



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## Actuaciones jurisprudenciales sobre la Gestación Subrogada: La dignidad de los menores.

Presentado por:

***María Pilar Arzúa Rojo***

Tutelado por:

***Luis Carlos Amezúa Amezúa***

*Valladolid, 29 de Junio de 2023*

Este trabajo es la línea de meta de estos cuatro años llenos, de ilusiones, alegrías y aprendizaje. Como acertadamente dijo el compositor José Alfredo Jiménez, «Una piedra en el camino me enseñó que mi destino era rodar y rodar». Además, hago mía la célebre frase de Séneca «Cada nuevo comienzo viene del final de algún otro comienzo». Es por esto por lo que, me gustaría dedicar este trabajo a todos aquellos que han estado conmigo apoyándome mi familia, mis profesores y en especial, a mi director Luis Carlos Amezúa.

## RESUMEN

La gestación subrogada es un medio que permite tener descendencia a personas que, por motivos biológicos o de concepción de las relaciones sociales entre seres humanos, no pueden ser padres de forma natural. Su popularidad se ha incrementado de forma exponencial en los últimos años, provocando regulaciones dispares en los distintos Estados Soberanos del mundo. A pesar de los cambios sociales suscitados a lo largo de la Historia de la Humanidad, la maternidad subrogada sigue siendo un hecho social controvertido que sigue provocando opiniones dispares, al estar involucrada una tercera persona, sujeto de derechos fundamentales y que tiene el rol de “gestante”. En este trabajo, se estudiará la esfera ética de alguno de los casos que sentaron jurisprudencia tanto en territorio Español como en el Europeo. En nuestro país, el problema subyacente en los casos sometidos a análisis es el de la inscripción en el registro civil de los menores nacidos a través de este método en el extranjero ya que, como esta práctica se considera nula de pleno derecho en nuestro ordenamiento, y a pesar del esfuerzo inhumano del TS por tratar de salvaguardar los derechos inalienables de la parte débil, el nasciturus, muchas veces esta tarea resulta difícil debido a la no regulación específica de la situación intra-familiar de los mismos por el legislador.

*Palabras clave:* Gestación subrogada, Filiación, Acuerdos, Derechos Humanos, Europa, España.

## **ABSTRACT**

Surrogacy is considered to be a mean that allows having offspring to those who are not able to conceive by natural means either because of genetic illnesses or unique conception of human relationship. Due to its popularity, over the past two decades, differing regulations sparked among sobering states. Despite the social changes that humanity has undergone throughout its history, surrogacy is still a controversial social fact since a third person, subject of fundamental rights is involved. This third individual is normally regarded as “surrogate mother”. This research paper will focus on study the ethics of some of the most important case-law in both Spanish and European law. In Spain the underlying problem in the analysed cases, is the inscription of the minors born by this particular mean beyond our borders since here in Spain, surrogacy is considered as void ab initio and despite the efforts of our Supreme Court as a guarantor of the Fundamental Rights of the weak part in that relationship, the minor, sometimes the difficulty involved in this noble task turns out to be harder than expected because of the lack of specific regulation of the family relationships.

*Key Words:* Surrogacy, Filiation, Surrogacy Agreements, Human Rights, Spain, Europe.

# ÍNDICE

<b>1. ABREVIATURAS.....</b>	<b>6</b>
<b>2. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>3. ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA .....</b>	<b>10</b>
3.1. ASPECTOS JURÍDICOS.....	10
3.1.1. Derecho a tener descendencia.....	10
3.1.2. La dignidad de la persona como Valor Jurídico Fundamental.....	11
3.1.3. Igualdad de derechos entre los niños .....	13
3.2. ASPECTOS ÉTICOS.....	13
3.2.1. La comercialización de seres humanos.....	13
3.2.2. Principio de autonomía de la voluntad .....	15
<b>4. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....</b>	<b>17</b>
<b>5. ACTUACIONES JURISPRUDENCIALES .....</b>	<b>19</b>
5.1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	19
5.1.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <i>Menesson c. France</i> (nº 65192/11) y caso <i>Labassee</i> .....	20
5.1.1.1. Hechos.....	20
5.1.1.2. Discusión doctrinal.....	24
5.1.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <i>Paradiso y Campanelli c. Italia</i> (nº 25358/12) 24 de enero de 2017.....	28
5.1.2.1. Hechos.....	28
5.1.2.2. Discusión doctrinal .....	30
5.1.3. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <i>A.M. c. Norway</i> (nº. 30254/18). 37	
5.1.3.1. Hechos .....	37
5.1.3.2. Iter procesal.....	38
5.1.3.3. Resolución del TEDH.....	40
5.1.3.4. Discusión doctrinal .....	41
5.1.4. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <i>A.L. c. Francia</i> (nº 13344/20). ...	42
5.1.4.1. Hechos .....	42
5.1.4.2. Resolución del TEDH.....	43
5.1.4.3. Discusión doctrinal .....	44
5.1.5. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <i>Valdís Fjölvisdóttir and Others c. Iceland</i> (nº 71552/17/21). .....	45
5.1.5.1. Hechos .....	45
5.1.5.2. Discusión doctrinal .....	48

5.1.6.	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <i>D.B.</i> y otros c. Suiza (nº 58252/15 y 58817/15).....	49
5.1.6.1.	Hechos .....	49
5.1.6.2.	Fallo del TEDH.....	50
5.1.6.3.	Discusión doctrinal .....	51
5.1.7.	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <i>K.K.</i> y otros c. Dinamarca (nº 25212/21).....	51
5.1.7.1.	Hechos .....	51
5.1.7.2.	Resolución del TEDH.....	52
5.1.7.3.	Discusión Doctrinal .....	52
5.2.	<b>JURISPRUDENCIA EN ESPAÑA</b> .....	53
5.2.1.	Sentencia de la Sala Civil TS 835/2013, (6 de febrero de 2014).....	53
5.2.1.1.	Hechos .....	53
5.2.1.2.	Fundamentos de derecho.....	53
5.2.1.3.	Discusión doctrinal .....	54
5.2.2.	Sentencia de la Sala Civil TS 277/2022, (31 de marzo de 2022).....	56
5.2.2.1.	Hechos .....	56
5.2.2.2.	Fallo del Supremo .....	57
5.2.2.3.	Discusión doctrinal .....	59
5.2.3.	Sentencias del Tribunal Supremo Sala Cuarta.....	61
6.	<b>APROXIMACIÓN DOCTRINAL SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA</b> .....	63
7.	<b>CONCLUSIÓN</b> .....	69
8.	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	75
9.	<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	79
9.1.	<i>Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i> .....	79
9.2.	<i>Sentencias del Tribunal Supremo de España</i> .....	79

## 1. ABREVIATURAS

- ADN: Ácido Desoxirribonucleico.
- Art.: Artículo.
- CC: Código Civil.
- CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.
- CE: Constitución Española.
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Colectivo LGTBIQ+: Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales, Intersexuales, Queer (sin etiquetas).
- CP: Código Penal.
- DGRN: Dirección General de los Registros y el Notariado.
- DNI: Documento Nacional de Identidad.
- LO: Ley Orgánica.
- LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- NIE: Número de Identidad de Extranjero.
- OMS: Organización Mundial de la Salud.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TS: Tribunal Supremo.
- Y ss: y Siguietes.

## 2. INTRODUCCIÓN

La familia es la institución social que contribuye a nuestro crecimiento tanto personal como emocional, además de asentar las bases de nuestra percepción de la compleja realidad social de la que formamos parte. La percepción de familia como tal está íntimamente influenciada por el origen histórico y los cambios en el pensamiento de sus miembros. Desde que las Revoluciones burguesas del siglo XIX propugnaran el derecho a la propiedad privada, esta tendencia se ha mantenido permitiendo que los herederos de unos progenitores se subroguen en su posición en lo referente a la transmisión de la titularidad de la propiedad privada. En la sociedad actual, fruto de la evolución social, existen otras razones a parte de la transmisión de la propiedad privada que influyen en el deseo de formar una familia entre las que destacan las biológicas, económicas y sociales.

La práctica de la maternidad subrogada es consecuencia de los avances y la regulación de las técnicas de reproducción asistidas permitiendo así a parejas infértiles, parejas homosexuales hasta incluso a personas solteras formar una familia, avances que se consideraban impensables a principios del siglo pasado. Hay quienes afirman que el concepto de maternidad subrogada se conoce desde hace siglos, si consideramos documentos bíblicos cuando las esposas estériles (como la bíblica Sarai) entregaban sus esclavas o siervas (como Agar) a sus maridos (como Abram) para que pudieran tener descendencia (como Ismael, el hijo de Abram y Agar) con ellos<sup>1</sup>

Sin embargo, merece la pena destacar la diferencia existente entre los ejemplos dados en textos que datan de miles de años de antigüedad y el modo de concebir la maternidad subrogada en la actualidad ya que, en esos años, las mujeres que daban a luz a niños para proporcionar sucesores a los hombres eran consideradas madres, no teniendo que renunciar a sus derechos y responsabilidades sobre los menores. Actualmente, sin embargo, se puede

---

<sup>1</sup> Genesis 16, The Holy Bible. King James Version, New York Bible Society since 1809, printed in Great Britain, pp. 19–20.]

considerar a la gestación subrogada como un contrato que se canaliza a través de métodos de reproducción asistida como la fecundación *in vitro*. La madre de alquiler, por tanto, únicamente gesta y da a luz al menor con la obligación de entregarlo a la otra parte contractual, la cual, se convertirá en “padre y/o madre” de dicho menor (OMS, 2016).

La diferencia entre la gestación subrogada con una adopción es que, en ella, en la mayoría de los casos, la filiación se determina con uno de los progenitores. Aunque, como se verá más adelante en este trabajo, hay veces en las que el menor no guarda ningún vínculo biológico con ninguno de los considerados padres registrales.

Según el artículo de Aitziber Emaldi Cirión (2022), la gestación subrogada puede clasificarse considerando distintos factores:

#### Origen de los gametos

En los embarazos subrogados hay muchas opciones en cuanto al origen de los gametos:

- La fecundación se realiza a partir de los gametos de la pareja que solicita la gestación subrogada. Posteriormente, se realiza una fecundación *in vitro* y luego el preembrión se transfiere a la madre de alquiler. De este modo, la madre sólo presta su útero para albergar un embrión en cuya formación no ha participado.
- El óvulo pertenece a la mujer que solicita la gestación subrogada, pero el esperma pertenece a su pareja o a un donante.
- La madre subrogada aporta además de la gestación, su propio óvulo de forma que éste sea fecundado por inseminación de espermatozoides del varón solicitante.
- El embrión procede de donantes o de la madre de alquiler en cuyo caso la pareja no tendría ningún vínculo biológico con el futuro hijo. Esto equivaldría a una adopción, salvo por la necesidad de cumplir los requisitos legales, que quedarían exentos.

- Una mujer solicita el óvulo a otra mujer y una tercera lo recibe, acoge, gesta y da a luz, utilizando el espermatozoides del padre o de un donador.

#### Carácter oneroso o altruista

- Oneroso: La madre de alquiler recibe una compensación económica de quienes solicitan sus servicios para sufragar los cuidados médicos a los que será sometida durante el embarazo. El coste económico que cubra los días de baja de su trabajo durante el, así como tratamientos de referidos a la salud posterior al parto.
- Altruista: La mujer se involucra en esta práctica por motivos altruistas con respecto a quien encarga el niño. Se supone que en la mayoría de los casos existe una relación familiar o al menos de amistad con la madre de alquiler, que acepta sin compensación económica gestar al niño y entregárselo una vez nazca.

A pesar de lo expuesto, no tenemos que olvidar que la gestación subrogada posee gran cantidad de problemas jurídicos en el viejo continente pues, debido a que en muchos Estados Europeos esta práctica es considerada nula de pleno derecho las parejas acuden a practicarla a otros en los que se encuentra permitida. El conflicto surge cuando las familias europeas quieren inscribir a esos menores como descendientes suyos cuando, desde la perspectiva del derecho de sucesiones estos menores se equiparan a los extraños, no al resto de descendientes o legitimarios.

### **3. ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA**

En los últimos años, está muy presente el debate ético y legal a cerca de la gestación subrogada sobre si se debe prohibir o permitir y, en este último caso, en qué términos debe regularse. En su artículo Clara Sarasol y Francisco Ramón (2021), han considerado diferentes aspectos dentro de los dilemas éticos y jurídicos que se reflejan a continuación.

#### **3.1. ASPECTOS JURÍDICOS.**

##### **3.1.1. Derecho a tener descendencia.**

Tenemos que ser conscientes que el deseo de tener hijos es una realidad social, un producto de la sociedad y el desarrollo de la historia. En el ordenamiento jurídico del Estado español y en la normativa internacional, este derecho no existe de forma explícita; aunque podría entenderse como un derecho derivado de otros. Este derecho podría sostenerse en el derecho a fundar una familia recogido en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Jorge Castellanos, 2019). Así mismo, este derecho podría ser acomodado en la Constitución Española, a través de varios artículos: en el art. 1.1 donde se considera la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, en el art. 10.1 donde se hace referencia al derecho a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, además el art. 15 hace mención a la vida y la integridad física y moral, junto al art. 17 que habla de la libertad, el art. 18.1 donde remarca el derecho a la intimidad personal y familiar y en art. 39.1 que refiere al derecho a la protección de la familia.

Pero este derecho, estaría limitado en el caso de la gestación subrogada, por la dignidad de las mujeres y los menores y otros derechos que se violan con esta práctica.

### **3.1.2. La dignidad de la persona como Valor Jurídico Fundamental**

Para ello, según el art. 10.1 de la Constitución española se establece que, “la dignidad de la persona, los derechos inviolables inherentes a él, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son la base del orden político y de la paz social”. Carmen M. Lázaro (2019) hace una reseña que en el caso de la gestación subrogada se debe evitar la violación la dignidad de la persona, ya sea en la mujer subrogada o el menor nacido.

El concepto de dignidad se ha ido enriquecido en su significado y alcance a lo largo del desarrollo de la historia humana. Pasando de ser un concepto vinculado a la posición social donde se tenía en consideración la expresión de la autonomía y capacidad moral de las personas, a tratarse de una fuente de la idea tal y como aparece en la Declaración de los Derechos Humanos. Gregorio Peces-Barba (2004) expone la evolución que ha experimentado la dignidad desde la antigüedad con Confucio, y los primeros profetas cristianos hasta los autores del denominado Socialismo Ético, pasando por los escolásticos (Juan Luis Vives o Lorenzo de la Valla), y enciclopedistas (D’Alembert, Diderot).

En esta evolución se pueden distinguir 3 etapas: Edad Antigua, Renacimiento y Siglos XVIII – XIX. La noción de dignidad en la Edad Antigua se caracteriza por considerar a los hombres “perfectos” como superiores y así se observa tanto en la obra de Confucio como en el libro del Génesis. En el Renacimiento se abandona esa superioridad física y se pasa a considerar digna a toda persona en virtud de sus capacidades y virtudes y así se refleja en las obras de Juan Luis Vives o Lorenzo de la Valla. Por último, en los Siglos XVIII–XIX con autores como D’Alembert, Diderot o Kant, surge la idea de dignidad que actualmente aparece en las Constituciones de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, donde se toma al hombre como sujeto que tiene valor en sí mismo por ser el fin al que deben tender las normas del Ordenamiento. Kant asocia la dignidad humana con la capacidad de todo ser racional de someter su voluntad a la ley moral universal. Esta afirmación se basa en el supuesto de que el ser humano es potencialmente moral, y no natural (Dieter Schönecker and Elke Elisabeth

Schmidt, 2017). La dignidad es definida por Kant en oposición al "precio" o como un "valor más allá del precio".

La maternidad subrogada podría atentar contra la dignidad humana, por un lado, puede menoscabar la dignidad de la mujer al convertirla en un instrumento para la reproducción, ya que se gesta para otra persona basada en una relación contractual, es un instrumento para lograr lo que los comitentes quieren. Esto queda demostrado por la existencia de agencias especializadas encargadas de gestionar todas las etapas del proceso, de poner en contacto a todas las partes, concertar los acuerdos, vigilar su cumplimiento entre otros. En este aspecto el STC 53/1985, se prohíbe instrumentalizar a una persona, y en la STC 224/1999 se considera que no se puede considerar como objeto de mercado a la persona; además se prohíbe comercializar con el cuerpo y con el material biológico humano en las SSTC 212/1996 y 166/1999. Y si consideramos el art. 15.1 de la Constitución española "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes", podemos considerar que en el contrato de gestación este derecho fundamental afecta directamente a la mujer gestante al poner en riesgo su integridad física y moral. Todo esto ha quedado reflejado en el artículo Antonio Arroyo (2020).

Y, además, en la gestación subrogada se puede afectar a la dignidad del niño nacido porque significaría para él tener un mínimo de dos madres (la gestante y la biológica) o incluso tres (la solicitante, la gestante y la donante de los óvulos). Con respecto a este último aspecto se obviaría el principio básico del Derecho Civil español "*mater semper certa est*" (la madre siempre es cierta). Sin olvidar que existe el derecho del niño a conocer su origen biológico como en el caso de la adopción, pero no en el caso de la donación anónima de gametos. El interés superior del menor, queda recogido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; con este principio se reconoce los derechos humanos de los niños con el fin de que prime el interés del menor al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que les afecta por ejemplo al considerar diferentes interpretaciones de una disposición jurídica, incluso el proceso deberá

incluir garantías procesales en la estimación de posibles repercusiones frente a la decisión de los menores interesados.

