



# EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

## THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN THE CASE OF SURROGATE MATERNITY

ANA-PAZ GARIBO PEYRÓ  
*Universidad de Valencia*  
agapey@uv.es

### RESUMEN:

#### Palabras clave:

Interés superior del menor, maternidad subrogada, inscripción en el registro, prestaciones de maternidad.

Recibido: 30/03/2017  
Aceptado: 27/04/2017

En este artículo se pretende analizar la situación del hijo habido mediante el recurso al convenio de gestación por sustitución puesto que, siendo una de las partes más vulnerables de este contrato, sus derechos e intereses pueden quedar afectados de diversos modos. Para estudiar tal situación se lleva en primer lugar a cabo un breve análisis del concepto de interés superior del menor. A continuación se examina la posible vulneración de dicho interés, en los dos supuestos analizados ya por la doctrina y la jurisprudencia, esto es, en el caso de la inscripción en el Registro civil del país de origen de los comitentes de los hijos así habidos en un país extranjero, y en segundo lugar el supuesto de las prestaciones de maternidad en estos casos de gestación por sustitución. El trabajo se cierra con unas reflexiones acerca de otras situaciones en las que el mejor interés del niño puede quedar afectado, como su derecho a conocer sus orígenes biológicos o situaciones en las que puede haber problemas de identidad o problemas sicosociales

### ABSTRACT:

#### Keywords:

The best interest of the child, surrogate maternity, registration in the civil Registry, maternity benefit.

This article claims to analyze the situation of children born by means of surrogate maternity contract since these babies are one of the most vulnerable parts of this agreement, so their rights and interests could be affected in many ways. In order to study that situation, in the first place, has been accomplished a brief analysis of the concept of the best interest of the child. Afterwards it is examined the possible violation of the best interest of the child in the cases that have already been examined by Doctrine and Jurisprudence, that is, first the case of registration of these children in the country of origin Civil Registry of the intentional parents, and, in second place, the case of maternity benefit for intentional mothers. The article concludes with a reflection about other situations in where the best interest of children can be affected, such as their right to know their biological origins or the cases of identity problems.

### 1. Introducción

Cuando se aborda la cuestión del interés superior del niño, comienza aludiéndose siempre a su naturaleza de concepto jurídico indeterminado y por tanto contro-

vertido, con el peligro de que acabe reflejando la ideología, principios, creencias etc. de aquellos que lo aplican, normalmente autoridades administrativas, jueces y tribunales. Se hace también referencia a las ventajas e

inconvenientes que esta indeterminación comporta. Por otra parte, el ámbito de aplicación de este principio, que según la Convención sobre los Derechos del Niño debe abarcar todas las medidas que les conciernan<sup>1</sup>, se manifiesta fundamentalmente en el derecho penal y en el derecho de familia.

Sin embargo, las nuevas tecnologías reproductivas han abierto horizontes insospechados en los que el interés del menor puede estar en riesgo. Es el caso de la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

En este último supuesto, y en lo que al interés superior del menor se refiere, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado prácticamente de solo dos aspectos, a los que hay que hacer referencia, la cuestión de la inscripción en el país de origen de los padres intencionales o comitentes de los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución por un lado, y por otro lado el derecho a las prestaciones de paternidad y maternidad, que obviamente redundan en interés del menor en estos casos.

Pero hay otras muchas cuestiones que en este terreno de la gestación por sustitución afectan también al menor y que de momento no están siendo objeto de excesiva atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia. En este trabajo trato de ocuparme de todo aquello que en el ámbito de la gestación por sustitución afecta al interés superior del menor, y no sólo de la cuestión de la inscripción de su filiación en el Registro Civil y del derecho a las prestaciones por maternidad o paternidad a favor de los padres de intención.

## 2. Breves reflexiones en torno al concepto de interés superior del menor

### 2.1. Normativa y jurisprudencia

Como es bien sabido, y en ello insisten constantemente doctrina y jurisprudencia, nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado, con las dificultades y riesgos que ello conlleva a la hora de determinar tanto

el propio concepto como su naturaleza y fundamento, y sobre todo, a la hora de concretar en cada caso en particular cual sea su contenido.

De lo que no cabe duda alguna es del gran desarrollo normativo que el interés superior del niño ha experimentado durante el pasado siglo XX, a lo que ha colaborado sin duda el reconocimiento jurídico y político de los derechos humanos de los niños en el ámbito internacional llevado a cabo fundamentalmente por tres documentos: la Declaración de Ginebra de 1924 en el ámbito de la Sociedad de Naciones<sup>2</sup>, la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1959<sup>3</sup> y la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, también de Naciones Unidas. Esta última consagra el "interés superior del niño" como uno de sus principios rectores en su artículo 3.1, que dispone que "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." Pero además, la Convención hace constantes alusiones a este principio a lo largo de todo su articulado<sup>4</sup>. También se refiere al interés superior del niño el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>5</sup>. Finalmente la Observación General número 14 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primor-

2 La Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos de los niños no recoge expresamente la expresión "interés superior del niño", pero puede defenderse que éste se encuentra implícito en todo su breve articulado. Me he ocupado de esta declaración en mi trabajo *Los Derechos de los Niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

3 Esta Declaración sí hace referencia expresa al interés superior del niño en su Principio 2 que dice: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.", así como en su Principio 7 párrafo 2º: "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres."

4 En concreto en los artículos 9, 18, 21, 37 y 40.

5 Dicho artículo dice así: "En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial".

1 En efecto el artículo 3.1 de esta Convención dice: "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."

dial, aborda este concepto en profundidad, estableciendo una lista no cerrada de elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño. Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado de este controvertido concepto en las sentencias de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos, de 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia, y de 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros contra Francia.

También las legislaciones internas se refieren al interés superior del menor, aunque en el caso de la normativa española no se define en ningún momento. Este concepto tiene anclaje en el artículo 39 de la Constitución<sup>6</sup>; se recoge también en la regulación de las relaciones paterno filiales, en la regulación de la guarda y custodia de menores y en la regulación de la adopción en el Código Civil; en los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor; y en el artículo 1826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por supuesto que se trata de un concepto al que también se refieren las legislaciones autonómicas<sup>7</sup>.

