los niños de gestación subrogada en Kíev”, *La vanguardia*, 19 de febrero de 2019 (disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20190219/46562297928/familias-espanolas-kiev-gestacion-subrogada-rectificacion-gobierno.html>; última consulta 18/03/2019).
- Roca Trías, E., “Familia, familias y Derecho de familia”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, n. 4, 1990, pp. 1-1400.
- Rodríguez Ruiz, B., “Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear ”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, 2011, pp. 9-108.
- Ruiz-Rico, G., “La Problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El caso de la maternidad subrogada”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 99, 2017, pp. 49-78.

- Salazar, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos ”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 99, 2017, pp. 79-120.
- Sánchez Aristi, R., “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos. *Revista HUMANITAS humanidades médicas*, n. 49, 2010, pp. 23-44.
- Shelton, K. H., Boivin, J., Hay, D., van den Bree, M. B. M., Rice, F. J., Harold, G. T., Thapar, A. “Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies”, *International Journal of Behavioral Development*, vol. 33, 2009, pp. 385-392.
- Shiffrin, S. V., “Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm”, *Legal Theory*, vol. 5, 1999, pp. 117-132.
- Shultz, M. M. “Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality”, *Wisconsin Law Review*, 1990, vol. 2, pp. 297-398.
- Serra, M., “Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado Español”, *RJUAM*, vol. 2, n. 31, 2015, pp. 285-329.
- Souto Galván, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho”, *Foro, Nueva época*, n.1, 2005, pp. 285-324.
- Talavera, P., “Los derechos de autonomía y el interés superior como ejes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Problemas y paradojas”, *Revista de Derechos humanos*, Universidad de Pirua, vol. 3, 2012, pp. 107-156.
- Tena Piauelo, I., “La nueva familia y el nuevo derecho de familia español”, *Nuevo Derecho*, vol, 7, n. 9, 2011, pp.79-86.

- Vela Sánchez, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011 (La Ley 3302/2011).
- Velarde, Y., “Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Nº 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n. 3, pp. 61-84.
- Vilar González, S., “Situación actual de la Gestación por sustitución”, *Revista de derecho UNED*, n. 14, 2014, pp. 902-930.

### **6.1.2 Manuales**

- Abellán-García, F., “Derecho a la procreación”, en Romeo Casabona, R. M.(ed.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, 2011, pp. 571-665.
- Álvarez Vélez, M. I., “La familia en el contexto constitucional español”, en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 1- 890.
- Álvarez Vélez, M. I., “La protección del menor como límite a los derechos fundamentales”, en Alcón Justas, M<sup>a</sup>.(coord.), De Montalvo, F.(coord.), *Los menores en el proceso judicial*, tecnos, Madrid, 2011, p. 30.
- De Torres Perea, J., *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Málaga, 2008, pp. 1-256.
- Emaldi Cirión, A., “El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad reproductiva”, en Álvarez Vélez, M., Rey Pérez, J.L.(eds.), *Derecho y pobreza*, Editorial Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. Parte IV, Capítulo 8.
- Fernández Sessarego, C. *Derecho a la Identidad Personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 15 y 34.

- Garibo, A.P., “*Hijos de padre anónimo, ¿una nueva categoría discriminatoria?*”, en Ballesteros, J., y Fernández, E., (coordinadores), *Bioteología y Posthumanismo*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007.
- Gómez Bengoechea, B., *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 29-54.
- Lamm, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Edicions Universitat Barcelona, Barcelona, 2012, p. 238.
- Rothenbacher, F., “Social change in Europe and its impact on family structures”, en Eekelaar, J. (ed.), *The changing family. Family forms & Family Law*, Bloomsbury publishing, Oxford, 1998, pp. 1-330.
- Marco Vila, P., *La determinación de la filiación en la gestación por sustitución*, Tesis Doctoral, 2016, pp. 1- 439.
- Vela Sánchez, A. J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Madrid: Reus, S. A., 2015, pp. 167-173.
- Vidal Martínez, J., *Las nuevas formas de reproducción humana*, Civitas, Madrid, 1988, p. 26.

## **6.2 Fuentes legales**

### **6.2.1 Normativa internacional**

- Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14, 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

- Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14, 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada en España el 31 de diciembre de 1990 en el BOE n° 313.
- *Guardianship and Custody of Infants Acts* de 1925.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño del año 2000.

### **6.2.2 Normativa europea**

- Convenio Europeo de Derechos Humanos (para la protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales publicado en el BOE el 10 de octubre de 1979, n. 2410.)

### **6.2.3 Normativa interna**

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).
- Instrucción de la Dirección General de los Registros y Notariado de 5 de octubre de 2010/15317.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE 24 de Noviembre de 1988).
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE el 29/07/2015).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ( publicada en el BOE el 8 de enero de 2000 y revisada el 6 de marzo de 2019)
- Ley 20/ 2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011).
- Ley 20/ 2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011).

- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (publicada en el BOE el 17/01/1996).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985).
- Disposición Adicional segunda de la Proposición de Ley que dio origen a la primera Ley de Reproducción Asistida (Ley 35/1998, de 22 de noviembre)
- Instrucción de la Dirección General de los Registros y Notariado de 5 de octubre de 2010/15317.
- Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

### **6.3 Jurisprudencia**

- Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 18 de febrero de RJ 2009/1735.
- RDGRN de 30 de noviembre 2011 y 22 de diciembre de 2011, entre otras resoluciones.

#### ***6.3.1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos***

- Sentencia del TEDH del 24 de enero de 2015, (n. 25358/12).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso Mennesson contra Francia. Sentencia de 26 junio 2014. JUR 2014/176908 (FJ 96).
- y Caso Labassee STEDH de 26 de junio de 2014, as. 65941/11.
- Sentencias Foulon y Bouvent y Laborie.

- Sentencia del TEDH (Caso Paradiso y Campanelli contra Italia.) Sentencia de 27 enero 2015 (25358/12).

### ***6.3.2 Tribunal de Justicia de la Unión Europea***

- Sentencia del TJUE, de 2 de octubre de 2003 , asunto C-148/02 “García Avello”, y 14 de octubre de 2008, asunto C353/06 “Grunkin-Paul”.

### ***6.3.3 Tribunal Constitucional***

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre 185/2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril 53/1985.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio 120/1990 (FJ 4).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de junio 89/1987.
- Voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 247/ 2014, suscrito por cuatro magistrados.

### ***5.3.4 Tribunal Supremo***

- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre rec n. 3905/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio 696/ 2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/ 2014.
- Auto del Tribunal Supremo del 2 de febrero 335/ 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Noviembre 953/2016.

### ***6.3.5 Audiencia Provincial***

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 826/2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre 949/2011.

### ***6.3.6 Juzgado de Primera Instancia***

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre 188/2010.