### **3.1.3. Igualdad de derechos entre los niños**

Considerando que uno de los factores fundamentales y necesarios para garantizar el crecimiento y el desarrollo de un menor es conocer su identidad y su cultura, pues de esa manera el menor no se sentirá desplazado en relación con sus iguales; se ha de tener en cuenta que la gestación subrogada supone una discriminación a estos menores al privarles del conocimiento de su origen cultural y genético frente a otros nacidos en situaciones “similares” por ejemplo, los adoptados. Todo con ello con base en el art.14 de la Constitución Española<sup>2</sup>.

## **3.2. ASPECTOS ÉTICOS.**

La gestación subrogada crea muchas dudas que competen a la naturaleza moral y plantean numerosos interrogantes que se mueven alrededor de que si todos los avances que conlleva las técnicas biológicas y biotecnológicas son aceptables desde un punto de vista ético. Según el artículo de Mariano Casado y María Ibáñez (2014) recoge que “para percibir la categoría moral de la vida biológica humana es necesario reconocer la importancia que tiene esa vida para las personas como agentes morales”.

Entre las principales razones por lo que la gestación subrogada es rechazada en muchos países del mundo, al ser considerada moralmente inaceptable, podemos destacar los siguientes aspectos.

### **3.2.1. La comercialización de seres humanos.**

Una cuestión importante planteada es la relativa al objeto de los contratos de maternidad subrogada. Es decir, qué vende la madre de alquiler y qué compran

---

<sup>2</sup> Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

las partes comitentes cuando celebran un acuerdo de maternidad subrogada. Esto es importante para decidir si los contratos son válidos o nulos, si infringen la ley y el orden público o no. Sin embargo, cabe mencionar que en la gestación subrogada no puede reducirse a la mera venta de cuerpos y partes del cuerpo; ya que en el caso de la gestación subrogada las mujeres dan acceso permanente a sus cuerpos durante meses.

La pregunta que se puede plantear es si éticamente es admisible que el contenido de un contrato sea el cuerpo de la mujer. En aquellas ocasiones en las que se promueve la explotación de mujeres que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad económica o sometidas a una sociedad patriarcal, se podría considerar a la gestación subrogada éticamente inadmisibles.

El Comité de Bioética de España<sup>3</sup> señala que, si se parte de la premisa: “La mujer es dueña de su cuerpo y en el ejercicio de su autonomía puede disponer sus capacidades como quiera”, se puede a su vez considerar que la gestación subrogada atenta a la dignidad de la mujer y supone una forma de explotación.

En el caso que se considere el servicio reproductivo como el objeto del contrato de subrogación (la fecundación y transferencia de embriones o inseminación, gestación y parto), se pagaría a la madre de alquiler por permitir el acceso a su cuerpo mediante el uso de sus capacidades reproductivas, así como durante el embarazo. En este supuesto se plantea la problemática de si la venta de un óvulo como parte del contrato de gestación subrogada puede considerarse parte de un servicio o debe considerarse como la venta de una parte del cuerpo, como un órgano.

Pero es de hecho conocido que se produce una ruptura del vínculo entre la madre uterina con su hijo/a, quedando el cuerpo de la mujer reducido a un mero instrumento. En ocasiones esta cuestionable práctica puede llegar a producir en

---

<sup>3</sup> Comité de Bioética de España. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada 46. Enero 2017. Página 25.

la madre trastornos psicológicos (ansiedad o depresión), sobre todo en la fase del postparto al separarse del recién nacido y renunciar así a cualquier derecho parental sobre el bebé. Por esta razón, la madre uterina debe llevar su embarazo con indiferencia y desapego concienciándose de que el ser que crece en su interior no es su hijo. La prohibición de formación de un vínculo por parte de la mujer con el menor se encuentra además plasmada de forma contractual, lo que le otorga más garantías en caso de incumplimiento (Ángela Aparisi Miralles, 2017).

En la gestación subrogada se puede considerar al menor nacido como objeto del contrato. En este caso el contrato debería considerarse no sólo nulo, sino también un delito, ya que la trata de seres humanos está prohibida en todo el mundo. Pero, para reconocer los contratos de gestación subrogada como un delito, se requieren normas legales que prohíban directamente la gestación subrogada, de acuerdo con la norma comúnmente adoptada *nullum crimen sine lege*. No se puede apoyar esa venta ni siquiera por el bien del menor.

### **3.2.2. Principio de autonomía de la voluntad**

Al hablar del principio de autonomía de la voluntad en la gestación subrogada, se puede considerar que la mujer gestante posee la libertad de la elección de quedar embarazada de manera libre y autónoma, de prestar su útero o vender sus óvulos a otras personas que desean crear una familia cuando éstos no son capaces de realizarlo por vías naturales, ya que es dueña de su cuerpo. Todo esto supone una madurez psicológica y una capacidad racional de los participantes en el proceso. Sin embargo, al mismo tiempo, si se analiza esta premisa desde la lógica se observa una contradicción, pues en principio se permite un consentimiento bajo un contrato o acuerdo que en el futuro anula esa autonomía de decisión. Así lo refleja María José Palmero (2017) al decir que “invocar la autonomía para luego, acto seguido, suspenderla, es lógicamente contradictorio y éticamente aberrante pues liquida la propia autonomía como principio”.

Además, en ocasiones las mujeres se encuentran subordinadas, quedando sujetas a las decisiones que la sociedad patriarcal tome. En estos casos la autonomía cede el paso a la heteronomía. O bien por su condición económica esto las lleva a una coacción completa a su autonomía.

Otra consideración incluida dentro de este principio va referida al derecho que tiene el bebé engendrado a partir de esta práctica a que su filiación no sea deformada; debiendo así conocer sus verdaderos orígenes genéticos y la identidad de sus ancestros para facilitar su integración en la sociedad, y no sentirse desplazado al no encajar por sus rasgos genéticos en la unidad familiar formada por el comitente y su pareja. En el caso de que la fecundación del menor haya tenido lugar con material genético de donantes anónimos, impide al hijo/a investigar sobre sus orígenes, cosa que por otro lado es un derecho constitucional. Además, el hecho de conocer que fue engendrado por gestación subrogada puede llegar a producir un impacto psicológico y social en el menor (Vicente Bellver, 2015).

En la mayoría de los casos, la gestación subrogada representa un problema ético debido a que no existe una libertad y autonomía real de todos los involucrados. Debido a la creciente popularidad de esta práctica, en los últimos años ha surgido el denominado “turismo reproductivo”, a pesar de que el término “turismo” no hace referencia a unos días relajantes, sino que están marcados por el estrés y la angustia de todo lo que lleva la filiación y reconocimiento del menor como parte de la familia (Noelia Igareda, 2015).

## 4. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Con la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, se inicia la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en España; surge para tranquilizar la opinión pública en lo referente a la manipulación genética de embriones destinados a investigación científica y al mismo tiempo para regular todo lo referente a las técnicas de reproducción asistida. Posteriormente, esta Ley fue derogada por la vigente actualmente, la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida.

El párrafo 1º del art. 10 del mencionado texto legal, reconoce la nulidad de pleno derecho de todos aquellos contratos por los que se convenga la gestación –con o sin precio- a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante.<sup>4</sup> Además el apartado 2º establece el modo de determinar la filiación de estos menores<sup>5</sup>, permitiendo al padre biológico (donante de material reproductivo) reclamar la filiación según lo establecido en el Código Civil (1889) tal como versa el tercer y último apartado de este artículo<sup>6</sup>. El motivo de considerar nula de pleno derecho esta práctica reproductiva como objeto del contrato es que la misma es contraria a lo establecido en el art. 1255 CC<sup>7</sup>. Así mismo, esta conducta se encuentra tipificada como delito en el artículo 221 CP<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación ya sea de forma gratuita o mediante precio, que realice una mujer que después renuncia a la filiación materna en favor de la persona que contrata la gestación o en favor de una tercera persona”.

<sup>5</sup> La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

<sup>6</sup> Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

<sup>7</sup> Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

<sup>8</sup> 1. «Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a 5 años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de 4 a 10 años.

Además, en los arts. 32<sup>9</sup> y 33<sup>10</sup> de la recién aprobada Ley Orgánica por la que se modifica la LO 2/2010 de 3 de marzo (LO 1/2023) de Salud Sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo se reitera la nulidad de pleno derecho que recae sobre dicha práctica.

Sin embargo, la filiación de un niño fruto de una gestación subrogada puede ser realizada en el Registro Civil español a favor de los padres intencionales siempre y cuando exista una resolución judicial o de autoridad extranjera que acredite la filiación del menor y la no violación de los derechos de la gestante.

Por lo tanto, el Derecho español, aunque considere a esta práctica como nula de pleno derecho el TS actúa como garante de los derechos inalienables del menor al ofrecer a sus progenitores la posibilidad de establecer la filiación a través de otras figuras jurídicas existentes en nuestro Ordenamiento como puede ser la adopción.

---

**2.** Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

<sup>9</sup> **1.** La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda 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.** Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del 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>10</sup> En coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al artículo 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese.

## **5. ACTUACIONES JURISPRUDENCIALES**

A pesar de que la jurisprudencia en muchos países europeos ha declarado la ilegitimidad de la prohibición de las prácticas de la maternidad subrogada heterólogas, la gestación subrogada sigue siendo ilegal. Por otro lado, no tenemos que olvidar que la gestación subrogada está permitida en todos los países no europeos. Existen diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal Supremo español (TS), han intervenido en la cuestión de la maternidad subrogada como una forma de procreación médicamente asistida heteróloga, proporcionando a veces interpretaciones contradictorias de la legislación específica.

### **5.1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Las sentencias analizadas en este trabajo se han centrado en estudiar la regulación que los estados firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) dan a una práctica de reproducción asistida a la que más parejas recurren en esta última década, la Gestación subrogada. Todas ellas versan sobre la regulación que el legislador nacional da a la Gestación Subrogada y a la situación legal en la que se pueden encontrar los padres y el menor una vez que establecen su residencia en el viejo continente.

Las sentencias analizadas consideran a aquellas parejas que viven en un país cuyo ordenamiento jurídico prohíbe la gestación como Francia, Italia, Noruega o Islandia, y que acuden a otros países, generalmente a Estados Unidos, para hacer realidad el sueño de convertirse en padres. El problema reside en que, como ocurre en otras áreas del derecho, el Ordenamiento se encuentra desfasado, no dando garantías a los progenitores del menor concebido a través de técnicas de Gestación Subrogada llegando incluso a no ser reconocidos en su derecho de paternidad.

El TEDH es el último recurso que estas familias tienen para que este derecho inherente a la condición de padres les sea reconocido, como si estos padres no

estuvieran al mismo nivel que unos padres han concebido sin recurrir a estas técnicas.

### **5.1.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Menesson c. France* (nº 65192/11) y caso *Labassee*.**

#### *5.1.1.1. Hechos.*

Se trata de dos sentencias que reflejan el método que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los dos casos de madres subrogadas. Los hechos son similares e involucran a parejas francesas; los casos de *Menesson c. France* y *Labassee c. France* hacen referencia a la negativa de las autoridades francesas a otorgar reconocimiento legal a las relaciones entre padres e hijos que se habían establecido legalmente en los Estados Unidos entre los niños nacidos como resultado de la subrogación y sus futuros padres. La sentencia del TEDH del 26 de junio de 2014 es idéntica en ambos casos, resolviéndose si se violaba el art. 8.1 del CEDH. Lo relevante de las sentencias radica en el establecimiento de la filiación de la gestación por sustitución.

Las demandantes en el primer caso son de *Dominique* y *Sylvie Menesson*, de nacionalidad francesa nacidas en 1955 y 1965 respectivamente, y *Valentina Menesson* y *Fiorella Menesson*, gemelas de nacionalidad estadounidense nacidas en 2000. Viven en *Maisons-Alfort* (Francia). Los demandantes en el segundo caso se correspondían con *Francis* y *Monique Labassee*, ciudadanos franceses nacidos en 1950 y 1951 respectivamente, y *Juliette Labassee*, ciudadana estadounidense nacida en 2001. Viven en Toulouse. Debido a la infertilidad de la Sra. *Menesson* y la Sra. *Labassee*, las dos parejas contrataron los servicios de una gestante en los Estados Unidos. Una vez implantados los embriones producidos con el espermatozoides de los señores *Menesson* y *Labassee* en el útero de otra mujer nacieron los gemelos *Menesson* y *Juliette Labassee*. En las sentencias dictadas en California en el primer caso y en Minnesota en el segundo dictaminaron que el Sr. y la Sra. *Menesson* eran los padres de los mellizos y que el Sr. y la Sra. *Labassee* eran los padres de Juliette.

En ambos casos existían acuerdos de subrogación en los Estados Unidos y los futuros padres también eran los padres genéticos de los niños. Los demandantes no pudieron obtener el reconocimiento bajo la ley francesa de la relación paterno-filial legal establecida entre ellos en tribunales diferentes en los Estados Unidos, en el registro de nacimientos francés cuando los solicitantes regresaron a su país de origen. Las autoridades francesas sostuvieron que los acuerdos de subrogación celebrados por el Sr. y la Sra. *Menesson* y el Sr. y la Sra. *Labassee* son ilegales en Francia. En el caso *Menesson*, las partidas de nacimiento habían sido inscritas siguiendo las primeras recomendaciones del fiscal; mientras que en el caso *Labassee*, la pareja no impugnó la negativa a registrar el nacimiento, pero buscó que se reconociera la relación jurídica sobre la base del disfrute de facto de una relación paterno-filial ("*possession d'état*") en el registro. Ambas familias obtuvieron, un documento ("*acte de notoriété*") emitido por un juez que acredita la condición de hijo o hija, es decir, la existencia de una relación paterno-filial de hecho, pero el fiscal se negó a inscribirlo en el registro. Posteriormente acudieron al Tribunal de Casación, donde sus pretensiones fueron desestimadas. En esta sentencia del 6 de abril de 2011, el Tribunal de Casación afirmó que es "contrario al principio de la indisponibilidad del estatuto de las personas, principio esencial del derecho francés, hacer efectivo, en materia de parentesco, una convención sobre embarazo para otra persona" o invocar el estado aparente para establecer el parentesco. La Corte precisó que la denegación de la transcripción, "que no priva a los niños de la relación materna y paterna que la ley californiana les reconoce, y no les impide vivir con los *Menesson* en Francia, no viola el derecho de estos niños al respeto por la vida privada y familiar del art. 8 de la CEDH ni el interés superior de los niños garantizado por el artículo 3 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

En ambos casos, los demandantes acudieron para presentar su disconformidad ante el TEDH. En primer lugar, alegando de que, en detrimento del interés del niño, no pudieron obtener el reconocimiento en Francia de las relaciones paterno-filiales establecidas legalmente en el extranjero (art. 8 CEDH y art. 3 CDN). En segundo lugar, alegando que sus hijos habían sido colocados en una

situación jurídica discriminatoria frente a otros niños a la hora de ejercer su derecho al respeto de su vida familiar.

La Sala de la Sección Quinta del TEDH llegó a la misma conclusión en ambos casos. En *Mennesson*, el TEDH concluyó que tanto la vida familiar como la vida privada existían entre los solicitantes y los niños (la madre sustituta había dado a luz a mellizos) a los efectos del art. 8 del CEDH. El Tribunal señaló que los futuros padres habían cuidado a los niños desde su nacimiento y concluyó que sus relaciones equivalían claramente a la vida familiar tal como se reconoce en el art. 8 del CEDH. Además, el aspecto de la vida privada del art. 8 era aplicable, ya que existía un vínculo directo entre la vida privada de los niños nacidos mediante subrogación y la determinación legal de su filiación (párrafos 45 y 46).

El TEDH aceptó que la injerencia en cuestión había perseguido dos de los fines legítimos enumerados en el art. 8, a saber, la “protección de la salud” y la “protección de los derechos y libertades de los demás”. El Tribunal examinó la gestación subrogada desde el punto de vista de los hijos de la demandante, reconociendo la prohibición de esta práctica en teoría, pero limitando su alcance especialmente cuando existe un vínculo biológico con uno de los progenitores. Pero se mantuvo que la negativa de las autoridades francesas a reconocer las relaciones entre padres e hijos supuso una injerencia en esta vida privada y familiar, sin embargo, esta injerencia fue 'de conformidad con la ley' y persiguió los fines legítimos de la “protección de la salud” y la “protección de los derechos y libertades de los demás”. El TEDH señaló que la negativa de las autoridades francesas a reconocer las relaciones paterno-filiales “proviene de un deseo de disuadir a los ciudadanos franceses de recurrir fuera de su país a una técnica reproductiva que estaba prohibida en ese país con el objetivo, como las autoridades vieron ella, de proteger a los niños y a la gestante”.

El hecho de que el TEDH, como los Estados, se encuentre frente a los hechos consumados de las familias existentes, le lleva a considerar los hechos no desde el punto de vista de la prohibición de la gestación subrogada sino desde la situación de los adultos y más aún desde el de los niños. El Tribunal, considera razonable que los Estados pongan trabas para admitir la inscripción directa en

sus Registros nacionales de la documentación oficial expedida por Estados extranjeros que reconocen los contratos de Gestación por sustitución, sin embargo, apela a que los estados dentro del “margen de interpretación del Convenio Europeo de Derechos humanos CEDH garanticen la protección de la vida privada y familiar del menor para así no dejarle desprotegido, jurídicamente hablando.