Obsérvese que en todas estas normas nacionales e internacionales se utilizan indistintamente las expresiones “interés superior del niño” e “interés superior del menor”. La cuestión acaba siendo indiferente porque como ha puesto de relieve Martín Ostos, sea cual sea la fórmula empleada “se está manifestando con claridad meridiana una voluntad de aspirar a la protección y defensa del interés del menor (es decir de su persona) por encima de otras consideraciones”<sup>8</sup>. Y por otra parte la Convención sobre los Derechos del niño, en su artículo 1º, viene a identificar los conceptos de niño y menor de edad<sup>9</sup>. En general la expresión “interés superior del

niño” es la que suele utilizarse en los documentos y jurisprudencia internacionales, mientras que las legislaciones internas prefieren hablar de “interés superior del menor”.

## 2.2. Concepto, naturaleza y fundamento

Algunos autores aventuran una definición de interés superior del menor, así por ejemplo Marín Ostos lo conceptúa como “aquel principio general inspirador de toda la legislación relativa al menor y que no se concreta en una serie de derechos o garantías particulares, aunque lógicamente también los incluya. Por medio del mismo, el legislador manifiesta su voluntad de aspirar siempre a la consecución del bien superior del menor, por encima de otros intereses con los que pudiera entrar en conflicto.”<sup>10</sup> Pero como bien dice el Tribunal Supremo “el interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado «conceptos esencialmente controvertidos», esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio. Este carácter controvertido puede predicarse del «interés superior del menor» cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado”<sup>11</sup>.

Con ello el Supremo viene a evidenciar las ventajas e inconvenientes de estar ante un concepto tan controvertido como el que nos ocupa. Como ventaja suele señalar la doctrina la flexibilidad del concepto, que permite su adaptación al caso específico que se pretende resolver. Como inconveniente se destaca, por una parte, la enorme discrecionalidad que se otorga a quienes en cada caso les toca decidir, que no son asépticos ni neutrales, y aun actuando con la mejor intención difícilmente logra-

6 Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en su sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Quinto nº2. A esta sentencia aludiremos posteriormente.

7 En el caso de la Comunidad Valenciana, por ejemplo, habría que mencionar el Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, pre el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana.

8 Martín Ostos, J., «En torno al interés superior del menor», *Anuario de justicia de menores*, 12 (2012), 39-66, 40.

9 Efectivamente, dicho artículo dice que “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.”

10 Martín Ostos, J., *op. cit.*, 47.

11 STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Quinto nº3.

rán sustraerse a sus convicciones y prejuicios y no podrán evitar enfrentar la cuestión desde su propia óptica e ideología, lo que por otra parte, comporta el riesgo de arbitrariedad y una cierta inseguridad jurídica derivada de lo impredecible de las decisiones<sup>12</sup>.

En cuanto a su fundamento, la doctrina parece coincidir en que éste se hallaría en la especial vulnerabilidad y debilidad de los menores, que al estar en proceso de maduración y desarrollo son todavía incapaces de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente responsabilidad, estando por ello ante sujetos de derecho merecedores de una especial atención, protección, previsión y promoción<sup>13</sup>. Pero de todos modos no hay unanimidad al respecto, pues hay autores como Liebel que opinan que “al pensarlos y tratarlos sólo en su calidad de ‘seres en desarrollo’ (ingl. *becomings*) en vez de como ‘seres completos’ (ingl. *beings*), subestimamos y subvaloramos sus intereses y su capacidad de acción y también disminuimos su peso en la sociedad”<sup>14</sup>. Este autor ha destacado así la dimensión de la participación del niño en la determinación de lo que es su interés superior en la implementación del mismo, cuestión por la que parece inclinarse la Convención sobre los Derechos del Niño en artículos como el 12<sup>15</sup>. De todos modos, el problema, a mi juicio, radica en pretender no considerarlos seres completos por ser seres en desarrollo, creo que ahí hay una confusión de planos, puesto que el hallarse en pleno proceso de maduración no significa de

ninguna manera que no sean seres completos, tienen la consideración de personas y sujetos de derechos.

La naturaleza jurídica del interés superior del niño ha sido también objeto de debate intenso. Se ha dicho ya varias veces que se trata de un concepto jurídico indeterminado, pero hemos visto como se habla indistintamente de principio, de consideración, de cláusula...

Talavera ha profundizado en esta cuestión y lo ha caracterizado como “principio garantista”, como “principio ponderativo” y como “principio hermenéutico”<sup>16</sup>. El Comité de Derechos del Niño, en su mencionada Observación General nº 14, ha tratado de salir al paso de este problema caracterizando triplemente al interés superior del niño como derecho sustantivo directamente aplicable, como un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento<sup>17</sup>.

Otra cuestión controvertida es la de la primordialidad de este principio. De algunos textos normativos y sentencias parece deducirse que el interés superior del niño deberá primar frente a cualquier otro interés que concurra en el caso concreto del que se trate. Así resulta

16 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), 75-114, 107 y ss.

17 “El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.” Parágrafo 6 de la Observación General nº14 del Comité de Derechos del Niño.

12 Al respecto se puede consultar: Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, 2ª ed, Dykinson, Madrid, 2007, 101 y ss; Revetllat Ballesté, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educatio siglo XXI*, 30 (2), (2012), 89-108; 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 de la infancia y la adolescencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3ter, (2015)198-206, 201; 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*, 3, 46-59, septiembre (2012), 51-52.

13 Revetllat Ballesté, I., *op. cit.* 90 y 91

14 Liebel, M., «Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 49, (2015), 43-61, 46.

15 Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

por ejemplo del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, según el cual “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.” Y por su parte el Tribunal Supremo en alguna ocasión ha dicho que “el interés superior del menor debe primar sobre cualquier otro interés legítimo en confrontación”<sup>18</sup>.

Siendo el de los niños un colectivo especialmente vulnerable, hay que tener en cuenta, sin embargo, que no se trata del único colectivo necesitado de especial protección por esta causa. Junto a ellos hay que tener también en cuenta, proteger y promocionar a otros colectivos vulnerables como el de los enfermos, los discapacitados, los ancianos, o determinadas minorías. Por esa razón, la propia Convención sobre los Derechos del Niño, al referirse a este concepto jurídico, habla del mismo como *una* consideración primordial y no como *la* consideración primordial. Además, en cada caso concreto podrán concurrir otros intereses en conflicto con el interés superior del menor y que quizá en ese contexto particular deban primar sobre aquel. En este sentido el Tribunal Supremo ha señalado que tal principio no es el único que hay que tomar en consideración y que “pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación”<sup>19</sup>.

