

LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH, TJUE Y TRIBUNAL SUPREMO

M. Olaya Godoy Vázquez,
Dra. en Derecho,
Dpto. Derecho Público,
Universidad de Extremadura

RESUMEN: La subrogación uterina es la figura más controvertida de las derivadas del recurso a la tecnología reproductiva. Su uso ha puesto en tela de juicio el viejo principio pauliano *mater semper certa est*, pues la determinación de la filiación materna ya no se efectúa siempre como resultado del hecho biológico del parto, aunque este criterio sea el predominante en aquellos ordenamientos jurídicos, como el español, que la prohíben expresamente. La falta de consenso sobre la existencia de un derecho a la procreación suscita la posibilidad de esgrimir la “asimetría reproductiva” en el acceso a las TRA como argumento jurídico principal para sustentar su reconocimiento. Asimismo, la filiación derivada de una gestación por encargo y determinada en el extranjero suscita la problemática de sus efectos legales en los distintos Estados. Se trata de una cuestión de técnica jurídica en la que se han visto implicados entre otros, el TS español, el TJUE y el TEDH.

PALABRAS CLAVE: Subrogación uterina, “turismo reproductivo”, “asimetría reproductiva”, jurisprudencia TS, jurisprudencia TJUE, jurisprudencia TEDH.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La invocación de la denominada “asimetría reproductiva” como sustento jurídico de la subrogación uterina. 3. La posición del Tribunal Supremo español en materia de subrogación uterina. 4. La subrogación uterina en la jurisprudencia del TEDH. 5. La subrogación uterina en la jurisprudencia del TJUE. 6. Impacto de la jurisprudencia de los Altos Tribunales europeos en el Estado español: analogías y diferencias con los criterios fijados por el Tribunal Supremo español. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

En la España actual existe una demanda social que exige una modificación legislativa para permitir y regular los contratos de gestación por encargo¹; circunstancia esta que, unida a la permisividad de algunos Estados europeos que han regulado esta práctica en su modalidad altruista², contrasta con la enérgica condena manifestada por el Parlamento Europeo en 2015 al entender que la gestación subrogada es contraria a la dignidad de la mujer, supone la utilización del cuerpo humano y una explotación de su función procreativa³. Desde la perspectiva de sus promotores, el recurso a la gestación por encargo

¹ El 27 de junio del año en curso el grupo Parlamentario Ciudadanos registró una Proposición de ley para regular la gestación subrogada con el objetivo de legalizarla como una práctica “altruista”.

² Reino Unido, Grecia y Portugal.

³ El 17 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo aprobó por Resolución el *Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el mundo 2014 y las políticas de la Unión Europea sobre esta materia* (2015/2229-INI). En el capítulo dedicado a los derechos de las mujeres y las niñas, el párrafo 115 expresa: “(...) el Parlamento Europeo “condena la práctica de la subrogación, que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como un “commodity”; considera que la práctica de la subrogación gestacional que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

se defiende como la única solución para garantizar el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito reproductivo. Se acuña así el novedoso argumento de la denominada “asimetría reproductiva”, que se traduciría en la desigualdad de oportunidades en el ejercicio de la procreación que afecta, principalmente, a aquellas personas que no tienen posibilidad de tener hijos biológicos por falta de capacidad gestacional⁴ (mujeres estériles solas o en pareja, varones solos o en pareja homosexual). Aplicándolo al ordenamiento jurídico español, la vigente prohibición de la gestación por encargo dividiría a la ciudadanía entre los que tienen garantizado su derecho a la procreación por vía natural o artificial (mujeres solas o en pareja, con capacidad gestacional) y aquellos que se encuentran imposibilitados para ejercer ese derecho por falta de capacidad gestacional.

En este contexto el presente artículo pretende realizar una aproximación a la posición mantenida por los Altos Tribunales europeos y español sobre la materia, para efectuar un análisis comparativo de sus argumentos.