Sin embargo, en relación con el derecho de los gemelos al respeto de su vida privada, el Tribunal señaló que se encontraban en un estado de inseguridad jurídica: las autoridades francesas, aunque sabían que los gemelos habían sido identificados en otro país como hijos del Sr. *Menesson*, les había denegado, no obstante, ese estatuto con arreglo al Derecho francés. El Tribunal consideró que esta contradicción socavaba la identidad de los niños dentro de la sociedad francesa. Además, aunque su padre biológico era francés, ellos enfrentaban una preocupante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de obtener la nacionalidad francesa, situación que podía tener repercusiones negativas en la definición de su propia identidad. El no ser declarados hijos del señor y la señora *Menesson* provocaba efectos en el plano sucesorio también ya que, en el caso de fallecimiento de los señores *Menesson* los gemelos, de acuerdo con el Derecho francés, podrían únicamente ser considerados como legatarios. Su derecho al respeto a la vida privada, que implicaba que toda persona debe poder establecer la esencia de su identidad, incluida su filiación, se vio significativamente afectado. Existía, por tanto, un grave problema en cuanto a la compatibilidad de la situación con el interés superior de los niños, que debe orientar cualquier decisión que les concierna. El Tribunal resalta el hecho de que al resto de los padres biológicos no se les viola su derecho a la paternidad y a la filiación de sus hijos.

A juicio del Tribunal, este análisis adquiere una dimensión especial cuando, como en el presente caso, uno de los progenitores era también el padre biológico del niño. Dada la importancia de la filiación biológica como componente de la identidad de cada individuo, no podría decirse que redundaría en el interés superior del niño privarle de un padre legal. Privarle de un vínculo jurídico de esta

naturaleza cuando la realidad biológica de ese vínculo había sido establecida y el niño y el progenitor interesado solicitaron su pleno reconocimiento. No sólo no se reconoció el vínculo entre los mellizos y su padre biológico cuando se solicitó la inscripción en el Registro Civil de las partidas de nacimiento, sino que los órganos judiciales franceses entendieron que esta actitud era contraria a la práctica jurisprudencial de la Corte de Casación. El TEDH entendió que el Estado Francés había rebasado el amplio margen de apreciación que se deja a los Estados en el ámbito de las decisiones relativas a la maternidad subrogada.

#### 5.1.1.2. *Discusión doctrinal.*

Esta sentencia representa el primer caso en el que tuvo que pronunciarse el TEDH considerando el alcance y la transcendencia de la filiación de la gestación por sustitución. Estas dos sentencias presentan fundamentos jurídicos similares, donde el Tribunal tiene en cuenta el interés del menor al establecer su filiación obviando la norma sobre la gestación subrogada del país donde residen los padres intencionales junto con el menor.

A pesar de que el semen proporcionado a las madres biológicas había sido aportado por los maridos de esos dos matrimonios, el Registro Civil francés denegó su acceso a estos niños. En este sentido el TEDH consideró que se había vulnerado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre su respeto a su vida privada al existir una indeterminación de su identidad filial a pesar de que en las sentencias francesas los niños en los dos casos eran hijos biológicos de los padres. Es decir, la sentencia declara que las autoridades francesas no pueden rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación subrogada ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía.

Aunque el Tribunal respeta el derecho que tienen todos los Estados a regular en la forma que consideren la gestación por sustitución al admitirla o prohibirla, resulta interesante resaltar de la sentencia que no considera la violación del derecho al respeto a la vida familiar de los padres intencionales, pues tanto en las familias *Mennesson* y *Labassee* habían podido desarrollar una vida familiar

a pesar de que jurídicamente no existiera el vínculo legal de filiación en la unidad familiar. Resulta de gran interés realizar modificaciones legislativas en los países como el cambio normativo donde se recoja aspectos referidos al reconocimiento de las filiaciones que se han acreditado en el extranjero dentro de la ley del Registro Civil, añadiendo la filiación intencional a la filiación natural y a la filiación adoptiva que son las únicas que hasta el momento se contemplan en España. (Antonia Durán Ayago, 2014).

Gregor Puppinck y Claire Hougue (2014) en los casos de *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, señalan que en ambos casos el Tribunal no se refiere a la prohibición de la subrogación transfronteriza en cuanto a la decisión no sólo de autorizar o no este método de reproducción asistida, sino también de reconocer o no una relación paterno-filial entre hijos legalmente con consecuencias. Y, por lo tanto, el Tribunal refuerza el principio según el cual, la identidad de los individuos está en juego en lo que respecta a la relación legal padre-hijo. En ambos casos, el tribunal sostuvo que la prohibición de la gestación subrogada atenta contra la vida familiar y la vida privada de los hijos. Con respecto a los derechos de la familia, el Tribunal observa el grado de los riesgos potenciales para la vida familiar de los demandantes y considera que debe determinar la cuestión teniendo en cuenta los obstáculos prácticos que la familia ha tenido que superar a causa de la falta de reconocimiento en la legislación francesa de la relación legal padre-hijo.

Y así mismo se refleja en la sentencia del TEDH, que no existen alegaciones por parte de los demandantes ante la imposibilidad de superar las dificultades referidas al reconocimiento de la relación paterno-filial, conforme al Derecho francés, que les haya impedido disfrutar en Francia de su derecho al respeto a su vida familiar. Con respecto a esto, los miembros de las familias están en condiciones de vivir juntos en términos generales similares a las de otras familias y que no hay nada que sugieren que corren el riesgo de ser separados por las autoridades debido a su situación en virtud de la legislación francesa.

Yolanda Dutrey (2015) considera que, al margen del orden público como límite más importante a la gestación subrogada transfronteriza, hay que tener en

cuenta la admisión del reconocimiento de la paternidad legal junto al consentimiento de la madre gestante, el derecho de los niños a conocer sus orígenes genéticos, la idoneidad de los futuros padres o el papel de intermediarios. Sin olvidar otras interferencias relacionadas con los Derechos Humanos como: el abandono de niños, tráfico de niños vinculados con la prostitución y la esclavitud de mujeres o información de rastreo genético. El carácter comercial de la gestación subrogada puede generar un mercado en los países en desarrollo y una industria muy lucrativa.

De forma acertada, Yolanda Dutrey (2015) resalta que el problema hay que entenderlo en su conjunto, y no sólo en lo que se refiere al reconocimiento desde el punto de vista de las parejas occidentales (como hace el TEDH). Es necesario regular la gestación respetando los Derechos Humanos en todas partes y en la generalidad de los casos. En su artículo resalta los organismos internacionales que están trabajando en ello, siendo el “Estudio Comparativo sobre el Régimen de la Subrogación en los Estados Miembros de la UE (2013)”, realizado por el Parlamento Europeo, o “El Proyecto Subrogación: una nota de actualización (2015)”, realizado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, dos buenos ejemplos de los esfuerzos y resultados internacionales.

Lidia Bracken (2017) considera en la subrogación un desafío a la visión tradicional de la familia, ya que permite que una gran mayoría de personas se conviertan en padres. En la subrogación se aparta de la norma en el sentido de que la futura madre no engendra al niño y es este punto el que parece causar más controversia. Se afirma que la madre sustituta se usa y se pasa por alto en el acuerdo, ya que debe “renunciar” al niño después del nacimiento. No obstante, el TEDH aún tenía que considerar si se había logrado un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos en el caso y, al hacerlo, tuvo en cuenta “el principio esencial según el cual, siempre que se trate de la situación de un menor, el interés superior de este es primordial”. En principio esta decisión parecería que establecer que los futuros padres pueden eludir las prohibiciones de cada país sobre la subrogación accediendo a los servicios en el extranjero, puesto que el interés del menor es casi siempre exigirá que sus relaciones familiares existentes

sean reconocidas legalmente. Sin embargo, una característica común en los casos de *Menesson* y *Labassee* fue la existencia de una relación genética entre los niños y uno de los futuros padres. Esta característica fue aparentemente el punto de inflexión para ambos casos, ya que la importancia de reconocer legalmente los lazos biológicos formó una parte importante de las sentencias del TEDH. Así como en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, aunque la *ratio decidendi* de ese caso fue otra, la falta de lazos intensos entre el menor y sus padres como consecuencia de su entrega a los servicios sociales, debido a la apreciación de fraude en los documentos aportados por los padres a las autoridades italianas.

Chakhvadze et al. (2018) consideran las restricciones legislativas internas desde el enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los autores sostienen que en ambos casos el tribunal no hizo referencia a la prohibición de la subrogación transfronteriza, ni a la decisión de autorizar o no este método de reproducción asistida o al reconocimiento de la existencia de una relación paterno-filial entre hijos legalmente tales y sus consecuencias. En ambos casos el tribunal sostuvo que, a pesar de existir un riesgo potencial para la vida familiar de los demandantes, se debe resolver la cuestión considerando los obstáculos prácticos que la familia ha tenido que superar debido a la falta del reconocimiento en el Derecho francés de la relación jurídica paterno-filial previamente reconocido por el Derecho californiano. Los autores concluyen que el Tribunal siempre toma decisiones teniendo en cuenta los mejores intereses de las familias y los niños, sin obligar a los estados a cambiar sus leyes imperativamente. Por ello, a pesar de que la subrogación esté prohibida en Francia, no impiden que los futuros padres accedan a la subrogación fuera de la jurisdicción nacional.

Respecto al reconocimiento en la legislación nacional de un padre legal, Adam Weiss (2020), director del Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) resalta la característica común entre *Menesson* y *Labassee*: en ambos casos había una relación genética entre los niños y uno de los futuros padres. Así mismo, según el autor, principalmente la sentencia del TEDH plantea la cuestión del derecho de los niños a una identidad jurídica, la cual no podía ser

considerada que los niños pudieran estar en riesgo de apatridia. También consideraba, en términos más generales, la idea de que los niños no deberían ser responsables de las acciones de sus padres. El Tribunal lo dejó claro al concluir que sólo se habían violado los derechos de los niños. Es un enfoque que puede aplicarse a muchas otras situaciones, en particular a la migración. Dada la urgencia del registro de nacimiento y la claridad de la sentencia de 2014, el hecho de que el dictamen consultivo de 2019 fuera necesario en absoluto es preocupante: el registro de nacimiento de los niños debería haberse resuelto poco después de la sentencia de 2014, cuando aún eran niños. En efecto, tuvieron que esperar hasta que cumplieron casi catorce años para que el TEDH determinara que tenían derecho a que se registrara su nacimiento en Francia, un aspecto esencial para establecer su nacionalidad francesa. Y, sin embargo, cinco años después, el caso seguía en curso. A los dieciocho años, los niños todavía están involucrados en una batalla legal para determinar su relación legal con su madre. Todo esto es difícilmente compatible con su derecho humano a que se registren sus nacimientos “inmediatamente”.

Todos los autores reseñados coinciden en que el tribunal siempre toma decisiones teniendo en cuenta los mejores intereses de las familias y los niños. El tribunal no obliga a los estados a cambiar sus leyes imperativamente, pero por sus decisiones facilita la resolución de los problemas legales a los que las familias se enfrentan, entre otros, a lo referente al estado del neonato en el registro.

### **5.1.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Paradiso y Campanelli c. Italia* (nº 25358/12) 24 de enero de 2017**

#### *5.1.2.1. Hechos.*

Habiendo decidido recurrir a la subrogación gestacional, la Sra. *Paradiso* y el Sr. *Campanelli* firmaron un acuerdo con la empresa *Rosjur consulting* en Rusia. Los embriones concebidos mediante fertilización *in vitro* se implantaron en una madre sustituta y nació un bebé el 27 de febrero de 2011 en Moscú. Según lo permitido por la ley rusa, la Sra. *Paradiso* y el Sr. *Campanelli* fueron registrados

como los padres del niño, sin ninguna indicación de que hubiera nacido de una madre sustituta.

En Italia, el Sr. *Campanelli* solicitó a las autoridades municipales de *Colletorto* que ingresaran los detalles del certificado de nacimiento en el registro civil italiano, sin éxito.

El Consulado de Italia en Moscú informó al Tribunal de Menores de *Campobasso*, al Ministerio de Asuntos Exteriores y al municipio de *Colletorto* que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información falsa. El 5 de mayo de 2011, la Sra. *Paradiso* y el Sr. *Campanelli* fueron investigados formalmente por “falsificación del estado civil”, “falsificación” e incumplimiento de la ley sobre adopción internacional. En la misma fecha, el fiscal del Tribunal de Menores de *Campobasso* solicitó que se abriera un procedimiento para declarar al niño disponible para adopción, ya que, a los efectos de la ley italiana, había sido abandonado.

En agosto de 2011, una prueba de ADN reveló que *Campanelli* no era el padre biológico del niño. En consecuencia, el Tribunal de menores de *Campobasso* (Italia) decidió el 20 de octubre de 2011 retirar la custodia del menor al matrimonio y poner al menor en manos de los Servicios Sociales en una Casa *Famiglia*, sin contacto ninguno con el matrimonio *Campanelli-Paradiso*. Pocos meses después el menor fue dado en acogida y posteriormente en adopción, a una nueva familia, con la que permanece desde su entrega.

En abril de 2013 se confirmó la denegación de la inscripción del certificado de nacimiento ruso en el registro del estado civil por ser inexacto, dado que no existía relación biológica entre el niño y los solicitantes. Estos últimos alegaron, sin éxito, que habían actuado de buena fe, manifestando no haber tenido conocimiento de cómo se había llevado a cabo el procedimiento de fecundación.

El niño era considerado, desde un punto de vista administrativo, hijo de padres desconocidos. El 5 de junio de 2013, el juzgado de menores resolvió que los solicitantes no podían participar en el proceso de adopción iniciado por ellos, ya que no eran ni los padres del niño ni miembros de su familia. Basándose en el

art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del CEDH, los demandantes se quejaron del traslado del niño a otra familia distinta de la suya.

En su sentencia de Sala de 27 de enero de 2015, el TEDH declaró admisible la demanda con respecto a la denuncia presentada por los demandantes en su propio nombre en virtud del art. 8 del Convenio en tanto en lo que se refiere a las medidas adoptadas respecto del niño, y lo demás inadmisibles. Concluyó, por cinco votos contra dos, que se había violado el art. 8. En particular consideró que las consideraciones de orden público que habían influido en las decisiones de las autoridades italianas, al determinar que los demandantes habían intentado eludir la prohibición de la fecundación heteróloga en Italia y las normas sobre adopción internacional, no podían prevalecer sobre el interés superior del niño, a pesar de la ausencia de toda relación biológica y del breve período durante el cual los solicitantes lo habían cuidado. Reiterando que la separación de un niño del entorno familiar era una medida extrema que podía justificarse únicamente en caso de peligro inmediato para ese niño, la Sala sostuvo que, en este caso, no se habían cumplido las condiciones que justificaban la separación.

El 1 de junio de 2015, el caso fue remitido a la Gran Sala a petición del Gobierno italiano. El 9 de diciembre de 2015 se celebró una audiencia. El 24 enero de 2017, la Gran Sala de dicho tribunal, ha dado fin a esta controversia considerando que la separación inmediata e irreversible del niño de sus padres equivalía a una injerencia en su vida privada (derecho al desarrollo a través de su relación con el niño). Sin embargo, también consideró que el escenario contrario habría sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes reglas de la ley italiana. Como resultado, el Tribunal decidió que los intereses nacionales para prevenir la ilegalidad y proteger el orden público prevalecían sobre el derecho a la vida privada de los demandantes y concluyó que no había habido violación del art. 8 de la CEDH.

#### 5.1.2.2. *Discusión doctrinal*

Considerando el artículo publicado por Esther Farnós (2017), donde expone que la sentencia de la Sec. 2ª del TEDH (27 enero del 2015) fue objeto de recurso

ante la Gran Sala por el Gobierno italiano, que en sentencia del 24 de enero de 2017 estimo el recurso.

La Sala de la Sec. 2ª, por cinco votos contra dos, concluyó que había existido una vida familiar de hecho en el sentido del art 8 del CEDH, pues los demandantes habían compartido con el niño las primeras etapas importantes de su joven vida, y que habían actuado como padres hacia el niño. Esta apreciación se basó en varios precedentes, en los que la Corte había reconocido una vida familiar de hecho entre un adulto o adultos y un niño en ausencia de vínculo biológico o legal reconocido, siempre que existieran “vínculos personales genuinos”. Por lo tanto, el Tribunal había encontrado que existía vida familiar entre los padres adoptivos y un niño que había vivido con ellos durante diecinueve y cuarenta y seis meses, respectivamente. En este caso, la brevedad de la convivencia no fue un impedimento, pues el Tribunal ya había admitido la existencia de una “vida familiar pretendida”. Asimismo, la ilegalidad en el origen de la vida familiar no es en sí misma insalvable, habiendo admitido y protegido la Corte la vida familiar entre un adulto y el niño adoptado ilegalmente diez años antes. Por lo tanto, la ausencia de vínculo biológico y jurídico no fue un obstáculo para el reconocimiento de una vida familiar, siempre que existan “vínculos personales genuinos”. Una vez establecida la aplicabilidad del art. 8, la Gran Sala admitió que el tribunal nacional podía concluir razonablemente sobre el “estado de abandono” del niño, y que las medidas impugnadas habían sido adoptadas conforme a lo dispuesto en la ley y estaban encaminadas a la protección y defensa del orden, más precisamente en el respeto de las normas sobre adopción internacional y sobre reproducción médicamente asistida. Sin embargo, consideró que una medida tan extrema como la separación de un niño del entorno familiar no estaba justificada en este caso, ya que los demandantes habían tenido una evaluación positiva por parte de los servicios sociales. La Gran Sala también juzgó que el respeto al interés público tampoco justificaba la medida impugnada. Por lo tanto, la Corte concluyó que hubo una violación a la vida privada y familiar de la pareja que, bajo el pretexto del interés superior del niño, usurpó un derecho de una situación que crearon ilegalmente.