### 3. La maternidad subrogada, una práctica controvertida que podría atentar contra el interés superior del menor

#### 3.1. La maternidad subrogada: consideraciones previas

El fenómeno de la maternidad subrogada está siendo en la actualidad objeto de creciente interés en los medios de comunicación, que están tratando de llevarlo

al debate social en España. A este creciente interés ha colaborado sin duda la publicidad que le están dando los famosos que han recurrido a esta técnica<sup>20</sup> y la fuerte controversia a que han dado lugar algunos conocidos escándalos<sup>21</sup>.

La primera dificultad que presenta este procedimiento es la cuestión terminológica. Podemos encontrar en la literatura científica varias expresiones que pretenden referirse al mismo hecho sin ser, sin embargo, equivalentes. Así vemos que se utilizan, junto a la de “maternidad subrogada”, expresiones como “gestación por sustitución”, “vientres de alquiler”, “maternidad por sustitución”, “madres de alquiler”, “alquiler de útero”, “maternidad de encargo”, “maternidad portadora”, “subrogación uterina” etc. Como ha señalado Bellver, no todas ellas indican exactamente lo mismo pero tienen en común “la voluntad de retirar la condición de madre a quien ha dado a luz un bebé y atribuirla a otra, otro u otros”<sup>22</sup>.

Los autores utilizan cualquiera de las citadas expresiones indistintamente, si bien la más generalizada es la de “maternidad subrogada”, lo cual no está exento de críticas, pues hablar de subrogación cuando la gestante pone su material genético no es correcto y la palabra “maternidad” es mucho más amplia que la mera gestación<sup>23</sup>. Por su parte hay que señalar que la legislación española ha optado por el término “gestación por sustitución”<sup>24</sup>.

20 Son de sobra conocidas en España las celebridades que han recurrido a esta técnica para acceder a la paternidad o maternidad, se trata de casos como el de Miguel Bosé, Jaime Cantizano o la baronesa Thyssen. Entre los famosos extranjeros que han recurrido también a esta técnica y lo han dado a conocer, figuran entre otros Elton John, Ricky Martin, Sarah Jessica Parker, Nicole Kidman etc.

21 Bellver Capella, V., «¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional», *SCIO. Revista de Filosofía*, 11, (2015), 2. Este autor en concreto cita los famosos casos de Baby M, Baby Gammy, y el del millonario joven japonés Mitsutoki Shigeta. Sobre el temprano caso de Baby M en concreto, consúltese Fernández-Pacheco, M.T., «La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5, año CXXXVII, (1988), 660 y ss.

22 Bellver Capella, V., *op. cit.* 4

23 Souto Galván, B. «Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución», *Feminismols*, 8, (2006), 181-15, 182.

24 Es la expresión utilizada por el Informe Palacios (informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas) y la que utiliza el artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

18 Sala de lo Civil, Sentencia núm. 696/2004, de 12 de julio.

19 STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Quinto nº7.

Se trata de una modalidad de reproducción asistida con tantas implicaciones y posibilidades que definirla resulta excesivamente complejo, y cualquier intento de hacerlo suele resultar incompleto. Quizá, atendiendo a las diversas modalidades que puede revestir, se puede llegar a tener una idea cabal de esta técnica con todas sus variantes. En este sentido la doctrina<sup>25</sup> suele distinguir entre, por una parte, maternidad subrogada *plena* o *total*, que se refiere al supuesto en que la madre subrogada no solo gesta al bebé sino que aporta también el óvulo, siendo por tanto madre biológica del niño, y por otra parte maternidad subrogada *gestacional* o *parcial*, en la cual la madre subrogada tan solo aporta la gestación, siendo el material genético de los padres intencionales o bien procedente de donantes.

Pero esta simple clasificación no da cuenta de todas las posibilidades en juego, ni de la existencia en su caso del contrato de gestación, ni de la participación de entidades gestoras y mediadoras entre los sujetos participantes, ni de la diversidad de circunstancias que pueden concurrir, y sobre todo no da cuenta de la complejísima problemática y conflictualidad a que puede dar lugar. Más interesante resulta por ello el análisis de las distintas modalidades llevado a cabo por Bellver, que ayuda a comprender la complejidad del fenómeno a través de una clasificación que incluye varios criterios, a saber: (1) la finalidad con la que actúa la gestante; (2) las condiciones de entrega del bebé; (3) el origen de la dotación genética del bebé; (4) el tipo de padres legales que tendrá el bebé resultante de la maternidad subrogada; (5) la causa por la que se recurre a la subrogación; (6) la localización geográfica de los comitentes y la gestante; (7) el nivel de conocimiento y libertad de la gestante; (8) las características de la relación jurídica entre comitentes y gestante<sup>26</sup>.

25 Ver al respecto entre otros: Godoy, O., «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los Estados miembros en materia de subrogación uterina». En: Santos, J.A., Albert, M., y Hermida, C., *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016, 238; Rodríguez-Yong, C.A., y Martínez-Muñoz, K.X., «El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense», *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, 2, (2012), 59-81, 60 y ss; Jiménez Muñoz, F.J., «Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)», *Revista boliviana de Derecho*, 18, (2014), 405 y ss.

26 Bellver Capella, V., *op. cit.* 5.

A efectos de lo pretendido en este artículo, resulta esencial identificar a todos los sujetos que pueden intervenir en un procedimiento de maternidad subrogada. En primer lugar la persona o personas que encargan la gestación por sustitución para asumir después la paternidad-maternidad del hijo habido. Puede tratarse de una pareja heterosexual, una pareja homosexual o un bien de una mujer o un varón solos. A ellos se les denomina comitentes o bien padres o madres intencionales. Es posible que la dotación genética del bebé sea aportada por ellos, pero si eso no es posible, habrá que contar con la participación de otro varón y otra mujer donantes que aporten el material genético. En segundo lugar, otra de las partes implicadas es la mujer que va a gestar al bebé, aporte o no el óvulo. Un tercer agente lo constituye la entidad que, mediante contraprestación, se encarga de poner en contacto a los comitentes y la gestante y se suele ocupar de los trámites jurídicos y administrativos. Y por último el sujeto que a mi juicio resulta más vulnerable (junto con la gestante) y cuyos derechos pueden ser gravemente transgredidos por ser la parte más débil, por no tener voz: el hijo o los hijos que se pretenden "obtener" mediante este procedimiento. Entiendo que sus intereses y derechos están en riesgo, y precisamente la vulneración de los mismos es una de las principales causas que desaconsejan el recurso a esta práctica. Es justamente la protección de su interés superior el objeto principal del presente trabajo.