Según Esther Farnós, el análisis que hace la Gran Sala sobre la conducta de las autoridades nacionales presenta puntos débiles. La Gran Sala tiene especialmente en cuenta dos factores: la ausencia de vínculo genético entre el menor y los comitentes, y la actitud de estos últimos al traer al menor a Italia transgrediendo las leyes sobre adopción y reproducción asistida aplicables en dicho país. Y se apoya en el argumento del tribunal de menores que consideró que no se habría producido daño al menor derivado de dicha separación, dado el breve período pasado con los comitentes y su corta edad. Su reflexión última va dirigida a la subrogación y los riesgos de explotación que presenta, esto obliga a pensar en un mayor control de la misma por las autoridades nacionales de los ordenamientos que la permiten y por los consulados de los ordenamientos que la rechazan, así como un mayor control de las agencias que se lucran con ella. Estos controles quizás evitarían tener que improvisar soluciones por Tribunales, a menudo insatisfactorias para los que acuden a ellos.

Grégor Puppink and Claire de La Hougue (2017) sostienen que en el concepto de vida privada se engloban tanto el derecho a respetar ambas decisiones, la de convertirse o no en padres, así como el derecho a concebir o a usar técnicas de reproducción asistida para lograrlo. Para ellos, el elemento determinante de la existencia de una vida privada y familiar es la creación de vínculos entre el menor y los padres, esto sumado al deseo de los demandantes de convertirse en padres.

Elena Ignovska (2017), remarca que el concepto de vida familiar ha evolucionado hasta manifestar una realidad más funcional que genética, con el énfasis principal puesto en la protección de los intereses de los niños. El principio fundamental de las leyes de filiación es la seguridad jurídica para la protección de las familias ya constituidas. El criterio genético predominante va perdiendo terreno frente al mandato social como factor determinante de lo que constituye una vida familiar legal.

Se referían principalmente a las siguientes cuestiones: (a) La distinción entre familias “legítimas” e “ilegítimas”, que en el presente caso desempeñó un papel importante para que la Corte sostuviera que la vida familiar no existía, ya había

sido rechazada por la Corte. hace muchos años (por ejemplo, en el caso *Marckx c. Bélgica*); (b) La proclamación de que el niño ha sido "abandonado" por las autoridades italianas, mientras los padres previstos se hacen cargo de él, no reconoce la noción completa de paternidad (que abarca principalmente la crianza de hecho); (c) La cuestión no es si la ley italiana debería permitir los acuerdos de subrogación, sino más bien cómo las autoridades italianas deberían tratar una situación de hecho en Italia derivada de hechos anteriores que tuvieron lugar en un país extranjero.

De todos modos, el Tribunal no consideró si la sustracción había lesionado la vida privada y familiar del niño, a la luz del art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño que insta a un registro inmediato después del nacimiento para garantizar la identidad, la protección, la seguridad y la estabilidad familiar del niño en el tiempo.

Lidia Bracken (2017), remarca que los solicitantes habían firmado un acuerdo de subrogación gestacional con una madre sustituta rusa. Que, a pesar de enviar líquido seminal de Italia a Rusia con la intención de combinarlo con óvulos de una donante desconocida, no había ningún vínculo genético entre los solicitantes y el niño. Aunque la madre sustituta dio su consentimiento por escrito para el registro del niño como hijo de los solicitantes. En Italia se inician procedimientos penales contra los solicitantes por "falsificación del estado civil". La Sala no hizo referencia al registro de un certificado de nacimiento extranjero, sino a las medidas tomadas por las autoridades italianas que resultaron en la separación permanente del niño y los solicitantes. En contraste la Gran Sala no encontró que existiera una vida familiar *de facto* entre los solicitantes y el niño en el presente caso. Esto fue así a pesar de que la Gran Sala reconoció que un vínculo biológico no es un requisito previo para que exista la vida familiar. Y aunque se subrayó que la existencia de una vida familiar de hecho se basaba en una valoración de la calidad de la relación y que no había que cumplir un mínimo de duración de la vida en común, la Gran Sala encontró que el corto período de cohabitación combinado con la ausencia de cualquier relación genética entre los solicitantes y el niño significaba que la vida familiar de facto no existía entre ellos

en el presente caso. La Gran Sala concluyó que los tribunales italianos lograron un justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego, manteniéndose dentro del amplio margen de apreciación de que disponían en el presente caso. Se siguió que no había habido violación del art. 8 en este caso concreto.

Lidia Bracken concluye que los casos de *Menesson* y *Labassee* junto con *Paradiso* y *Campanelli* demuestran las dificultades que surgen en Europa por la ausencia de un consenso formal sobre cómo abordar el área de la gestación subrogada. Los casos también revelan inconsistencias en el razonamiento del TEDH en casos relacionados con acuerdos transfronterizos de subrogación. El principio del interés superior debe ser flexible y adaptable, por lo que lo que es "mejor" para un niño en un caso será diferente en otro. Sin embargo, debe haber coherencia procesal en el proceso de toma de decisiones. Desafortunadamente, tal coherencia parece faltar en la jurisprudencia del TEDH, ya que el Tribunal ha demostrado que la ausencia de un vínculo genético entre un niño nacido por sustitución y los futuros padres puede justificar una evaluación diferente del interés superior de ese niño. a otros que han sido concebidos en circunstancias virtualmente idénticas. Sólo cabe esperar que, a la espera de ratificación de un instrumento internacional que aborde la maternidad subrogada, el TEDH considere de forma adecuada y coherente el interés superior de los niños nacidos mediante este proceso en otros casos que inevitablemente se presentarán ante el Tribunal en los años venideros.

Ana María Ruiz Martín (2019) remarca que el caso de *Paradiso* y *Campanelli* no se ha considerado como un supuesto de gestación por sustitución puro, a diferencia de los casos de *Menesson-Labassee*. En su artículo resalta diferentes aspectos al considerar la sentencia del TEDH en 2017, donde se dio un giro de su jurisprudencia respecto a la sentencia del 2015. Se analizó el derecho al respeto a la vida privada y el derecho a la vida familiar del art. 8 del CEDH. El TEDH no encontró indicio de vida familiar válidamente constituida, pues el hecho de que los comitentes estuvieran desde el inicio en Rusia no era una razón de peso para entender que se había formado dicho vínculo familiar por las cuestiones relativas al fraude de ley cometido por el matrimonio. Según

la letrada es necesario determinar la duración del vínculo familiar, así como el concepto de familia *de facto* en el Derecho europeo para distinguir si entre los padres comitentes y el menor se había formado una familia de facto, lo cual no puede ser entendido por igual en todos los casos. El hecho de que no hubiera un vínculo genético con el menor, como se presupone que debe existir en los casos de gestación por sustitución, no permitió considerar que se había creado un vínculo de filiación y con ello una “familia *de facto*”. Además, lo que se desprende de la sentencia del 2017, es que no se consideró al menor como parte en el proceso (demandante) representado por sus padres comitentes, porque no fue reconocido como hijo legítimo; por lo que sólo se pudo tutelar en este caso, el derecho a tener una vida privada de los comitentes en su interacción con el menor.

Ana María Ruíz Martín, considera que si los padres comitentes consiguieron la filiación en Rusia, de forma legal dentro de su ordenamiento jurídico, el Encargado del Registro Civil en Italia, no debería haberse centrado en aspectos formales dejando a un lado los aspectos sustantivos evitando “judicializar la función registral”; puesto que lo que debe hacer es valorar los efectos constitutivos de dicha certificación con el orden público del Estado de destino, porque ya se aplicó un Derecho al fondo del asunto para constituir dicha filiación en el país de origen del menor. Así mismo, insiste que el TEDH no debe limitarse a aplicar las normas a todos los supuestos de forma general como si se tratase de un principio abstracto y general (*one size fits all*), pues llevarían a soluciones no equitativas en aquellos Estados donde la subrogación no está permitida o no está regulada. Y aunque las autoridades en el Estado de destino no consideren este vínculo se debe valorar sobre la protección del menor frente a una incertidumbre de poder dejarle sin identidad por un acto realizado por los padres comitentes del que no es responsable. Teniendo en cuenta que, por encima del derecho a la vida privada y familiar, se tutela el interés superior de un menor contra actos que pueden perjudicarlo gravemente.

Según Mariana Iliadou (2019), a pesar de que la gestación subrogada conlleva riesgos y desafíos, la separación de los futuros padres de un niño ordenada por

los tribunales italianos fue una situación extrema donde se adoptó un enfoque restrictivo de la noción de “vida familiar de hecho”, al negar su existencia cuando concurren tres factores: ausencia de vínculos biológicos, corta duración de la convivencia e inseguridad jurídica creada por los propios solicitantes. El TEDH no encontró ninguna violación del art. 8, dado que la injerencia se realizó de conformidad con las leyes italianas, sirviendo así, al objetivo legítimo de asegurar la prevención del desorden y proteger los derechos y libertades del niño, necesario en una sociedad democrática, debido al amplio margen de apreciación otorgado a Italia y su cumplimiento del requisito de un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos. Esta idea aparece recogida en el apartado 2º del art. 8 del CEDH<sup>11</sup>. La negación del TEDH sobre la afectación de la vida familiar, aun cuando exista una convivencia de ocho meses desde la primera infancia del hijo, y la justificación de la injerencia, cuando no exista rastro de estimación de los intereses de los demandantes sin indicios de que la separación sirve al interés superior del niño, genera dudas y objeciones.

Las diferencias entre las sentencias del caso muestran una profunda división sobre la gestación subrogada dentro del TEDH, pues según Mariana Iliadou los temores sobre el resultado adverso del reconocimiento de la subrogación comercial en Europa no son, por sí mismos, suficientes para respaldar la negación de que la separación forzada violó el respeto por la vida privada y familiar de los futuros padres.

---

<sup>11</sup> No podrá haber injerencia de la Autoridad Pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

### **5.1.3. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, A.M. c. Norway (nº. 30254/18)**

#### *5.1.3.1. Hechos*

La demandante estableció una relación con E.B. en el año 2002, su relación empeoró llegando incluso E.B. en el año 2012 a abandonar la vivienda que ambos compartían. La pareja buscó una madre de alquiler a través de una agencia estadounidense desde el inicio de su relación, continuando con la idea de ser padres a pesar de su separación. La demandante se puso en contacto con un bufete americano con el fin de reiniciar la búsqueda de una madre gestante. La expareja de E.B. autorizó por escrito a ésta la potestad de realizar cualquier trámite en lo concerniente al proceso de Gestación por sustitución. A principios del año 2013, la relación entre la demandante y E.B. había llegado a su fin, pero aun así ambos seguían en contacto en lo concerniente al proceso de Gestación por Sustitución. Tras varios intentos infructuosos, en junio de 2013 uno de los óvulos de una madre desconocida fue fecundado. Un mes más tarde, el gameto fue implantado en el útero de otra mujer, recibiendo E.B. y la demandante confirmación del embarazo en agosto de 2013. En enero de 2014 el Tribunal del Distrito del *Condado de Bexar, Texas*, reconoció a la demandante como madre legal del nasciturus ya que, el acuerdo al que llegaron la demandante y E.B. era vinculante. El niño (X) nació el 19 de marzo de 2014, declarándose a la demandante como su madre legal en ejecución de la sentencia.

Una vez llegaron a Noruega, E.B. inició los trámites para reconocer a X como hijo suyo legal, decisión que nunca fue notificada a la demandante. Sin conocimiento de las acciones de su expareja, E.B y la demandante pactaron criar a X en días alternos. Tras diez días de vida de X en Noruega, el Tribunal reconoció a X como hijo legal de E.B y de la mujer americana que dio a luz. Dicha decisión provocó que únicamente E.B disfrutase de la patria-potestad de X. El Tribunal noruego entendió que en el presente caso era de aplicación el principio de "*mater semper certa est*" y, por tanto, la demandante no fue considerada como

madre del menor, aunque como se dijo antes, ella había sido reconocida como madre de X en Texas.

El 6 de junio del 2014 la madre de E.B., abuela de X, envió una carta a los servicios de protección del menor, que no estaban conformes con el acuerdo al que ambos habían llegado por ser perjudicial para el menor. El 25 de mayo de 2015, E.B. manifestó su deseo de que X residiera con él de forma permanente y permitió un contacto de forma más asidua con la demandante de lo que normalmente se permite, que no fue aceptado por la demandante. Los servicios sociales conminaron a E.B. y a la demandante en acordar un régimen de visitas que no fuera perjudicial para X, teniendo en cuenta que nunca las medidas iban a satisfacer a ambos. Después de diferentes propuestas de acuerdo de medidas que no fueron aceptadas por la demandante, el 19 de agosto el niño X inició su periodo de guardería y el hecho que la demandante se retrasó en su llegada a la guardería de la demandante provocó un nuevo conflicto entre E.B. y la demandante. Y posteriormente E.B. se distanció de la demandante definitivamente.

#### *5.1.3.2. Iter procesal*

##### Ante el tribunal del distrito de Oslo

El 25 de agosto de 2015 la demandante presentó una solicitud ante la oficina del menor para iniciar los trámites para ser reconocida como madre legal de X o en su caso para iniciar la adopción. En septiembre recibió la resolución en la que le comunicaban que, en su caso, no podía ser reconocida como madre bajo la Ley de gestación subrogada pues se le había pasado el plazo, pero sí que podía empezar los trámites de adopción.

En 2016, se presentó una demanda en el Tribunal de la Ciudad de Oslo con el objeto de plantear el derecho legal de la demandante a ser reconocida como madre adoptiva de X. En una resolución del 8 de noviembre de 2016, el Tribunal Municipal de Oslo constató considerando que una madre sustituta en los Estados Unidos había quedado embarazada después de que el espermatozoides donado por E.B., el cual fue utilizado para fecundar un óvulo de una donante de óvulos

anónima mediante fecundación *in vitro* y, a continuación, se había implantado el embrión en el útero de la madre sustituta. En este caso, la demandante no tenía conexión biológica con el niño pasando a ser considerada madre de intención o social. Por lo tanto, y debido a esto, se deniega la solicitud de maternidad de la demandante. Se alegó por parte de ésta el art. 104.3 de la Constitución Noruega, en la que se recoge el deber de Noruega de respetar las obligaciones contraídas como consecuencia de la firma de tratados internacionales, alegando que se había vulnerado la convención de los derechos del niño.

Sin embargo, en Noviembre el Tribunal falló diciendo que se había denegado la moción porque se requería el consentimiento de E.B. como padre biológico del menor para que la demandante pudiera adoptar a X como “madrstra”. El Tribunal, además, entendió que la necesidad de autorización de E.B. no era contraria a ningún derecho fundamental del menor. La razón principal por la que el Tribunal desestimó la propuesta fue porque el Tribunal entendió que los desacuerdos entre la demandante y E.B. eran perjudiciales para X, porque el niño necesita una estabilidad.

Dicha resolución fue recurrida ante el tribunal de apelación del distrito de *Borgarting*.

#### Recurso ante el tribunal de apelación de Oslo

En la apelación ante el tribunal de *Borgarting* la demandante pedía ser reconocida como madre de X y, por tanto, debía reconocérsele su derecho de visitas.

El Tribunal se planteó la cuestión de si la demandante debía ser reconocida como madre de X a pesar de que el material genético de X era el de E.B. y el de otra mujer desconocida y además dicho gameto se había gestado en el útero de otra mujer. Sin embargo, el Tribunal basó su argumentación en el principio latino “*mater semper certa est*”, es decir, consideró como punto de partida los lazos biológicos de X, y por lo tanto, la demandante no podría ser registrada ni como su madre ni como adoptante en el concepto de “madrstra”, ya que E.B. no lo había autorizado.

Además, entendió que no se violaba ningún derecho de X porque en este caso, no le habían privado de su derecho a la vida privada y familiar, sino que estaba viviendo con su padre, la pareja de éste y su medio-hermano.

También el tribunal le denegó a la demandante el derecho a visitas, porque entendió que podían suponer una intromisión en el entorno de X ya creado alrededor de la pareja de su padre y de su medio-hermano.

El fallo llegó el 12 de octubre de 2017.

#### Recurso ante el Tribunal Supremo.

La demandante recurrió en casación la sentencia del tribunal de *Borgarting* ante el Tribunal Supremo. El Supremo ratificó las Sentencias de los dos Tribunales inferiores, basándose en que la demandante no había podido probar un contacto exhaustivo con X, lo que le hubiera permitido crear lazos emocionales con el menor. Otro de los motivos de la inadmisibilidad del recurso fue que no violaba el art. 8 del CEDH, ya que X tenía una vida privada y familiar. Según el Supremo, lo que se violaba en este caso era la vida privada, no la vida familiar de la demandante, y como no hay un marco legal para ello, no puede ser garantizado. Es por esto por lo que el recurso de casación no fue admitido.

#### 5.1.3.3. *Resolución del TEDH*

La demandante en su recurso ante el TEDH alegó que el hecho de no haberle concedido la maternidad de X, suponía que el Estado Noruego había violado los preceptos de los arts. 8 y 14 del CEDH. La recurrente entendía que el motivo por el que el Estado Noruego no le había concedido la maternidad de X era un acto de discriminación contra su sexo, interfiriendo así en su derecho a la vida privada y familiar con X. Entendía que su pretensión sí encajaba en la ley de Natalidad subrogada temporal, pues fue ella quien inició los procedimientos de Gestación subrogada yendo incluso a Estados Unidos semanas antes del parto para procurarse un apartamento y así estar con el neonato. E.B. fue a visitarlos tanto a Texas como los primeros días de su estancia en Noruega.

El gobierno noruego por su parte argumentó que había sido imparcial al juzgar el caso. Explicando por qué la Ley Temporal de gestación subrogada no era aplicable, pues además de estar derogada, el caso no encajaba en el supuesto de hecho porque la recurrente no había aportado material genético y por tanto, los padres de X según la Ley Noruega eran la mujer que dio a luz y la expareja de la recurrente, E.B. Denegaron a la recurrente la adopción de X porque ésta no contaba con el permiso del padre de X, E.B.

Tras escuchar a ambas partes, el TEDH concluyó que la actuación del Gobierno Noruego no había incumplido el art. 8 del CEDH porque X formaba parte de una familia, la creada por su padre E.B., la pareja de éste, K y su medio hermano, producto de una relación sentimental entre E.B. y K. Así mismo el tribunal considero que en la actuación del Gobierno no existía discriminación por su sexo.

#### *5.1.3.4. Discusión doctrinal*

La Sentencia del TEDH fue consecuencia de pronunciamientos nacionales en los que los Tribunales Noruegos desestimaron las pretensiones de la demandada porque los Tribunales entendieron que eran contrarias al derecho nacional ya que, de acuerdo con el derecho noruego, la demandante no podía ser reconocida como madre pues X no portaba su material genético, tampoco podía ser reconocida como madre adoptante pues E.B., su expareja, no se lo permitía. Debido a esto, la demandante llevó al Estado Noruego ante el TEDH alegando que esta actuación era contraria al art. 8 del CEDH en conjunción del art. 14 del mismo tratado internacional, el cual regula la prohibición de recibir un trato discriminatorio por razón de sexo, de raza, de condición social etc.

La preocupación del CEDH no solamente alcanza el contenido del art. 8, referido a la vida privada y familiar de las personas (VID 3), sino que también a un supuesto no recogido literalmente en el contenido de este artículo, el cual son los problemas derivados la divergencia entre el modo de recoger registralmente el hecho de que un menor nació a través de Gestación subrogada llegando, incluso en algunas ocasiones a cuestionar en el ámbito internacional la integridad y soberanía de los Estados.

Resumiendo, en este caso se entraron a valorar aspectos como: la vida del menor, la necesidad de reconocimiento legal de la filiación de X a una mujer que buscó desde siempre convertirse en madre y debido a su infertilidad tuvo que recurrir a técnicas de reproducción asistida como la Gestación Subrogada. Al no tener vínculos genéticos con X se la excluyó de la crianza del menor y los Tribunales Noruegos, como disponían de un margen de apreciación, entendieron que no existió ningún tipo de discriminación hacia la demandante.

Por lo tanto, para finalizar se podría decir que el derecho a la vida privada y familiar es un derecho muy heterogéneo y difícil de determinar ya que engloba los derechos de visita a los hijos entre miembros de uniones de hecho o el derecho a la investigación de la paternidad, aunque siempre debe primar el bienestar del menor, así como sus voluntades, deseos y preferencias. El CEDH junto con su tribunal, el TEDH, han concedido a las autoridades nacionales un espacio de maniobra para evitar así el desplazamiento a un segundo plano de su decisión. En cuanto a la aplicación de dicha decisión, se debe realizar de manera discrecional por el juez europeo. La principal consecuencia es que el TEDH toma como punto de partida y de referencia la decisión interna del país; esto no significa sin embargo que confirme o se adhiera a lo decidido por la autoridad nacional.

#### **5.1.4. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, A.L. c. Francia (nº 13344/20).**

##### *5.1.4.1. Hechos*

En el año 2012, el Sr. A.L. y su pareja, el Sr. Ma., publicaron en Internet un anuncio para establecer contacto con una mujer con la que celebrar un contrato de gestación subrogada. La Sra. B., esposa de M., accedió a ser fecundada con gametos del demandante, el Sr. A.L., a cambio de un pago. El niño, S., nació el 8 de marzo 2013. La Sra. B. confió S. a otra pareja, el Sr. y la Sra. R., a cambio del pago de 15.000 euros, diciéndole a la demandante que el niño había muerto. La Sra. B. no informó al Sr. y la Sra. R. de la existencia de la pareja formada por la demandante y el Sr. Ma. ni del hecho de que el niño hubiera sido concebido

en el marco de un contrato de gestación subrogada que ella había celebrado con ellos.

Este hecho propició que primero se inscribiera la muerte de S por su padre biológico y la pareja de éste y al mismo tiempo su nacimiento por los padres adoptantes. Este hecho sumado a que S tenía un gran parecido físico a la Sra. B fue lo que llevó a un profesional sanitario del hospital donde ésta dio a luz a levantar las sospechas sobre los verdaderos orígenes de S. Dichas sospechas llegaron a oídos de la fiscalía de *Blois*. Tras una ardua investigación la Sra. B. fue imputada por los delitos de estafa y tentativa de estafa, además y por otra parte, el demandante y su pareja junto con el Sr. y la Sra. R., fueron acusados de incitación al abandono de un niño.

Dicho órgano judicial estimó, basándose en el resultado del estudio del material genético de S, que el demandante era su padre biológico y por tanto tenía la potestad de ordenar realizar todas las diligencias tendentes a determinar la filiación *de facto*. Por ello, el demandante a partir del 9 de septiembre de 2017 permitió al Sr. y la Sra. R tener contacto de una forma más asidua con el niño.

Dicha resolución fue sistemáticamente recurrida por los padres adoptantes de S hasta llegar ante el *Tribunal de Apelación de Rouen*. El 28 de julio de 2017, a petición urgente del Sr. R. se ordenó la suspensión de la ejecución inmediata, ordenando que no se debían realizar bajo ningún concepto acciones para cambiar la filiación y el domicilio de S ya que estos cambios presentarían graves riesgos de causarle no sólo una gran confusión, dolor y angustia, sino también importantes dificultades psicológicas.

#### 5.1.4.2. Resolución del TEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial, su Abogado General, entendió que la resolución del *Tribunal de Apelación de Rouen* era la que más tomaba en consideración el interés superior del menor al denegarle la filiación de su padre biológico, permitiéndole seguir conviviendo con sus padres adoptivos y registrales, el Sr. y la Sra. R pues entendió que, si cambiaba la filiación de S, el menor sufriría graves problemas psicológicos. En resumen,

entendió este tribunal de ámbito supranacional, que tanto el Tribunal de Apelación como el de Casación, habían priorizado el interés del menor al dar más importancia al nexo afectivo que le unía con el Sr. y la Sra. R sobre el nexo biológico.

Ahora bien, el punto a destacar de la resolución del Tribunal de Apelación había dejado abierta la posibilidad para que S, en un futuro cuando tuviera desarrolladas todas sus capacidades cognitivas y, atendiendo a sus voluntades, deseos y preferencias pudiese ejercitar todas las acciones destinadas a su cambio de filiación, si así lo deseara.

Por otra parte, el TEDH entendió que el demandante se benefició de las controversias entre las resoluciones de los diferentes Tribunales Nacionales, lo que dilató aún más el proceso judicial, lo que a ojos del TEDH supuso una violación del art. 8 de la Convención debido a que el Estado demandado no cumplió con su deber de diligencia excepcional en las circunstancias específicas del caso. Por lo tanto, el tribunal europeo compelió a los Tribunales de los Estados Firmantes a reconocer que una violación de este tipo no es subsumible dentro del cuestionamiento sobre la correcta evaluación del interés del menor de edad.

#### *5.1.4.3. Discusión doctrinal*

El TEDH se adhirió a lo dicho tanto por el tribunal de primera instancia como por la Audiencia y el Supremo ya que entendió que en todo momento se habían tenido en cuenta los intereses del Menor "S", quien se encontraba en una difícil situación ya que cada uno de los adultos implicados había asumido alguna responsabilidad.

En lo referente a los procedimientos procesales de ordenación del proceso, el Tribunal determinó que la parte actora se había beneficiado de un procedimiento contradictorio, en el que se le había permitido debatir los argumentos de las otras partes. Sin embargo, este extremo puede llegar a ser cuestionable ya que, el procedimiento había durado un total de unos seis años y un mes, lo que era incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva. La razón principal para

alegar la violación del art. 24.1 CE es el no sin respeto el deber de diligencia excepcional exigido para casos en los que hay intereses de menores de edad en juego. En el presente caso, y como implicado el objeto del proceso es la evaluación de las relaciones de menores con sus progenitores si pasa un considerable lapso puede hacer que la cuestión legal se determine sobre la base de un hecho consumado. Como el niño tenía seis años y medio cuando terminó el proceso interno, el Tribunal no pudo discernir cómo la complejidad del caso pudo haber justificado tal intervalo de tiempo.

Fue por esto por lo que el TEDH entendió que había habido una violación del art. 8 de la Convención debido a que el Estado demandado no cumplió con su deber de diligencia excepcional en las circunstancias específicas del caso. El Tribunal enfatizó que este hallazgo de una violación no debe interpretarse como un cuestionamiento de la evaluación del interés superior del niño por parte del *Tribunal de Apelación de Rouen* o su decisión de desestimar las solicitudes del solicitante, como lo confirmó el Tribunal de Casación.

#### **5.1.5. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Valdís Fjölnisdóttir and Others c. Iceland* (nº 71552/17/21).**

##### *5.1.5.1. Hechos*

Los demandantes, *Valdís Glódís Fjölnisdóttir, Eydís Rós Glódís Agnarsdóttir* and X, son ciudadanos islandeses nacidos en 1978, 1977 y 2013 respectivamente y residentes en *Kópavogur* (Islandia). La solicitud del tercer demandante se presentó bajo la autoridad de su tutor legal, M.

La Sra. *Fjölnisdóttir* y la Sra. *Agnarsdóttir* habían firmado un acuerdo de subrogación con una mujer en California, iban a convertirse en madres mediante la realización de un contrato de gestación subrogada en California (EE.UU) en el año 2013. Ninguna de las madres proporcionó los gametos utilizados en la gestación, lo que significa que la pareja no tenía ningún vínculo biológico con el niño que nació en California en febrero de 2013 y que posteriormente fue registrado como hijo de la Sra. *Fjölnisdóttir* y la Sra. *Agnarsdóttir* según la ley de California. Como consecuencia del lugar de su nacimiento en los Estados

Unidos, El niño con pasaporte estadounidense pudo entrar en Islandia junto con sus futuras madres. Al regresar a Islandia, las futuras madres solicitaron la transcripción del certificado de nacimiento de California del niño en los registros civiles islandeses, lo que fue denegado debido a que la madre sustituta se consideraba la madre legal del niño según la ley islandesa; a pesar de presentar por los solicitantes documentos que probaban su nacimiento por subrogación y la renuncia de los derechos inherentes a la paternidad por escrito de su madre biológica. Al ser menor de edad no acompañado (*Unaccompanied Minor*), las autoridades islandesas designaron un tutor legal independiente para el niño, pero ubicaron al niño en el hogar de acogida de la Sra. *Fjöl意思dóttir* y la Sra. *Agnarsdóttir*.

Posteriormente, al niño se le concedió la ciudadanía islandesa en 2015 (sobre la base de la Ley 128/2015), pero las autoridades islandesas siguieron denegando el reconocimiento de la paternidad legal de la Sra. *Fjöl意思dóttir* y la Sra. *Agnarsdóttir*, a pesar de que se había establecido legalmente en virtud de la ley de California.

La Sra. *Fjöl意思dóttir* y la Sra. *Agnarsdóttir* iniciaron acciones judiciales contra la negativa de las autoridades islandesas a reconocer su paternidad legal. Su demanda finalmente fue desestimada por la Corte Suprema de Islandia en 2017, que sostuvo que el reconocimiento de la paternidad legal de la Sra. *Fjöl意思dóttir* y la Sra. *Agnarsdóttir* era incompatible con los principios fundamentales de la ley islandesa (*ordre public*), en particular la prohibición (nacional) sobre la gestación subrogada y el principio romano de “*mater semper certa est*”, lo que significa que sólo la mujer que da a luz a un niño puede ser reconocida como su padre legal al nacer.

En principio, la Sra. *Fjöl意思dóttir* y la Sra. *Agnarsdóttir* habrían podido establecer su paternidad legal del niño bajo la ley islandesa a través de la adopción. Sin embargo, debido a su divorcio en 2015, se les prohibió la adopción conjunta, lo que significa que solo una de ellas podía adoptar al niño según la ley islandesa (lo que no era deseado por ninguno de los padres intencionales). Como consecuencia, ni la Sra. *Fjöl意思dóttir* ni la Sra. *Agnarsdóttir* fueron reconocidas

como progenitoras legales del niño bajo la ley islandesa en el momento de la decisión del TEDH, pero el niño había sido colocado bajo el cuidado de crianza permanente de la Sra. *Fjölнисdóttir* (y su nuevo cónyuge) y disfrutaba de igualdad de acceso a la Sra. *Agnarsdóttir*.

Dado que la Sra. *Fjölнисdóttir* y la Sra. *Agnarsdóttir* aún buscaban su reconocimiento conjunto como madres legales del niño bajo la ley islandesa, presentaron una queja ante el TEDH en su propio nombre y en nombre del niño, argumentando, en particular, que la denegación del reconocimiento de su paternidad legal por parte de las autoridades islandesas había violado su derecho y el del niño al respeto de la vida familiar del art. 8 del CEDH.

El Tribunal Supremo, confirmó la sentencia dictada por el órgano islandés, el 30 de marzo de 2017, excepto que, entendió que no había existido "vida familiar" en el momento en que se tomó la decisión del Registrador. Además, estimó que las acciones de las autoridades se habían adecuado al mandato constitucional.

Tras la sentencia del Supremo ambas demandantes junto a sus cónyuges procedieron a la acogida del niño de forma permanente.

Respecto a la decisión del TEDH, se resalta:

- La primera dificultad con la que se encontró el TEDH era la de determinar si los lazos afectivos y emocionales que había desarrollado el niño con las demandantes eran constitutivas de una "vida familiar". Este Tribunal alegó que, aunque la legislación Islandesa se rigiese por el principio romano "*mater semper certa est*", era indudable que el menor había sido criado por las demandantes de la misma forma que si una de ellas hubiera dado a luz, convirtiéndose así de facto en sus madres. Aunque el Tribunal Supremo sembró dudas sobre la existencia de dicho vínculo familiar, éste nunca había sido cuestionado con anterioridad por el Gobierno Islandés.
- El TEDH estimó que la solución dada por el Tribunal Supremo no era la propia de un país democrático ya que no se había procedido a realizar una interpretación amplia del supuesto de hecho recogido en la norma. Sin embargo, entendió que el Estado adoptó medidas dirigidas a

salvaguardar la vida familiar de los solicitantes a través de acciones diversas como puede ser la de dejar abierta la puerta a las demandantes de la adopción o conceder la ciudadanía islandesa entendiendo, por tanto, que no se violó en ningún momento el derecho de las demandantes y el respeto de la vida familiar.

#### 5.1.5.2. *Discusión doctrinal*

Uno de los primeros hechos que se nos plantean ante esta sentencia del TEDH, es la tensión entre la prevención de la subrogación comercial transnacional y el interés superior de los niños nacidos de la subrogación. La subrogación comercial plantea serias preocupaciones sobre la mercantilización de los niños y la referencia a los puntos de vista morales que prevalecen en la sociedad. Estas preocupaciones han motivado a una gran mayoría de países europeos a prohibir explotación de las madres sustitutas; es decir preocupa la gestación subrogada comercial a nivel doméstico. Esto ha sido ampliamente discutido por Julian W März (2021). En su artículo el autor parte de que los tribunales de los Estados de origen de los padres de intención se enfrentan a un hecho consumado en los casos de gestación subrogada transnacional. En general, solo tendrán conocimiento del acuerdo transnacional de subrogación una vez que el niño haya nacido y los futuros padres soliciten el reconocimiento o el establecimiento de su paternidad legal en el derecho interno, una vez que han adquirido la paternidad legal según la ley del lugar de nacimiento del niño donde se ejecutó el contrato de subrogación.