Ni la doctrina internacional, ni la jurisprudencia, ni la opinión social tienen una posición unánime al respecto de la permisibilidad o no de la gestación por sustitución, siendo muy amplio el abanico de posiciones al respecto, y conscientes de que están en juego la dignidad de la madre gestante y la del niño. Ciertamente algunos autores se muestran partidarios de una práctica a la cual consideran solidaria<sup>27</sup>, pero hay otros que como Andorno han puesto en duda su carácter ético por constituir

27 Álvarez de Toledo Quintana afirma: "Nos aventuramos a mantener que no hay nada indigno en facilitar a otros la paternidad, con sacrificio del propio cuerpo, siempre que ello no suponga la prestación de un servicio remunerado". Álvarez De Toledo Quintana, L. «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 6, nº2 (2014), 5-49, 21.

una instrumentalización y mercantilización tanto del niño como de la madre gestante y atentar contra su dignidad<sup>28</sup>.

Al contrato de gestación por sustitución se refiere el Ordenamiento jurídico español en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTR-HA), declarándolo nulo de pleno derecho, tanto si media como si no media precio, determinándose en estos casos la maternidad por el parto. El artículo deja a salvo la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico<sup>29</sup>. Hay que destacar que algunos autores han puesto de manifiesto que aunque no existiera el mencionado artículo, el contrato de gestación por sustitución sería igualmente nulo en nuestro Derecho por ilicitud de su causa y de su objeto, puesto que la capacidad de gestar es una función que está fuera del comercio de los hombres<sup>30</sup>. En resumidas cuentas, la maternidad subrogada, como en la mayoría de países de nuestra cultura jurídica, está prohibida. Aunque en otros muchos países, como Rusia, India, Ucrania, y algunos de Estados de los Estados Unidos, se muestran más permisivos al respecto<sup>31</sup>.

La disparidad de criterios legislativos en cuanto a la permisividad o no de la gestación por sustitución ha generado el llamado "turismo reproductivo", al propiciar que las personas en cuyo país no está permitida, sosla-

yando tal prohibición, acudan a otros países en los que sí pueden llevar a cabo esta práctica, con la pretensión de que se inscriba la filiación de los hijos así habidos en sus países de origen. Ello está dando lugar a una gran inseguridad jurídica y al surgimiento de muchos conflictos que los Tribunales nacionales e internacionales no están resolviendo de manera uniforme. Por ello algunos autores<sup>32</sup> abogan por la necesidad de directrices internacionales que vengan a solucionar estos problemas<sup>33</sup>, aunque otros señalan las dificultades que ello comportaría y dudan de su viabilidad<sup>34</sup>.

### 3.2. Inscripción en España de la filiación derivada de la gestación por sustitución en un país extranjero. La protección del menor en estos casos

La identidad, la personalidad jurídica y la nacionalidad de las personas desde su nacimiento son derechos reconocidos y protegidos tanto en el ámbito nacional como internacional<sup>35</sup>. Para ello es crucial la inscripción de los niños en el Registro Civil correspondiente tras su nacimiento. Pues bien, la inscripción en el Registro Civil Consular español de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución, se ha convertido en un

28 Andorno, R., *Bioética y dignidad de la persona*, 2ªed, Tecnos, Madrid, 2012, 139 y ss.; Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, 140 y ss; Vidal Martínez, J., *Las nuevas formas de reproducción humana*, Civitas, Madrid, 1988, 26.

29 En efecto, según el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que por otra parte es idéntico a su predecesor en la Ley 35/1988, dice: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."

30 Casado Blanco, M., e Ibáñez Bernáldez, M., «Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada», *Revista española de medicina legal*, 40 (2), (2014), 59-62.

31 Un repaso por algunas legislaciones se puede encontrar en Farnós Amorós, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *Indret Revista para el análisis del Derecho*, enero (2009), 17 y ss. En concreto esta autora repasa las legislaciones de Estados Unidos, Reino Unido, Israel, Bélgica y Grecia, explicando cómo solucionan en cada caso el posible conflicto entre los comitentes y la madre gestante.

32 Velarde D'Amil, Y., «Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 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*, 3, (2012), 68.

33 A ello responde el Informe preliminar publicado en marzo de 2012 por la Oficina Permanente de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sobre problemas derivados de los acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional (*A Preliminary Report on the Issues arising from International Surrogacy Arrangements*) [Publicación on line] disponible en <<https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>> [Consulta: 30/03/2017].

34 "La pregunta que debe plantearse con carácter previo es: ¿se puede regular esta práctica de modo que garantice efectivamente, tanto a nivel nacional como internacional, la libertad de la gestante y el interés superior del menor? Hay muchos motivos para dudar de que una regulación de la maternidad subrogada de alcance internacional y carácter lucrativo garantice la dignidad de las partes más débiles de la relación. Entre una prohibición -que pudiera no ser del todo eficaz e hiciera aflorar cierto mercado negro de la gestación por sustitución- y una regulación que probablemente no lograría prevenir muchos abusos e incrementaría el recurso a esta práctica, es razonable pensar en la primera de las alternativas como menos perjudicial". Bellver Capella, V., *op. cit.*, 11.

35 En el orden nacional en los artículos 17 y ss., así como 29 y ss., del Código Civil. En el ámbito internacional sólo haré referencia expresa a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aunque es bien sabido que estos derechos están protegidos en muchos otros documentos y Tratados Internacionales.

problema que afecta al interés superior del menor y que ha llegado a los Tribunales. Tanto el Tribunal Supremo (TS), como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han sentado jurisprudencia al respecto.

El Pleno de la Sala de lo Civil del TS en Sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>36</sup> sentó jurisprudencia en España poniendo fin a un caso que ha sido seguido por la doctrina desde sus inicios<sup>37</sup>.

Sinteticemos el caso: dos varones españoles casados entre sí solicitaron en el Registro Civil Consular de Los Ángeles la inscripción del nacimiento de dos niños nacidos en San Diego mediante gestación por sustitución, para poder determinar así la filiación de los niños a su favor.