En esta situación, los tribunales internos se enfrentan a un grave dilema. Por un lado, el reconocimiento de la paternidad legal de los futuros padres es, en general, necesario para evitar un estado de falta de paternidad (*de facto*) del niño (como se vio en el caso *Fjölfnisdóttir*). Por otro lado, el reconocimiento de la paternidad legal de los futuros padres en un caso corre el riesgo de ser interpretado como una aceptación del “turismo de subrogación” por parte de otros potenciales futuros padres. Por ello, los tribunales nacionales en los casos de gestación subrogada comercial transnacional deben considerar previamente si debiera prevalecer el privilegio de la prevención del Turismo de gestación

subrogada sobre el interés superior de los niños nacidos de gestación subrogada; o viceversa. Por lo tanto, el dilema que se les plantea a los tribunales nacionales es: (a) si reconocen la paternidad legal de los futuros padres, corren el riesgo de fomentar aún más el turismo mundial de subrogación; (b) si rechazan el reconocimiento, corren el riesgo de vulnerar los derechos del niño nacido de la subrogación.

La resolución de este dilema requiere un marco integral y consistente que combine medidas preventivas contra el turismo de subrogación global y, por otro lado, establezca reglas que protejan el interés superior de los niños nacidos de subrogación transnacional tanto como sea posible. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH sobre gestación subrogada transnacional debe entenderse como una llamada de atención a los legisladores de los Estados signatarios para que elaboren marcos jurídicos holísticos que aborden el tema del turismo de subrogación global.

#### **5.1.6. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D.B. y otros c. Suiza* (nº 58252/15 y 58817/15).**

##### *5.1.6.1. Hechos*

Los demandantes, miembros del colectivo LGTBIQ+, se encuentran registrados como pareja desde febrero de 2011. En 2010 celebraron un contrato de maternidad subrogada en Estados Unidos con el segundo demandante como donante masculino. Una vez confirmado el embarazo, un tribunal estadounidense declaró a los dos hombres padres legales del feto. El menor nació en 2011 y se expidió un certificado de nacimiento conforme a la sentencia de filiación. A finales de abril de ese mismo año, los demandantes solicitaron en Suiza el reconocimiento de la resolución estadounidense y la inscripción del certificado en el registro civil. En marzo de 2012, el Registro Civil cantonal resolvió rechazando, por una parte, el reconocimiento de la sentencia estadounidense, así como la transcripción de la partida de nacimiento en el Registro Civil. Los demandantes recurrieron la resolución, en todas las instancias judiciales suizas. En mayo de 2015, el Alto Tribunal suizo, Tribunal Federal

reconoció parcialmente la sentencia estadounidense, únicamente en lo referente a la admisión de la filiación con respecto al cónyuge que aportó el material genético. Negándose a reconocer la filiación del miembro de la pareja que no aportó material genético. Esta resolución provocó que, en noviembre de 2015, acudieran al TEDH.

Mientras el TEDH se encontraba deliberando, en enero de 2018, entró en vigor una modificación del Código Civil Suizo que permitía solicitar la adopción conjunta del menor por parte de los dos miembros de la pareja registrada. En diciembre de 2018, las autoridades cantonales concedieron la adopción.

#### *5.1.6.2. Fallo del TEDH*

El TEDH consideró que se había producido una violación del art.8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada) en lo que respecta al niño demandante, y ninguna violación del art. 8 (derecho al respeto de la vida familiar) en lo que respecta al padre biológico y al padre genético. En cuanto al niño, observó en particular que, en el momento de su nacimiento, el Derecho Interno no había ofrecido a los demandantes ninguna posibilidad de reconocimiento de la relación paterno-filial con el menor. Ya que la adopción únicamente estaba abierta a las parejas casadas, con exclusión de las uniones registradas. Sin embargo, esta situación se liberalizó el 1 de enero de 2018 cuando el legislador permitió a las parejas de hecho registradas adoptar. Así pues, durante casi siete años y ocho meses, los demandantes no habían tenido ninguna posibilidad de obtener el reconocimiento definitivo de la relación paterno-filial.

El TEDH declara que el hecho de que las autoridades suizas denegaran el reconocimiento de la resolución judicial extranjera que consideraba a ambos miembros de la pareja como “padres” del menor, ha violado el interés superior del menor. Es decir, la imposibilidad general y absoluta, durante un período de tiempo significativo, de obtener el reconocimiento de la relación entre el niño y el miembro de la pareja que no aportó el material genético, supone una injerencia en el derecho de respeto a la vida privada. Por lo tanto, Suiza se había extralimitado en su margen de apreciación al no prever oportunamente dicha

posibilidad. Respecto al modo al que los demandantes acudieron para formar su familia, el tribunal entendió que habían violado el orden público suizo. Sin embargo, el Tribunal entendió que habían actuado de acuerdo con las dificultades prácticas que se encontraron en Suiza, respetando el art. 8 del CEDH.

#### 5.1.6.3. *Discusión doctrinal*

Koumoutzis (2022) dice en su artículo doctrinal que el motivo del cambio de decisión del Tribunal en este caso con respecto a los casos de *Labasse y Mennson c. Francia* se debió a que el menor nació con posterioridad a 2011, año a partir del cual los países permitieron, no solo el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras en su territorio, sino que, además, a las mismas les otorgaba la misma fuerza probatoria que a las nacionales.

Por otra parte, Bara *et al.* (2023) pusieron el foco en la extralimitación en el margen de apreciación de las autoridades suizas en lo referente a los derechos del menor.

### **5.1.7. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, K.K. y otros c. Dinamarca (nº 25212/21).**

#### 5.1.7.1. *Hechos*

Este caso versa sobre la posibilidad de que la solicitante danesa K. K. se convirtiese en madre de dos gemelos nacidos por gestación subrogada, convirtiéndose así en su madre por afectividad en Dinamarca. Los menores portan el material genético de la pareja de K.K y de la mujer sustituta de nacionalidad ucraniana. La Ley danesa prohíbe la adopción de menores en los casos en que medie previo pago a la persona encargada de prestar el consentimiento para la adopción (la madre gestante).

Este fue el principal motivo que las autoridades danesas alegaron para denegar a la demandante, K.K la posibilidad de adoptar a los menores, colocándolos en una situación incierta en lo referente a cuestiones relacionadas con la filiación

como pueden ser los derechos sucesorios derivados de su condición de descendientes.

#### 5.1.7.2. Resolución del TEDH.

El Tribunal hizo varios exámenes de los derechos implicados:

- En lo referente al respeto de la vida familiar: estimó que no se había violado el art. 8 del CEDH al considerar que tanto la demandante como los menores conviven con el padre de éstos.
- Así mismo, consideró que las autoridades danesas no habían violado el art. 8 del CEDH en lo que se refiere al respeto de la vida privada de la demandante, ya que, a ojos del tribunal, la actuación de las autoridades nacionales había sido la correcta al considerar más importante la protección del orden público.
- El Tribunal consideró que se había producido una violación del art. 8 por lo que respecta al derecho al respeto de la vida privada de los dos menores ya que, las autoridades danesas fallaron en su deber de lograr un equilibrio entre los intereses de los menores y el Orden Público pues no consiguieron encontrar una solución ecuánime a ambas.

#### 5.1.7.3. Discusión Doctrinal

Este asunto se refería a la denegación a la primera demandante de adoptar a las otras dos solicitantes, que eran gemelas, como madre por afectividad en Dinamarca. Los gemelos nacieron de una de una madre de alquiler en Ucrania, a la que se había pagado por sus servicios en virtud de un contrato celebrado con la primera demandante y su pareja, padre biológico de los niños. Según el Derecho danés, la adopción no está permitida en los casos en que se haya pagado a la persona que debía dar su consentimiento a la adopción.

Según los autores, Bara *et al.* (2023) el Tribunal tomó como base la imposibilidad de la demandante de convertirse en “madrstra” de los menores nacidos a través de gestación subrogada por haber remunerado económicamente a la madre

biológica de sus hijos, la mujer ucraniana con el fin de que ésta consintiese la adopción.

## **5.2. JURISPRUDENCIA EN ESPAÑA**

Dentro de la jurisprudencia en España únicamente haremos referencia a las últimas sentencias de la sala Primera (de lo civil) del Tribunal Supremo, así como las de la sala Cuarta (de lo social) de dicho órgano judicial.

### **5.2.1. Sentencia de la Sala Civil TS 835/2013, (6 de febrero de 2014).**

#### *5.2.1.1. Hechos*

Una pareja formada por dos varones de nacionalidad española que se casaron en el año 2005. Éstos, persiguiendo el fin de ser padres, se trasladan a San Diego (California), y allí realizan un contrato de gestación por sustitución con una madre gestante. La mujer fue inseminada artificialmente con el material genético de los dos hombres. Una vez los menores se desprendieron con vida del seno materno, se dicta la resolución judicial que determina la filiación a favor de los padres comitentes. Es importante señalar que en dicha certificación registral se constatan ambos términos, al igual que en la Resolución de la Dirección General de los registros y del Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009, dictada como resultado de la solicitud de inscripción en España de los aspectos recogidos en dicha certificación extranjera. No obstante, el Ministerio Fiscal impugnó dicha resolución porque se infringía el art. 10 de la Ley 14/2006, que como ya se ha adelantado establecía la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. Consideraba la demanda que el contenido de la resolución de la DGRN era contrario al orden público español y que, por tanto, no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada.

#### *5.2.1.2. Fundamentos de derecho*

El Tribunal Supremo tenía ante sí una difícil tarea ya que, aunque el art. 23 del reglamento del Registro Civil apela a realizar un análisis pormenorizado con el fin de analizar las particularidades de cada caso y así determinar si atentan contra el orden público español o no.

### 5.2.1.3. *Discusión doctrinal*

Resulta interesante resaltar del artículo de Antonio Arroyo Gil (2020) que, aunque el concepto de Orden Público es uno de los conceptos más difíciles de aprehender del Derecho, ya que, dependiendo de la rama del Derecho a la que hagamos referencia, el contenido del Orden Público se asienta sobre unos u otros preceptos. En el presente caso sometido a análisis el Orden Público se apoya sobre el contenido de los siguientes derechos fundamentales: El art. 10.1 de la Constitución, referente al derecho a contraer matrimonio, el art. 32 CE referente al derecho a la intimidad familiar, el art. 18.1 CE referente a la protección de la familia, a la protección integral de los hijos, los cuales se consideran iguales ante la ley con independencia de su filiación, y a la protección de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Además de los ya mencionados, el TS entiende que en el caso sometido a estudio podemos encontrar el art. 39 CE el cual toma su base en la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Y, por último, pero no menos importante, en el art. 15 de la CE el cual se refiere al derecho fundamental a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional.

Partiendo de lo que se puede entender por Orden Público, el Tribunal resalta que en nuestro país y en los de nuestro entorno se percibe la evolución en técnicas de reproducción. Bien entiende que los pasos agigantados de la medicina en lo referente al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño, pues, se está "cosificando" a la mujer gestante y al niño. Concluye el Alto Tribunal que en el presente caso no se consigue garantizar el interés de los menores, al haberse celebrado un contrato de gestación por sustitución y a través de la filiación a favor de los padres comitentes que prevé la legislación de California. El TS español trata de establecer ciertos límites al «fácil» argumento del interés superior del menor, con el fin de estudiar si el caso concreto es contrario al orden público, es decir, la finalidad es evitar situaciones que puedan suponer una violación del derecho fundamental a la dignidad tanto de la mujer gestante como del *nasciturus*. Por lo tanto, aunque, como he dicho con anterioridad nuestro ordenamiento pivota

sobre el principio de “*mater Semper certa est*”, en el presente caso el TS entendió que la infracción del art. 10 de la Ley 14/2006 <sup>12</sup>debido a una presunción “*Iuris Tantum*” de la Gestación subrogada como contraria a la dignidad de la mujer gestante, al entender que esta práctica lo que hace es cosificar a la mujer, tratándola como objeto del contrato no como un sujeto (Antonio Arroyo, 2020).

Ana Valero (2019), en su artículo hace referencia a que el Alto Tribunal, entiende que para garantizar este interés superior del menor se ha de partir de la ruptura de todo vínculo afectivo de los menores con la mujer californiana que les dio a luz, con el fin de asegurar la integración total de los menores en el núcleo familiar, es por ello por lo que el Tribunal instó al Ministerio Fiscal a ejercitar “las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores” y así integrarlos en un núcleo familiar.

Respecto al principio de protección del menor, refleja que es un principio cuya finalidad es la de complementar las leyes, ya sea en cuanto a su aplicación como en cuanto a su interpretación. Es por ello por lo que la filiación deberá determinarse no sólo en atención a este principio sino también teniendo siempre presente la legislación del Ordenamiento Jurídico correspondiente. Es decir, la inscripción de los menores nacidos por maternidad subrogada que se realice quebrantando las normas también supone un perjuicio para el menor.

Otro punto que resalta es que el tribunal toma de partida son los principios de dignidad moral e integridad de la mujer gestante evitando así la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes de familias desestructuradas.

---

<sup>12</sup> 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.

El TS falló en el sentido que permitiría la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil siempre y cuando se demostrara que al menos uno de los padres comitentes hubiera aportado material genético. Pero la misma fue dejada sin efecto inmediatamente, mediante una Instrucción de la DGRN de 18 de febrero (a resulta de un previo comunicado emitido por el Ministerio de Justicia el 16 de febrero), lo que, en último término, significa que (supuestamente) sigue vigente la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (Silvia Vilar González, 2019), pese a su indudable contradicción con la STS de 2014.

## **5.2.2. Sentencia de la Sala Civil TS 277/2022, (31 de marzo de 2022)**

### *5.2.2.1. Hechos*

En el presente caso, la demandante posee nacionalidad española y en ningún momento traslada su domicilio a México, sino que contrata los servicios de una sociedad mercantil con el fin de que esta le proporcione un hijo que nazca por gestación subrogada. Después de haber nacido el niño, una mujer que alegaba ser su madre biológica, aunque el menor no transportaba su material genético (extremo que fue descubierto posteriormente), acude al registro civil de Tabasco a inscribir el menor. Una vez inscrito en el registro de Tabasco el menor fue trasladado a España. El “*petitum*” de la demanda presentada en el año 2018 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 77 de Madrid era la de declaración de paternidad por posesión de estado y la consiguiente inscripción de la filiación en el Registro Civil. Dicho órgano judicial resolvió el día 19 de febrero de 2019 desestimando la demanda al considerar que no puede utilizarse el principio de la consideración primordial del interés superior del menor para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas.

El abuelo del menor y padre de la demandada, pedía al Tribunal la declaración de paternidad por posesión de estado en favor de su hija, así como la inscripción en el Registro Civil de la filiación sobre el menor. El Juzgado de Primera Instancia nº 77 de Madrid dictó la Sentencia el 19 de febrero de 2019 desestimando la demanda al considerar que “no puede utilizarse el principio de la consideración primordial del interés superior del menor para contrariar la ley, sino para aplicarla

y colmar sus lagunas”. Es por ello por lo que recomendó a la madre del menor que instare ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción y una vez declarada dicha filiación por adopción, sí procedería la inscripción del menor en el Registro Civil con los apellidos que fueron al nacer.

Esta resolución fue recurrida en apelación argumentando la posesión de estado como título de atribución de la maternidad y es por ello por lo que no es necesario que exista una relación biológica con la demandada, a parte, y dado que en este caso no puede acudir a la adopción como remedio alternativo, el demandante pide que se estime la demanda apoyándose en el interés superior del menor, ya que, de lo contrario se estaría causando un perjuicio al niño, quien carece de DNI y de NIE, privándosele por tanto, de los efectos derivados de la filiación. La Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 1 de diciembre de 2020. Dicha sentencia revoca la resolución de la primera instancia, ya que, aparte de declarar a la demandada como madre del menor, ordenando así, la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente respetando los apellidos que al menor le impusieron al nacer y constan en la documentación registral extranjera, hace recaer sobre Aurelia como consecuencia de la declaración las obligaciones dimanantes de la condición de madre.

El Ministerio Fiscal presenta recurso de casación contra esta Sentencia de la Audiencia. La base de la argumentación del recurso es que la sentencia recurrida determina una filiación materna respecto de una persona que no es madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio y en contravención directa del art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

#### *5.2.2.2. Fallo del Supremo*

Según el Tribunal Supremo "tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad". La razón de este alegato es, que la mujer es cosificada pues,

incluso antes de la concepción renuncia a los derechos inherentes a la maternidad además de la obligación de someterse a tratamientos físicos que pueden ser contrarios a su salud, así como una renuncia a un derecho fundamental como es el de la intimidad y confidencialidad médica.

A ojos del Tribunal, por lo tanto, no pueden ser objeto de un contrato cuestiones que afecten a derechos fundamentales, pues estos son indisponibles. Es por esto, por lo que no se puede dejar al arbitrio de la voluntad de las partes cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria o el modo en que se llevará a cabo el parto (parto con cesárea o vaginal) así como otros derechos fundamentales como la libertad de movimiento. Siguiendo con este hilo argumental, el TS prohíbe que se dejen a la libre voluntad de las partes cuestiones que pueden considerarse accesorias como el establecimiento de un estricto régimen de comida entre otras cuestiones no menos importantes.

En cuanto a la protección del interés superior del menor el tribunal toma en cuenta varios aspectos:

El tribunal notó el cambio realizado por las partes en lo referente al petitum de la demanda: ya que lo que se debe dilucidar es si se debe permitir la filiación del menor por una autoridad española, al contrario de lo que las partes intentaron hacer ver al tribunal ya que, pedían el reconocimiento de efectos jurídicos a un acto de una autoridad extranjera.