El encargado del Registro Civil Consular denegó tal solicitud invocando para ello el artículo 10 de la LTRHA, que como ya sabemos, prohíbe categóricamente la maternidad subrogada y establece la filiación a favor de la madre gestante. Ante tal negativa, los pretendidos padres intencionales interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) la cual, mediante Resolución de 18 de febrero de 2009<sup>38</sup>, lo estimó ordenando la inscripción de los niños a favor de los solicitantes.

El Ministerio Fiscal impugnó dicha Resolución, impugnación que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia en sentencia de 15 de septiembre de 2010, procedimiento 188/2010, la cual dejó sin efecto la inscripción. Ante tal sentencia la DGRN respondió inmediatamente con una Instrucción de 5 de octubre del mismo año, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>39</sup>, en la que estableció una política favorable a la

inscripción de la filiación en favor de los padres comitentes. Dicha resolución ha sido objeto de un intenso debate doctrinal. Enseguida hubo autores que aplaudieron la postura de la DGRN mientras que otros se mostraron muy críticos con la misma al entender que no se sostenía formalmente y que en la práctica suponía respaldar el fraude de ley derivado del turismo reproductivo<sup>40</sup>.

Mientras tanto, el caso que nos ocupa siguió su itinerario ante los tribunales, y mediante su recurso dio lugar a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 que siguió la tónica iniciada por la sentencia de primera instancia.

Finalmente los recurrentes acudieron al TS quien, como decíamos antes, estableció jurisprudencia al dictar sentencia el Pleno de la Sala de lo Civil en sentencia de 6 de febrero de 2014, desestimando el recurso de casación interpuesto.

Tanto la sentencia del TS como la instrucción de la DGRN tratan de atener al interés superior de los menores, pero evidentemente lo hacen a través de cauces distintos. La DGRN considera que lo mejor para el niño es la inscripción de su filiación natural a favor de los padres comitentes. El TS no se muestra de acuerdo con ello, pudiendo recapitular su postura al respecto en los siguientes puntos: 1º) la filiación cuyo acceso se pretende al Registro es contraria al orden público español: la legislación del Registro Civil español exige que el control previo al reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera, en este caso la encargada del Registro civil de California, no debe limitarse solo a los aspectos formales sino también debe

36 Nº de Resolución: 835/2013, Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247. El ponente de esta sentencia fue el Excmo. Sr. Magistrado don Rafael Sarazá Jimena.

37 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*, Nº 7501, Sección Tribuna, 3 Nov. 2010.

38 [Publicación en línea] Disponible en <<http://www.asesoriaempresas.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/50165/resolucion-dgrn-de-18-de-febrero-de-2009-inscripcion-de-nacimiento-acaecido-en-california-por-m>>, [Consulta: 31/03/2017].

39 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filia-

ción de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE de 7 de octubre de 2010, Sec.I. p. 84803. Disponible en <[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317)> [Consulta:31/03/2017].

40 Se han mostrado críticos con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010: Farnós Amorós, E., *op. cit.*; De Verda Beamonte, J.R., *op. cit.*; Jiménez Muñoz, F.J., *op. cit.*; Por el contrario otros autores consideran la postura de la DGRN tanto en la Resolución citada como en la Instrucción como pionera, vanguardista y audaz: Calvo Caravaca, A-L., y Carrascosa González, J., «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1, 2, (2009), 294-319; Vela Sánchez, A.J., «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», *Diario La Ley*, Nº 8279, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2014.



extenderse a las cuestiones de fondo, y en este caso la cuestión de fondo es que la gestación por sustitución no está permitida en el ordenamiento jurídico español<sup>41</sup>. 2º) Denegando la inscripción no se vulnera el interés superior del menor. Éste no se puede aplicar indiscriminadamente sin tener en cuenta otros intereses concurrentes, de hecho tiene en cuenta otros bienes constitucionales como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, la evitación de la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes pobres, y la necesidad de impedir la mercantilización de la gestación y la filiación<sup>42</sup>. La invocación indiscriminada del interés del menor no puede servir de tabla rasa para cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional. 3º) “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”<sup>43</sup>. 4º) Determinar la filiación de un menor a favor de quien lo encarga mediante gestación por sustitución, supone convertir al menor en objeto de tráfico mercantil, y ello atenta contra la dignidad del menor<sup>44</sup>. 5º) No hay vulneración del respeto a la vida privada y familiar que regula el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales, pues aunque la

denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas supone una injerencia en la vida familiar, tal injerencia está justificada<sup>45</sup>.

Considera el TS que a la protección de los menores no puede llegarse aceptando acríticamente las consecuencias de un contrato prohibido como lo es el de gestación por sustitución, sino que tal protección debe otorgarse partiendo de la ley y los convenios aplicables en España.

Así, los menores no quedarían en ningún caso desprotegidos, el TS entiende que no es verosímil plantear que en este caso los menores serían enviados a un orfanato o a los Estados Unidos (como habían planteado los recurrentes), y que la protección a los menores ha de otorgarse aplicando como decíamos la legislación española y los Convenios Internacionales de los que España es parte, así como de la jurisprudencia que los interpreta y los aplica. De este modo, entendió el Tribunal, con referencia al artículo 8 del CEDH, que si los menores ya tenían relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución habría de buscarse partiendo de este dato y permitiendo el desarrollo y la protección de esos vínculos<sup>46</sup>. Señala el Tribunal que en aplicación del artículo 10.3 de la LTRHA se podía determinar la filiación del padre biológico y el otro varón podía, previo consentimiento de la madre gestante, adoptar a los niños sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad del artículo 176 del CC.

Según De Verda esto último supone que la legislación española indirectamente contempla mecanismos

41 “La decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado 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 dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. (FDº Tercero, nº10).

42 “Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993”. (FDº Quinto, nº7).

43 FDº Quinto nº6

44 “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” (FDº Quinto, nº8).

45 “Tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo : (i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación” (FDº Quinto nº10)

46 FDº Quinto, nº11.

que permiten eludir la prohibición de la gestación por sustitución, ya que como hemos visto, el varón padre biológico de los así nacidos puede reclamar la paternidad y el otro miembro de la pareja puede adoptar a los hijos habidos mediante esta técnica. El autor califica la solución de absurda, porque si esto es así, dice, “¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo, que va a llegar al mismo resultado?”<sup>47</sup> Frente a ello Albert argumenta: “en mi opinión, la razón tiene que ver, por una parte, con que, si bien nuestro ordenamiento jurídico ha admitido el matrimonio homosexual y la adopción por parte de parejas homosexuales, esto no implica que pueda ni deba certificar un hecho imposible, como es el de la filiación natural por parte de personas del mismo sexo, por más que esa filiación sea anhelada por las parejas homosexuales”<sup>48</sup>.

También la jurisprudencia del TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse varias veces en torno a la cuestión de la inscripción en los países de los padres intencionales de la filiación de los menores nacidos mediante contrato de gestación por sustitución en un país extranjero. Esta doctrina resulta ser contrapuesta a la de nuestro alto Tribunal. En sendas sentencias de 26 de junio de 2014, asunto 65192/2011 *Mennesson* contra Francia, y asunto 65941/2011 *Labassee* contra Francia, declara este Tribunal que, negar la inscripción de la filiación de los hijos nacidos en un país extranjero mediante convenio de gestación por sustitución viola el artículo 8 de la CEDH, y por tanto se debe proceder a dicha inscripción<sup>49</sup>.

Con ocasión de esta nueva jurisprudencia del TEDH, se planteó ante el TS un incidente de nulidad de actuaciones contra la STS de 6 de febrero de 2014. El Auto del TS de 2 de febrero de 2015<sup>50</sup> que resuelve dicho incidente de nulidad confirma la doctrina de la mencionada sentencia, afirmando que la misma protege el

interés de los menores al permitir la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación paterna biológica de uno de los recurrentes y la formalización de las relaciones familiares ‘de facto’ a través de la adopción por parte del otro recurrente, de modo que se protege en todo momento la unidad familiar. El Auto señala además las diferencias que existen entre los casos franceses y el caso español.

### 3.3. Las prestaciones de maternidad en los casos de maternidad subrogada y la protección del interés del menor

Qué duda cabe de que las prestaciones de maternidad y paternidad redundan en el interés del menor, puesto que gracias a ella se facilita, entre otras cosas, el mejor cuidado de los niños en sus primeros meses de vida y el afianzamiento de los vínculos físicos y afectivos entre padres e hijos.

Las prestaciones de maternidad están reguladas en el Ordenamiento jurídico español en los Artículos 45.1 y 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, así como en los artículos 133bis y 133ter de la Ley General de la Seguridad Social y en el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia. La prestación por maternidad subrogada no tiene encaje en todas estas previsiones legales, por lo que cabría plantearse si en tal caso hay una laguna legal y si sería por tanto posible la extensión analógica de la ley al supuesto de la madre subrogante<sup>51</sup>.

A pesar de que el supuesto no está expresamente contemplado en la legislación, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>52</sup> se han pronuncia-

51 Al respecto consúltese Moreno Pueyo, J.M., «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 116, (2015).

52 Sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 5 de mayo de 2010, recurso 539/2010; Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2009, recurso 1282/2008; Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, de 20 de septiembre de 2012, recurso 1604/2012; Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012, recurso 6240/2012; Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012, 1875/2012 y de 13 de marzo de 2013, recurso 3783/2012.

47 De Verda Beamonte, J.R., *op. cit.* 4.

48 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, 22 de mayo de 2012, 4.

49 Consúltese al respecto el trabajo de Godoy, O., *op. cit.* 255 y ss.

50 N° de Recurso: 245/2012, Roj: ATS 335/2015 - ECLI: ES:TS:2015:335<sup>a</sup>, Ponente Excmo. Sr. Magistrado don Rafael Sarazá Jimena.

do a favor de conceder la prestación por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada, aplicando la legislación por analogía al supuesto de adopción, y alegando el interés superior del menor al señalar que “la atención o cuidado del menor y el estrechamiento de los lazos del padre y de la madre con el mismo es lo prioritario y fundamental”<sup>53</sup>.

Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en dos pronunciamientos de 18 de marzo de 2014, sobre dos cuestiones prejudiciales planteadas, la primera por un Tribunal británico (C 167/12) y la segunda por un Tribunal irlandés (C 363/12) relativas ambas a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada, niega que las normas comunitarias impongan a los ordenamientos nacionales el reconocimiento de este derecho para las madres subrogantes<sup>54</sup>.

Tras los pronunciamientos del TJUE, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, en sentencia de 13 de mayo de 2014, denegó la prestación de maternidad a una madre subrogante, cambiando radicalmente la doctrina anterior de las Salas de lo Social de diversos Tribunales Superiores de Justicia que ya hemos visto. Sin embargo, como ha señalado Moreno Pueyo, la Sala del País Vasco dictó sentencia sintiéndose obligada por la jurisprudencia del TJUE y muy a su pesar, suscitando dos cuestiones interesantes al respecto: “¿verdaderamente las circunstancias concurrentes en la madre intencional son irrelevantes en todo caso a la hora de resolver sobre los efectos jurídicos derivados de una maternidad subrogada? (se trata de una mujer sola de 64 años de edad). En segundo lugar ¿puede afirmarse que las dos sentencias del TSJUE implican necesariamente una respuesta negativa a las solicitudes de prestación de maternidad de las madres intencionales, dejando sin margen de maniobra a los

tribunales nacionales?”<sup>55</sup> Este autor sostiene que la ausencia de previsión de la prestación por maternidad a las madres o padres subrogantes no supone la existencia de una laguna legal, sino que obedece a una decisión consciente y deliberada del legislador español, coherente con la prohibición del contrato de gestación por sustitución. Y concluye también que no cabe la extensión analógica del derecho a la prestación por maternidad a favor de los padres intencionales basada en la asimilación de la maternidad subrogada a la adopción o acogimiento.

Por su parte Polo Sánchez<sup>56</sup> se muestra crítica con los pronunciamientos del TJUE por dos motivos: 1º) El pronunciamiento del TJUE “se opone con toda evidencia a la interpretación amplia favorable siempre a la protección de la trabajadora y que, en este supuesto, no encuentra acomodo, por asimilación, con la figura de la adopción”. 2º) La sentencia no menciona a qué otras acciones podría acogerse la trabajadora, el resultado es que la trabajadora tiene que acudir a su trabajo con normalidad teniendo un bebé en casa.