Es por ello por lo que el Tribunal invoca el art. 9.4 CC<sup>13</sup> dicho artículo establece que la filiación por naturaleza se regirá por la ley de la residencia habitual del hijo

---

<sup>13</sup> La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.

en el momento del establecimiento de la filiación. Este artículo continúa diciendo que, a falta de residencia habitual del hijo, o si dicha ley no permitiera el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Además, en caso de que el menor careciere tanto de residencia habitual como de nacionalidad, se aplicará la ley española. Como resulta de lo que establece esta norma, la determinación de la filiación en este caso queda sometida a la ley española.

Por lo tanto, en el presente caso, como la demanda pretendía la determinación de la filiación basada en la posesión de estado, la demandada debe acreditar un interés legítimo, sin embargo, este interés no debe contradecir a otra norma de rango de ley. El TS falló en favor del interés del menor al establecer que como las personas encargadas de responder a las exigencias y de los deberes de protección habían fallado.

Por lo tanto, nuestro Tribunal busca, por cualquier medio el cauce en el sistema que permita responder adecuadamente a la cuestión del interés superior del menor.

#### 5.2.2.3. *Discusión doctrinal*

En la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (mencionada en la anterior sentencia del TS) sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución permite esa inscripción cuando al menos uno de los solicitantes sea español y presente una resolución judicial extranjera (Mónica Navarro 2022).

Por lo tanto, según Mónica Navarro Michel (2022) es necesario realizar un control incidental previo de los requisitos de perfección y contenido del contrato teniendo

---

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

en cuenta el Ordenamiento Jurídico extranjero no solo con el fin de comprobar si el menor ha sido víctima de un delito de tráfico de menores, sino que también se debe realizar un juicio para valorar si se han protegido los intereses tanto del menor como de la madre gestante. Como en la Sentencia objeto de comentario lo que se pretende es la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española, concretamente el art. 131 CC. Por tanto, es necesario analizar si es posible determinar la filiación por la posesión de estado, aunque no exista un vínculo genético con el menor.

Para que exista posesión de estado se deben dar 3 elementos (*nomen, tractatus y fama*).

1. *El Nomen*: hace referencia al uso por el menor de los apellidos del progenitor
2. *El tractatus*: hace referencia a la relación afectiva entre un progenitor y su hijo, esta relación engloba tanto las obligaciones económicas del progenitor sobre el menor, así como todas otras referidas a las actividades ordinarias y habituales características de las relaciones paterno-filiales. Esta característica se debe dar tanto en un ámbito interno o doméstico como exteriorizarse.
3. *Fama*: es la exteriorización del “*tractus*” es decir, terceros ajenos a la familia (profesores, vecinos, amigos etc.) deben percibir ese amor materno-filial.

La jurisprudencia exige que estos tres elementos se den de una forma continuada y reiterada en el tiempo como requisito necesario para que se dé la posesión de estado civil, la cual puede definirse como la apariencia de filiación y es por ello por lo que se puede considerar como un medio de prueba indirecto de la filiación.

Ana Valero Heredia (2019) hace referencia a que el Alto Tribunal, entiende que para garantizar este interés superior del menor se ha de partir de la ruptura de todo vínculo afectivo de los menores con la mujer californiana que les dio a luz, con el fin de asegurar la integración total de los menores en el núcleo familiar, es por ello por lo que el Tribunal instó al Ministerio Fiscal a ejercitar “las acciones

pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores” y así integrarlos en un núcleo familiar

Al mal llamado derecho a la reproducción. Según esta autora el argumento que los defensores de la gestación subrogada utilizan para apoyar esta práctica reproductiva es uno entre otros tantos que, todos nosotros, por el hecho de ser humanos tenemos, que es el derecho a ser padres. La gestación subrogada, es por tanto, la vía a través de la cual muchas parejas infértiles u homosexuales. El derecho a la paternidad, según el TEDH, se encuentra implícito en el art 8 del CEDH.

Sin embargo, no se debe olvidar el punto central de este trabajo, el cual es que la Gestación Subrogada no es una técnica de reproducción asistida sino una práctica que requiere de la reproducción asistida para que sea efectiva. Además, se requiere de un “tercer cuerpo” al que usar como un “nido” para que este método sea completamente eficaz por lo que se necesita el consentimiento de esa tercera mujer. Si se considerase la Gestación subrogada como una técnica de reproducción asistida se estaría instrumentalizando a la mujer gestante, privándola de su dignidad y libertad.

Todos los autores reiteran que tanto la madre gestante como el menor son cosificados vulnerándoseles así derechos fundamentales inherentes a su condición de persona.

### **5.2.3. Sentencias del Tribunal Supremo Sala Cuarta.**

Sería incorrecto decir que la Sala Cuarta del Supremo sigue un criterio «liberal» frente al reconocimiento indirecto de la gestación subrogada, ya que, su deber es el de proteger el “orden social” tal y como señala la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) en su artículo 1<sup>14</sup>. Es por ello

---

<sup>14</sup> “Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las

por lo que en las siguientes resoluciones judiciales se apreciará una tendencia, la de igualar a los padres (comitentes) de un menor nacido por gestación subrogada con padres biológicos y padres adoptivos en lo referente al reconocimiento de su derecho de optar a la baja laboral por “nacimiento y cuidado de menor de edad”, ya que, si no se concediese esta prestación se estaría produciendo una discriminación entre menores y padres ya que, se estaría vulnerado el derecho fundamental implícito en esta prestación de formar una familia tal como anticipó la STS 953/2016 de 16 de noviembre. En esta resolución judicial firme se apoyan otras como: STS 950/2017 de 29 de noviembre, STS 347/2018 de 22 de marzo y STS 277/2018 de 13 de marzo.

---

impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias”.

## 6. APROXIMACIÓN DOCTRINAL SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA

La gestación subrogada está paulatinamente reemplazando a la adopción como método para permitir a aquellos ciudadanos con cierto poder adquisitivo y patrimonio convertirse en padres. Sin embargo, a pesar de su excesiva complejidad intrínseca, debido al hecho de implicar hasta a cinco partes diferentes (padres intencionales, madre biológica, padre biológico, madre de alquiler y donantes de material necesario para la concepción), se ha hecho muy poco para regularla y salvaguardar los intereses de los implicados, así como del menor. Es necesario remarcar el bagaje legislativo existente entre países de un mismo entorno jurídico-político ya que, algunos la consideran nula de pleno derecho, otros la permiten y otros, directamente no la regulan. Dejando de un lado estas peculiaridades en la regulación de la figura jurídica, nos encontramos ante todo tipo de problemas tanto en su aplicación como en las posibles consecuencias asociadas a esta práctica.

En la mayoría de países del viejo continente, la gestación subrogada se considera nula de pleno derecho llegando incluso a estar penada por la constitución o diversas leyes sustantivas o especiales. O esta nulidad puede quedar establecida por los Tribunales, los cuales se dedican a estudiar las características de cada caso en concreto mediante la interpretación de las disposiciones generales establecidas por el legislador.

En las sentencias analizadas, se exponen algunas de las medidas que, debido a esa negativa del legislador a regular la gestación subrogada tuvieron que dictar los órganos judiciales de los Estados, sobre todo aquellos supuestos en los que los ciudadanos de dicho estado infringieron la prohibición de la legislación nacional sobre maternidad subrogada. Entre esas resoluciones se destacan:

- La negativa a garantizar el reconocimiento legal de una relación paterno-filial legalmente establecida en el Estado en el que la madre de alquiler dio a luz a un niño (*Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*).

- La sustracción del menor por parte de los padres que establecieron el contrato de maternidad subrogada y el traslado del menor para su adopción (*Paradiso y Campanelli c. Italia*).
- La negativa de las autoridades a registrar la información del certificado de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada (*Menesson c. Francia y Labassee c. Francia; Paradiso y Campanelli c. Italia; Valdís Fjölnisdóttir and Others c. Iceland*).
- La negativa de las autoridades a considerar la relación paterno-filial en base a los lazos afectivos entre la madre que se preocupó por hacer efectivo ese acuerdo de gestación subrogada y el menor, a pesar de que su ruptura con su pareja (*A.M. c. Norway*).
- La modificación de cambios de filiación y domicilio del menor, al tener conocimiento tras 6 años posteriores al nacimiento de la existencia de un padre biológico que la madre subrogada le ocultó. (*Affaire A.L. v. France*).

Ante las diferentes sentencias del TEDH, se observa que este órgano judicial distingue y diferencia claramente entre los diversos intereses en juego; los del niño por un lado y los de los demandantes por otro tomando como base el artículo art 8.1 CEDH, el cual, regula el derecho inalienable de respeto a la vida familiar. Además, otro de los aspectos que este órgano judicial toma en consideración es la prohibición de injerencia del orden público sobre este derecho inalienable. Según el extremo anteriormente analizado, el TEDH consideró que el estado francés en los casos *Menesson c. Francia y Labassee c. Francia* había incumplido este deber de abstenerse a injerir en la vida privada y familiar de los demandantes y sus hijos.

Se puede decir que, además de buscar garantizar los derechos antes mencionados a través de estos mecanismos de Derecho Internacional, los propios estados haciendo uso de su soberanía establecen las denominadas “normas de conflicto”. Su función es la de establecer normas de competencia para determinar qué Tribunal ya sea de dicho estado o de otro, es el encargado

de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; o bien, por las circunstancias del caso ninguno de los mismos se atribuya dichas competencias. (*Campanelli c. Italia*).

Como se ha podido observar tras analizar las Sentencias de este tribunal internacional, cuya función es la de vigilar que los Estados firmantes del CEDH, comúnmente conocido como Tratado de Roma, garantizan en sus Ordenamientos particulares, los derechos fundamentales recogidos en dicho tratado multilateral. Por dicho motivo, en sus resoluciones, y como cabría esperarse, no se ha pronunciado explícitamente sobre si los contratos en la gestación subrogada son contrarios al Orden Público Internacional o no. El motivo principal a este no pronunciamiento, no solo es la inexistencia de consenso internacional en esta materia, sino que también considera que no se encuentra dentro de su ámbito competencial el reemplazar a las autoridades nacionales en esta función. Por todo lo anteriormente dicho, este Tribunal conoce sobre los problemas existentes entre dos Ordenamientos Jurídicos que tienen dos concepciones contradictorias sobre esta práctica. Con el fin de mediar entre estas dos concepciones contradictorias, el TEDH toma como base dos derechos fundamentales, el respeto a la vida familiar y personal y el interés superior del menor, el cual hace énfasis en la necesidad de reconocer y mantener unos vínculos familiares generados a partir de un convenio de gestación subrogada. Al tomar como base estos derechos inalienables, reconocidos ambos en un Tratado internacional, el Tribunal es consciente de las posibles consecuencias que el reconocimiento de la filiación de un menor nacido por gestación subrogada puede acarrear. Por ello, el Tribunal siempre busca aplicar el interés superior del menor al caso concreto, acercando así la Ley al caso no el caso a la Ley. Por dicho motivo se vale de distintos medios, no únicamente de la filiación, para garantizar la creación ese vínculo afectivo entre el menor nacido por gestación subrogada y los padres comitentes. Estas actuaciones tan singulares (acercar la Ley al caso) del TEDH, han sido reflejadas por diversos autores en sus artículos doctrinales entre los que destacan, Luis Carlos Amezúa (2022) y María Desirée Regalado (2017). Así, el primero de estos autores en su artículo toma como base la idea que las sentencias del TEDH han buscado “formulas” para la conciliación de las leyes estatales con el respeto al CEDH ya que el TEDH no refleja en

ningún momento que los Estados miembros deban reformar sus normas internas para dar esa eficacia jurídica a la filiación de los niños fruto de esta forma reproductiva. María Desirée Regalado (2017) por su parte, pone el énfasis en la inviabilidad de establecer criterios homogéneos entre todos los Estados Miembros de la Convención, porque además de existir disposiciones legales particulares, nos encontramos con cuestiones éticas a nivel nacional e internacional.

Por otra parte, el TEDH considera que la existencia de una relación biológica no tiene que ser el factor determinante para reconocer la filiación del menor, porque sería suficiente con tomar en consideración el concepto de padres intencionales. El que se reconozca o no la filiación del menor en el Estado de destino, tiene consecuencias en otros ámbitos del Derecho Privado como puede ser el Derecho de Sucesiones ya que, en concreto en España, los hijos nacidos por gestación subrogada según el CC, no se consideran legitimarios. Por ello, reciben su parte del haber hereditario a través del tercio de libre disposición o a través de un legado. Partiendo del reconocimiento de la filiación se puede considerar que se vulnera el derecho a la vida familiar (art. 8 del CEDH). María Desirée (2017) en su artículo recoge *“La familia es una cuestión o hecho social, por lo tanto, el legislador no puede determinar la creación o no de la misma, pero sí, los derechos, deberes y obligaciones que derivan de ella”*.

El derecho al respeto de la intimidad del niño, en el sentido del art. 8 del CEDH, exige que el derecho interno prevea la posibilidad de que se reconozca un vínculo de filiación entre el niño y la madre intencional, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como “madre legal”. Es decir, para respetar el derecho a la vida privada del niño, no es necesario que se transcriba en el registro civil la partida de nacimiento legalmente expedida en el extranjero, también se puede hacer por otros medios, como es el caso de la adopción del niño por la madre intencional.

En lo referente al respeto de la vida privada, parece que el TEDH ha cambiado su paradigma. Así se refleja en las sentencias de los casos D.B. y otros c. Suiza (nº 58252/15 y 58817/15) y K.K. y otros c. Dinamarca (nº 25212/21), resueltos

en noviembre y diciembre de 2022, respectivamente. En el primero de estos casos, el Tribunal consideró que las autoridades suizas habían atentado contra la vida privada del menor al impedirle (mediante la denegación de la filiación con respecto al progenitor de intención), un desarrollo normal. En el segundo de estos casos, el Tribunal consideró que las autoridades danesas habían fallado en su deber de equilibrio entre los intereses de los menores y los de la sociedad.

Debemos pasar a analizar ahora todos estos extremos en la legislación española. En lo referente al derecho a la vida familiar, cabe destacar que éste no se encuentra recogido como tal en el catálogo de derechos fundamentales de nuestra Constitución, sino que su contenido se puede deducir de forma implícita de los arts. 10.1<sup>15</sup>, 18.1<sup>16</sup> y 39.1<sup>17</sup> CE. Según Gema Díez-Picazo, no cabe presentar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) por la denegación de reconocimiento de la filiación de un menor nacido por gestación subrogada sobre los padres comitentes utilizando el argumento de la “Especial relevancia constitucional” del art 50.1.b) LOTC<sup>18</sup> debido a que no parece que el Supremo haya infringido el deber de motivar una resolución judicial de fuerza ejecutiva al existir un gran número de precedentes judiciales. Remarca la autora que, aunque estemos ante un caso único, que no tenga precedentes judiciales este extremo (especial relevancia constitucional) tampoco cabría argumentarse ya que, el Alto Tribunal, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, ofrece alternativas con el fin de salvaguardar el derecho a la vida familiar de los menores.

---

<sup>15</sup>La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

<sup>16</sup>Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

<sup>17</sup> Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

<sup>18</sup> Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Por otra parte, cabe decir que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado. Mónica Navarro (2022) recoge en su artículo que este derecho contempla: (1) se trata de un derecho del menor que es exigible; (2) además es un principio general de carácter interpretativo, utilizado para interpretar normas confusas u omitidas, (3) y es una norma de procedimiento, que debe ser tenido en consideración en todos los procesos de toma de decisiones que afecten al menor. El interés superior del menor no puede utilizarse para ignorar los mecanismos legales previstos en cada país, debiendo contemplar los cauces legales que permitan en estos casos de gestación subrogada la creación del vínculo jurídico de filiación, a través de la vía adoptiva; recomendada por TEDH y reflejada en la sentencia del TS (835/2013). Este proceso es largo, pero se trata de un inconveniente transitorio.

Esta falta de regulación legal nos lleva a numerosos conflictos, como sensación de falsedad de identidad, en los que menores apátridas muchas veces generan situaciones de abuso.

Cabe remarcar que, al contrario de lo que generalmente se piensa, la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo no es contradictoria a la de la sala primera ya que cada una es garante de un valor fundamental del ordenamiento. Por ello, la doctrina jurisprudencial de la sala cuarta se basa en la concesión de bajas laborales por “nacimiento y cuidado de hijo” pues, su función es la de proteger el “Interés social” frente a los posibles abusos de empresas y administraciones públicas mientras que el objetivo de la sala primera es el de salvaguardar el orden civil.

Por último, me gustaría remarcar la necesidad de, por un lado, armonizar las soluciones jurídicas de las diferentes legislaciones particulares, divergentes entre sí. Y por otro, promover la elaboración y aprobación de un tratado multilateral con el fin de acabar con la inseguridad jurídica que provocan las diferentes concepciones de la Gestación Subrogada en los casos de que esta se practique en un tercer estado del de nacionalidad de los padres comitentes.

## 7. CONCLUSIÓN

La Gestación Subrogada está prohibida en España, sin embargo, otros países de nuestro entorno la aceptan para casos concretos como en el caso del matrimonio entre personas LGTBIQ+. En los últimos meses, esta práctica, su regulación y consecuencias han presidido las portadas de periódicos y/o revistas, así como abierto telediarios, como consecuencia de la actuación de una actriz española, Ana Obregón quien viajó a Miami (Florida) con el único fin de convertirse en madre haciendo uso de esta tan controvertida práctica.

En el caso español, la prohibición de esta práctica toma de base la dignidad tanto de la madre gestante como del menor. La dignidad humana es la base sobre la que se articula todo el ordenamiento español, así se puede desprender del contenido del art. 10.1 CE. Dentro del concepto de dignidad se incluyen otros como es la capacidad de decisión o el trato igual. Podría defenderse la validez de la Gestación Subrogada desde el punto de vista de la madre gestante, es decir, esta mujer es una persona libre de decidir lo que hacer con su cuerpo. Pero cabe preguntarnos lo siguiente: ¿es la gestación subrogada una práctica contraria a la dignidad del menor? La respuesta es sí. Esta afirmación se desprende del contenido de las resoluciones judiciales sometidas a análisis en este trabajo.

Aunque haya dicho en el párrafo anterior que la Gestación subrogada pueda entenderse como una posible manifestación de la dignidad de la mujer gestante, esta afirmación debe ser matizada, siendo necesario atender a importantes factores que pueden versar sobre los distintos elementos contractuales, como puede ser el modo en el que la madre gestante ha otorgado el consentimiento, o el estudio de la capacidad de obrar de la mujer. Si este tipo de “factores” no se tienen en cuenta, podría conllevar la nulidad del contrato. Es por esto por lo que me centraré en la dignidad del menor.

La Gestación Subrogada puede causar problemas de carácter psicológico como la desvinculación con el entorno o incluso otros de mayor entidad como ansiedad o depresión. El CEDH ha hecho sentirse responsables de dichos problemas

psicológicos a los estados abolicionistas de la Gestación Subrogada al “recomendarles encarecidamente” abrirse a la regulación de esta práctica como única solución posible para garantizar el Interés Superior del menor y conseguir así una integración absoluta del menor a la familia y entorno de los padres comitentes. Analizando jurídicamente el contenido de esta “recomendación” se aprecia un deseo de imposición de una única solución jurídica pudiendo incluso considerarse un ataque directo a la soberanía de los Estados abolicionistas como España. La voluntad internacional es clara, responder al cambio que la institución de la “familia” ha experimentado, frente a la concepción tradicional, y experimentará a lo largo de la próxima década mediante la regulación de la Gestación Subrogada ayudando así a formar las “nuevas familias”.

A pesar de esta postura “aperturista” que el CEDH mantiene hacia la práctica de la Gestación Subrogada, considerándola como sustituta de la adopción, el Órgano Judicial de dicha organización internacional, el TEDH, da soluciones más propias de los Tribunales de un estado abolicionista que de una organización que abiertamente apoya esta práctica. Un caso en el que el TEDH tuvo en cuenta el aspecto biológico y no afectivo (visión totalmente contraria a la que el CEDH pretende imponer en los Ordenamientos de los Estados Miembros) fue el de *A.M c. Noruega* en la que la recurrente alegó ser quien procuró buscar a una madre gestante, así como de crear un vínculo con el menor, mientras que, su expareja E.B. únicamente aportó el material genético necesario para la fecundación. En los últimos meses el TEDH parece haberse acercado más a dicha postura “aperturista” del CEDH al fallar a favor de respeto a la vida privada y familiar. En estas resoluciones judiciales el TEDH sin considerar la capacidad soberana de estados como Suiza y Dinamarca, ha fallado a favor de la inscripción del menor, acto que beneficia al menor pero que es contraria al Orden Público de dichos estados.

La postura que España mantiene ante esta práctica reproductiva es la de considerarla nula de pleno derecho. Sin embargo, es bien sabido, que en los últimos años se han inscrito un mayor número de menores nacidos a través de esta práctica en el Registro Civil como consecuencia de esa concepción

novedosa de la institución de familia. Pero una vez más, y como parece ser tendencia, siempre que estamos ante un hecho controvertido, el legislador se ha cruzado de brazos sin llegar a entrar en el fondo de la cuestión que se plantea, dejando esta labor en las manos de los Jueces y Tribunales. Por ello, el Tribunal Supremo, ha permitido la filiación de los menores nacidos a través de este medio, respecto de los padres comitentes, siguiendo las normas generales de adopción establecidas en los arts. 176 y ss. del CC. De esta serie de artículos se debe destacar el 177.2 b), el cual exige, que transcurran seis semanas desde el parto para que el consentimiento de la madre gestante de entregar al menor a los padres comitentes sea considerado como válido. Este artículo prohíbe presentar y consentir cualquier propuesta de adopción previa al parto. Además de lo anterior, y tal como interpreta el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga 962/2018 de 16 de Noviembre, los contratos de Gestación Subrogada son tipificados como delito en el art 221.2 del CP debido a que los mismos provocan el cambio de la filiación del menor.

Con dicha resolución judicial se abre la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales apliquen el Código Penal por el cambio de filiación del menor derivado de los contratos de gestación subrogada.

Además de la nulidad de pleno derecho de los acuerdos de Gestación Subrogada, el legislador español ha puesto numerosos impedimentos a dicha práctica reproductiva con el fin de disuadir a los nacionales españoles de considerarla como alternativa a la adopción. Estas actuaciones del legislador no han conseguido su objetivo, pues nuestros compatriotas, siguen celebrando contratos de esta naturaleza fuera de nuestras fronteras, con la esperanza de que a su regreso, el Ordenamiento Jurídico español permita la inscripción de dicho menor como hijo suyo en el Registro Civil.

Es obvio que, en temas tan casuísticos, los supuestos jurídicos que se plantean a los órganos jurisdiccionales no tienen una clara regulación legal, y las resoluciones que se dictan no tienen la homogeneidad deseada. Por todo esto, considero que el legislador falla en su deber constitucional de proteger el interés superior del menor, así como considerar a la familia como institución en

constante evolución. La razón que subyace a esta afirmación es el no tomar en consideración los orígenes del menor haciendo regresar a la rigidez de la institución de la familia de siglos y décadas anteriores. El arrancar a los menores de su entorno no solo tiene consecuencias morales sino, también penales ya que, inintencionadamente los padres comitentes pueden incluso llegar a tener la condición de cómplices en un delito de tráfico de menores, tal y como ocurrió en el supuesto de hecho de la ya analizada Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022 de 31 de marzo de 2022.

Este análisis jurisprudencial, junto a un estudio sistemático de esta “práctica” me han hecho recapacitar sobre la posibilidad real o no de dar una solución alternativa que permita formar las “nuevas familias” y que sea ecuánime y respetuosa, tanto con los derechos de los menores como con su integridad física y psicológica al ser la parte más débil del negocio jurídico. Siendo realistas, actualmente, es material y jurídicamente imposible encontrar una solución completa a este problema. Sin embargo, me atrevería a decir que, si la tecnología continúa evolucionando a la velocidad que lo ha hecho las últimas décadas, dicha solución podría llevarse a cabo antes de lo que podamos pensar.

Reiterándome en la tesis mantenida, se puede sostener que los contratos de Gestación Subrogada podrían por regla general no ser contrarios a la dignidad de la mujer gestante, sino una manifestación de su libertad. Aun así, y para proteger los derechos fundamentales de los menores, así como de aquellas mujeres cuyo consentimiento no es prestado libremente o tienen limitada su capacidad de obrar, conmino al legislador que establezca normas legales de carácter imperativo. Una regulación garantista, pero no excesivamente intervencionista, que permitiera aportar a la institución de la familia la flexibilidad que la sociedad del Siglo XXI exige. Para ello, el legislador debe asumir su obligación constitucional de velar y proteger los derechos constitucionalmente reconocidos descargando así a los Tribunales de Justicia de esta labor.

Por otra parte, me gustaría recordar a los dirigentes del CEDH, uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional Público, la inviolabilidad de la soberanía de sus Estados Miembros. Es por ello por lo que no puede imponer

una solución jurídica a un problema de tal entidad como la gestación subrogada, ni tampoco culpabilizar a los estados abolicionistas de la desprotección del menor, cuando muchas veces el TEDH da soluciones más propias de los Tribunales de un estado abolicionista que aquellas más acordes a las de un órgano judicial de una organización (CEDH) que abiertamente apoya esta práctica.

Pasando ahora al debate que toma de base la tríada ética, moral y Derecho, cabe preguntarnos, en primer lugar, ¿por qué se siguen celebrando contratos de Gestación Subrogada si el menor, como persona que es, posee unos derechos fundamentales inalienables e inviolables? Y, ¿por qué las autoridades encargadas de velar por la protección de dichos derechos, como es el caso del Ministerio Fiscal, no denuncian estas prácticas? Así, la Audiencia Provincial de Málaga, consideró como indicio de un posible delito de modificación de la filiación, contemplado en el art. 221 del Código Penal, el contrato de Gestación Subrogada formalizado con una nacional rusa que fue traída a España para dar a luz. Esta particular situación lleva a plantearme la siguiente pregunta: ¿por qué el Ministerio Fiscal persigue la modificación de la filiación cuando se produce en territorio español y no en el extranjero a pesar de tener habilitación para ello?

La respuesta a estas preguntas se reduce al deseo de no ir en contra de las tendencias sociales, aunque eso signifique violar preceptos recogidos en normas de rango de Ley, las cuales representan la voluntad del soberano, la nación española.

Como vemos, la Gestación Subrogada es una práctica reproductiva de gran entidad que se asienta sobre un terreno pantanoso, lo que provocaría el derrumbamiento de la misma si todos los casos españoles fueran llevados ante los Tribunales.

Por último, y tras haber profundizado en el principal problema de la práctica de la gestación subrogada, la protección de los derechos fundamentales del menor me gustaría proponer al legislador una solución que permita articular las disposiciones de los art. 176 y ss del CC, junto con la promoción de creación de

un vínculo paterno-filial con dicho menor. La solución consistiría en acortar los plazos legalmente establecidos para la adopción tanto nacional como internacional, así como imponer a los padres comitentes el respeto a la cultura y tradiciones del lugar de origen del menor. Esto consigue conjugar el Orden Público Español junto con la protección de los intereses del menor, permitiendo a éste conocer sus orígenes, al mismo tiempo que crea un vínculo paternofilial con los padres comitentes.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

Amezúa L.C. (2022) “La jurisprudencia del TEDH sobre la gestación por subrogación: un arduo camino para su regulación”. *Papeles El tiempo de los derechos*, 12.

Arroyo Gil A. (2020) “Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego”. *Estudios de Deusto*. 68 (2): 41-73. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp41-73](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp41-73).

Bracken L. (2017) “Assessing the best interests of the child in cases of cross-border surrogacy: inconsistency in the Strasbourg approach?”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 39: 368-379.

Bellver V. (2105) “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada inter- nacional”, SCIO. *Revista de Filosofía*, 11: 1-24.

Casado M, Ibáñez M. (2014) “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada”. *Revista Española de Medicina Legal*, 40: 59-62.

Castellanos, J. (2019). Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico: avance técnico, retroceso humano. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 17: 62–80. <https://doi.org/10.4995/reinad.2019.11933>.

Cirión Aitziber Emaldi (2022) “Surrogacy in Spain. Medical, legal and ethical perspective”. *International Physical Medicine and Rehabilitation Journal*. 7(2):82–89. DOI: 10.15406/ipmrj.2022.07.00310.

Chakhvadze B.I., Chakhvadze G.B., Fedotova E.V. (2018) “Does the practice of the European Court of Human Rights have any legal implications on the development of cross-border surrogacy?”, *Albanian Journal of Medical and Health Sciences*, 1: 24-28.

Comité de Bioética de España. “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* 46. Enero 2017.

Díez-Picazo Giménez, G. (2018). “De la familia regulada a la familia deseada: hacia un concepto europeo de familia”. *CEF Legal. Revista práctica De Derecho*, (215), 5–44.

Durán Ayago A. (2014) “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, 2: 280-282.

Dutrey Y. (2015). “The recognition of cross-border surrogacy in Europe: an open question”. <https://winkelsabogados.com/recognition-cross-border-surrogacy-europe-open-question/>.

Farnós Amorós E. (2017) “*Paradiso y Campanelli c. Italia* (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho*, 40: 231-242.

Guerra Palmero, M. J. (2017). “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”. *Gaceta Sanitaria*, 31 (6), pp. 535-538.

Igareda N. (2015) “La inmutabilidad del principio ‘*mater sempre certa est*’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 21: 3-19.

Ignovska E. (2017) “*Paradiso and Campanelli v. Italy*: Lost in Recognition. Filiation of an Adopted Embryo born by Surrogate Woman in a Foreign Country”, *Strasbourg Observers*. <https://strasbourgobservers.com/2017/04/04/paradiso-and-campanelli-v-italy-lost-in-recognition-filiation-of-an-adopted-embryo-born-by-surrogate-woman-in-a-foreign-country/>

Lázaro, Carmen Maria. (2019). “El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea: el caso de la maternidad subrogada”. *Cuadernos Europeos De Deusto*, (2), 189–201.

Iliadou M. (2019) “Surrogacy and the ECtHR: reflections on *Paradiso and Campanelli v. Italy*”, *Medical law review*, 27: 144-154.

Lamm E., Gestación por sustitución: “Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. *Universitat de Barcelona*, 2013.

März J.W. (2021) “What makes a parent in surrogacy cases? Reflections on the *Fjölnisdóttir et al. v. Iceland* decision of the European Court of Human Rights”, *Medical Law International*, 21: 272–28.

Miralles A.A. “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”. Cuadernos de bioética, Maternidad subrogada o de alquiler. Editores: Modesto Ferrer Colomer, Marta Albert, Luis Miguel Pastor. ISSN 1132-1989, Vol. 28, N° 93, 2017, pp. 163–176.

Navarro- Michel M. (2022) “La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales”. *Revista de Bioética y Derecho*, 56: 5-28.

Organización Mundial de la Salud UC3MUN 2016. <https://xdoc.mx/preview/who-oms-organizacion-mundial-de-la-salud-uc3mun-603099ad0a490> [Consulta: 01/02/2023]

Peces-Barba G. (2004) La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho. Dykinson.

Puppinck G. and Hougue C. (2014) “ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy: Regarding the *Mennesson v. France* and *Labassee v. France* Cases (N°65192/11 & N°65941/11). *Revue Lamy Droit Civil*, n° 118: 78. Original published in French., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2500075>.

Puppinck G. and Hougue C (2017) “Surrogacy: general interest can prevail upon the desire to become parents –about the *Paradiso and Campanelli v. Italy* Grand Chamber judgment of 24th January 2017. *Revue Lamy de Droit Civil RLDC* N° 146.

Regalado M.D. (2017) “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 2, 10-34.

Ruiz Martín A.M. (2019) “El caso *Campanelli y Paradiso* ante el tribunal europeo de derechos humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate

de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, No 2: 778-791. DOI: 10.20318/cdt.2019.5020778.

Sánchez A.J., Dignidad y vida humana: “Eutanasia, gestación subrogada y transhumanismo”, *Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra*, 2020.

Salar Sotillo, M.J y Estellés Peralta, dir. (2023): “Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI”. Valencia, *Tirant Lo Blanch*, 2023.

Sarasol, C. y Ramón, F. (2021). “La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español”. *Jurídicas CUC*, 17(1), 323–366. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.12>

Schönecker, D., Schmidt, E. (2018) ”Kant’s Ground-Thesis. On Dignity and Value in the Groundwork”. *The Journal of Value Inquiry* 52, 81–95.

Valero A. (2019) “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales” *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 421-440.

Vilar González S. (2019) “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 815-823.

Weiss A. (2020) “*Menesson v France* and 2019 ECtHR advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent”, *European Network on Statelessness*. <https://www.statelessness.eu/updates/blog/menesson-v-france-and-2019-ecthr-advisory-opinion-concerning-recognition-domestic-law>.

Koumoutzis N. (2022) “DB, Others v Switzerland: Tracing the Origins of the Right to Recognition of Same-Sex Parentage in International Surrogacy”, 58817/15.

Bara B., Bara J. and Aliu A. (2023) “Ethical and Legal Issues Related to Surrogacy”, *Ethical and legal issues related to surrogacy*, 6:1-7.

## **9. JURISPRUDENCIA**

### **9.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

*Menesson c. Francia* (Sección 5ª), 26 de junio de 2014, nº 65192/11.

*Labassee c. Francia* (Sección 5ª), 26 de junio de 2014, nº 65941/11.

*Paradiso y Campanelli c. Italia* (Gran Sala), 24 de enero de 2017, nº 25358/12.

*Valdís Fjölvisdóttir y Otros c. Islandia* (Sección 3ª), 18 de mayo de 2021, nº 71552/17.

*A.M. c. Noruega* (Sección 5ª), 24 de marzo de 2022, nº 30254/18.

*A.L. c. Francia* (Sección 5ª), 7 de abril de 2022, nº 13344/20.

*D.B. y otros c. Suiza*, 22 de noviembre de 2022, nº 58252/15 y 58817/15.

*K.K. y otros c. Dinamarca*, 6 de diciembre de 2022, nº 25212/21.

### **9.2. Sentencias del Tribunal Supremo de España**

STS 835/2013 (Sala Civil, Pleno), 6 de febrero de 2014. ECLI:ES:TS:2014:247.

STS 277/2022 (Sala Civil, Pleno), 31 de marzo de 2022.