El supuesto de la prestación de maternidad, contemplado desde la perspectiva del interés del menor, plantea disyuntivas difíciles de resolver. Lleva razón Moreno Pueyo al afirmar que no cabe la extensión analógica de la ley en este caso y que no estamos ante una laguna legal, puesto que contemplar expresamente el caso de esta prestación para las madres y padres subrogantes, hubiera supuesto una absurda contradicción por parte del legislador con la prohibición expresa de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento. Y también es cierto que tal y como está regulada esta prestación en la normativa antes registrada, se contempla como un derecho de la madre o el padre, y no como un derecho del menor. Sin embargo, sostengo, como decía en el inicio de este epígrafe, que se trata de un derecho que necesariamente redundaría en interés del menor. Al margen de lo criticable que pueda ser el modo en que se ha producido el nacimiento de estos niños, lo cierto es que están ahí, y necesitan de cuidados especialísimos en los

53 Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Asturias de 20 de noviembre de 2012, recurso 1604/2012.

54 En el caso del primer pronunciamiento se analiza la Directiva 92/85 de Medidas para promover la mejora de la seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y la Directiva 2006/54 sobre igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras. En el caso de la Cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal irlandés se analizan también la Directiva 2006/54 y la 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

55 Moreno Pueyo, J.M., *op. cit.* 39.

56 Polo Sánchez, M.C., «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D». *Ars Iuris Salmanticensis*, Reseña de Jurisprudencia, 2, (2014).

primeros días de vida así como desarrollar el apego con sus cuidadores primarios, que en este caso son los padres de intención. Ahora bien, la cosa se complica todavía más si consideramos que es posible que los comitentes no sean las personas más idóneas para el ejercicio de la paternidad-maternidad. Pero eso es algo que pretendo abordar en el siguiente epígrafe.

### 3.4 Intereses de los menores que también pueden ser vulnerados en los supuestos de maternidad subrogada

Además de los dos supuestos que hemos examinado en los epígrafes anteriores, hay otras cuestiones que observar en el contexto de la gestación por sustitución que afectan directa o indirectamente al interés superior del menor.

Son muchos los autores que se oponen a esta práctica por considerar que atenta contra la dignidad de la madre gestante y del niño, pues son considerados como objeto de comercio. Como ha señalado 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”<sup>57</sup>, pues ello supondría una cosificación y una mercantilización del niño. Y los hijos no son una cosa, sino un don. El contrato de gestación por sustitución se ha planteado en la opinión pública como un derecho, en efecto, López Guzmán y Aparisi Miralles han puesto de manifiesto cómo se reclama el recurso al vientre de alquiler previo acuerdo contractual remunerado como un derecho en el contexto propiciado por la llamada ideología de género de los denominados “derechos sexuales y reproductivos”<sup>58</sup>. En estos acuerdos se corre el riesgo de que al hijo se le vea como el objeto de un contrato y defender de esta manera un posible derecho al hijo como resultado de un proceso por el que se han pagado grandes cantidades de dinero. No se puede defender la existencia de un derecho al hijo, en todo caso

son los hijos los que tendrían derecho a tener padres y a conocerlos y ser cuidados por ellos en la medida de lo posible<sup>59</sup>. Pero en estos contratos parecen primar el deseo o los intereses de los adultos sobre los derechos de los niños. La instrumentalización del niño atenta claramente, a mi juicio, contra su interés.

Por otra parte, Rodríguez-Yong y Martínez-Muñoz, al exponer las razones por las que la jurisprudencia de algunos Estados de los Estados Unidos consideran los contratos de gestación subrogada contrarios al orden público, han señalado que éstos “atentan contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse al niño por una compensación, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana”<sup>60</sup>, como es la relación que se establece entre la madre gestante y el hijo. Ello es más grave todavía en los casos en los que la gestante es además madre biológica del niño.

En la gestación subrogada se puede producir una contraposición entre los intereses de la gestante y los del niño. Teniendo en cuenta que aquella deberá desprenderse del niño después del parto, es lógico suponer que intentará por todos los medios no implicarse emocionalmente con él. Sin embargo, cada vez sabemos más de la importancia de los lazos físicos y afectivos que se producen entre madre e hijo durante la gestación, y que estos lazos son importantísimos para el desarrollo posterior del hijo. Como acertadamente se cuestiona Bellver, “¿es correcto que el Estado (al regular estos contratos) 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)?” ello, añade, es un reto injusto y difícil para la madre<sup>61</sup>. Pero además, no hay que desconocer el sufrimiento del niño al separarlo de la gestante, pues éste reconoce el olor, el tacto, los

57 Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, 141.

58 López Guzmán, J., y Aparisi Miralles, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de bioética*, XXIII, 2ª, (2012), 256.

59 Así lo defiende el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño al decir: “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

60 Rodríguez-Yong, C.A., y Martínez Muñoz, K.X., *op. cit.* 70.

61 Bellver Capella, V., *op. cit.* 15 y ss.

latidos del corazón y el sonido de la voz de aquella, con la que ha iniciado ya el proceso de apego, crucial desde el inicio de la existencia.

Es posible, por otra parte, que se generen discrepancias entre los padres comitentes y la madre gestante acerca del modo de llevar adelante el embarazo y de los cuidados que durante el mismo debe tener el bebé. El caso más extremo en este contexto sería aquel en el que se plantean desacuerdos sobre la continuidad o no de la gestación, por ejemplo cuando el niño concebido tiene alguna malformación o discapacidad. Es posible que los padres de intención rechacen en este caso al niño, pues al haber pagado un precio por el mismo, entra dentro de la lógica de mercado querer “controlar la calidad” de aquello por lo que han pagado, por muy crudo que resulte exponerlo así<sup>62</sup>.

Se invoca el interés del menor a la hora de determinar debidamente su filiación para que éste goce de los derechos inherentes a la misma, pero como ha puesto de relieve Moreno Pueyo no “necesariamente redundan en interés del menor que la filiación se determine a favor del padre o madre comitente en un contrato de maternidad subrogada”<sup>63</sup>. En efecto, nadie se ocupa de los requisitos exigibles a los padres comitentes, de su idoneidad, como sí ocurre, sin embargo, en los procedimientos de adopción, cuyas reglas se suelen invocar para que sean aplicadas analógicamente al contrato de gestación de sustitución. Y la capacidad de los comitentes para asumir las responsabilidades y deberes que comporta la paternidad, su capacidad económica o sus características psicológicas no son precisamente triviales para el interés del menor.

Otra cuestión que puede entrar en colisión con los derechos de los niños es la problemática que la gestación por sustitución genera en el terreno de la iden-

tidad, y del derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos. Por una parte, es posible que en el contrato de gestación se prevea la ruptura total de vínculos entre los padres comitentes y la madre gestante. Con lo cual el niño nunca podrá conocer a la mujer que lo llevó en su seno, y que en algunos casos es posible que sea además su madre biológica. Por otra parte, puede darse que la fecundación del hijo haya tenido lugar con material genético de donantes, en cuyo caso, habida cuenta del anonimato de la donación, se le impide al hijo investigar sus orígenes, cosa que por otro lado es un derecho constitucional<sup>64</sup>.

Y por último, como ha indicado Bellver, no hay que olvidar el impacto psicológico y social en el hijo al conocer las circunstancias en que fue concebido “si ya resulta difícil asimilar una adopción, es previsible que los hijos de una subrogación internacional padezcan dificultades análogas o incluso superiores para asimilar sus orígenes”<sup>65</sup>.

#### 4. Conclusiones

Nos enfrentamos a una fuerte presión social para que se regule en España el contrato de gestación por sustitución, y admitirlo así como otra “técnica de reproducción asistida”. En la opinión pública se ha extendido la creencia de que esta técnica sería un derecho al que podrían acceder las personas que de otra manera no tendrían hijos. Las partes en el contrato serían el/la/los/las comitentes y la mujer gestante, y entre ellas mediaría algún tipo de agencia o sociedad dedicada a tramitar este tipo de acuerdos. El hijo, sería el objeto a conseguir. Se podrían regular muy minuciosamente, como ya ocurre en algunos países, las condiciones de estos contratos, pero cualquier regulación no está exenta de disyuntivas y elecciones que el legislador deberá hacer tratando de proteger a las partes más débiles. En cuanto a la madre subrogada, parece que para evitar su explotación, la opinión más extendida es que el contrato no sea one-

62 Un caso paradigmático sería el conocido escándalo de Baby Gammy. “Una pareja australiana subrogó el útero de una mujer tailandesa de campo para tener un hijo. A los siete meses de embarazo se descubrió que la mujer llevaba mellizos, un niño y una niña, y que el niño padecía Síndrome de Down. Al enterarse, la pareja le dijo a la gestante que abortara el bebé enfermo y ella se negó por razones de conciencia. Tras el nacimiento de los mellizos en diciembre de 2013, la pareja australiana se llevó a la niña y dejó al niño, mundialmente famoso como Baby Gammy, con su madre biológica”, en Bellver Capella, V., *op. cit.* 2.

63 Moreno Pueyo, J.M., *op. cit.* 47.

64 De este supuesto en particular me he ocupado en otro trabajo, ver al respecto Garibo Peyró, A.P., «Hijos de padre anónimo, ¿una nueva categoría discriminatoria?», *Biotecnología y Posthumanismo*, Ballesteros, J., y Fernández, E., (coordinadores), Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007.

65 Bellver Capella, V., *op. cit.* 17.

roso. Pero en cuanto al hijo, no parece que ninguna regulación pueda evitarle el desgarramiento de la separación de la madre que lo gestó, su mercantilización, los problemas de identidad y problemas psicosociales que en su caso pueda tener, la imposibilidad en algunos casos de conocer sus orígenes biológicos y otros problemas que afectan a su interés superior.

## Referencias

- Albert Márquez, M., "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley*, Nº 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012.
- Álvarez De Toledo Quintana, Lorenzo, "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 6, nº2 (Octubre 2014), pp.5-49.
- Andorno, R., *Bioética y dignidad de la persona*, 2ªed, Tecnos, Madrid, 2012.
- Bellver Capella, V., "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *SCIO. Revista de Filosofía*, nº 11, Noviembre de 2015, pp. 1-24.
- Calvo Caravaca, A-L., y Carrascosa González, J., "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, Nº 2, Octubre 2009, pp. 294-319;
- Casado Blanco, M., e Ibáñez Bernáldez, M., "Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada", *Revista española de medicina legal*, 2014; 40(2):pp. 59-62.
- 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*, 3, septiembre 2012, pp. 46-59
- 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*, Nº 7501, Sección Tribuna, 3 Nov. 2010.
- Farnós Amorós, E., "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, enero 2009, pp. 1-25.
- Fernández-Pacheco, M.T., "La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 5, año CXXXVII, mayo de 1988, pp. 647-683.
- Garibo Peyró, A.P., "Hijos de padre anónimo, ¿una nueva categoría discriminatoria?", *Biotecnología y Posthumanismo*, Jesús Ballesteros y Encarnación Fernández (coordinadores), Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007.
- Garibo Peyró, A.P., *Los Derechos de los Niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- Godoy, O., "Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los Estados miembros en materia de subrogación uterina" en Santos J.A., Albert, M., y Hermida, C., *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016.
- Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- Jiménez Muñoz, F.J., "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)", *Revista boliviana de Derecho*, nº18, julio de 2014, pp. 400-419.
- Liebel, M., "Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades", *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 49, 2015, pp. 43-61.
- López Guzmán, J., y Aparisi Miralles, A., "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de bioética*. 2012; 23(78): 253-267.
- Martín Ostos, J., "En torno al interés superior del menor", *Anuario de justicia de menores*, Nº12, 2012, págs. 39-66.

- 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 de la infancia y la adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3ter, diciembre 2015, pp. 198-206.
- Moreno Pueyo, J.M., "Maternidad subrogada y prestación de maternidad", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N° 116, 2015, pp.21-53.
- Polo Sánchez, M.C., "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D.", *Ars Iuris Salmanticensis*, Reseña de Jurisprudencia, vol. 2, diciembre 2014.
- Revetllat Ballesté, I., "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio siglo XXI*, Vol. 30 n° 2, 2012, pp. 89-108,
- Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, 2ª ed, Dykinson, Madrid, 2007.
- Rodríguez-Yong, C.A., y Martínez-Muñoz, K.X., "El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, N° 2, diciembre 2012, pp. 59-81.
- Souto Galván, B., "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución", *Feminismo/s*, 8, diciembre 2006, pp. 181-215.
- 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. 75-114.
- Vela Sánchez, A.J., "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014", *Diario La Ley*, N° 8279, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2014.
- Velarde D'Amil, Y., "Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 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*, 3, septiembre de 2012, pp. 61-70.
- Vidal Martínez, J., *Las nuevas formas de reproducción humana*, Civitas, Madrid, 1988.