2. LA INVOCACIÓN DE LA DENOMINADA “ASIMETRÍA REPRODUCTIVA” COMO SUSTENTO JURÍDICO DE LA SUBROGACIÓN UTERINA

El recurso generalizado a la tecnología reproductiva para concebir hijos ha exigido la adaptación del ordenamiento jurídico. No obstante, no cabe entender que la regulación de las técnicas de reproducción asistida (TRA) haya configurado un derecho a la procreación cuyo ejercicio pueda ser exigible a los Estados. Como ha destacado FARNÓS, es necesario diferenciar entre el derecho a la procreación y el derecho de acceso a las TRA⁵. En el contexto europeo, el acceso a las TRA parte de una realidad en la que se exige una acción positiva del Estado que, a través de los avances científicos, contribuye a facilitar la procreación de aquellas personas que la tienen imposibilitada por vía natural. Con este planteamiento se entiende que la falta de capacidad para engendrar hijos de forma natural conlleva una posición de desigualdad, que debe ser subsanada por los poderes públicos para garantizar el acceso a la procreación. Sin embargo, la configuración de este derecho por parte del TEDH no se construye sobre el reconocimiento de un derecho a la procreación, sino sobre la base del derecho a beneficiarse de los avances científicos circunscritos exclusivamente al contexto de la medicina reproductiva. En este sentido, se admite que la prohibición de las TRA⁶, o el establecimiento de ciertas restricciones a su uso⁷, pueden generar supuestos de discriminación indirecta. El argumento esgrimido para explicarlo es sencillo: a diferencia de las otras mujeres, las que no pueden tener hijos por vía natural se enfrentan a una injerencia del Estado en su acceso a la procreación, puesto que sólo podrán ejercitar su derecho en la medida en que el Estado se lo permita a través del recurso a las TRA.

Lo que ahora se pretende es utilizar un argumento similar para justificar la práctica de las gestaciones por encargo: debe entenderse que existe discriminación indirecta por

⁴ REDONDO SACEDA, L., “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada” en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IX* (2016), p. 50.

⁵ FARNÓS AMORÓS, E., “La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización” en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, 2015, p. 184.

⁶ *Evans c. Reino Unido* (asunto 6339/05, Sec. 4ª, Sentencia de 7 de marzo de 2006, confirmada por Gran Sala en Sentencia de 10 de abril de 2007; y *Dickson c. Reino Unido* (asunto 44362/04, Sec. 4ª, Sentencia de 18 de abril de 2006, revisada por Gran Sala en Sentencia de 4 de diciembre de 2007).

⁷ *S.H. y otros c. Austria* (asunto 57813/00, Sec. 1ª, Sentencia de 1 de abril de 2010 y revisada por Gran Sala en Sentencia de 3 de noviembre de 2011); *Costa y Pavan c. Italia* (asunto 54270/10, Sec. 2ª, Sentencia de 28 de agosto de 2012); y *Parrillo c. Italia* (asunto 46470/11, Gran Sala 27.8.2015).

“asimetría reproductiva” cuando la única opción para acceder a la procreación es el recurso a la gestación subrogada y esta práctica está prohibida por el ordenamiento jurídico del Estado. La “asimetría reproductiva” en los términos descritos implicaría que la ausencia de capacidad gestacional en hombres o mujeres impide el ejercicio de su derecho a la procreación; derecho que sólo quedaría garantizado en igualdad de condiciones mediante el recurso a una gestación por encargo. El supuesto de discriminación planteado compara posibilidades reproductivas entre mujeres sanas y hombres, y entre mujeres sanas y mujeres sin capacidad gestacional. Sobre la cuestión planteada debe valorarse en términos comparativos si existe desigualdad, y si ésta tiene su origen en una arbitrariedad o falta de justificación suficiente. Es incontestable que las diferencias entre mujeres y hombres, al respecto de la capacidad gestacional, tienen un origen exclusivamente biológico; circunstancia ésta que por sí misma descarta una desigualdad arbitraria o carente de justificación que pueda imputarse a los poderes públicos o ser corregida por éstos. Por idéntico motivo tampoco parecen comparables las mujeres sanas y las mujeres sin capacidad gestacional, aunque en este supuesto cobraría especial relevancia el derecho de acceso a las TRA no como premisa necesaria para ejercer el derecho a la procreación sino como derecho a beneficiarse de los avances científicos en materia reproductiva.

Realizando una síntesis conclusiva cabe afirmar que, en el supuesto de los hombres, no existe discriminación alguna y, al no reconocerse un derecho a la procreación exigible a los poderes públicos, decae el argumento jurídico que sustentaría el recurso a la práctica de la gestación subrogada como única opción para acceder a la procreación. En el supuesto de las mujeres sin capacidad gestacional tampoco nos encontraríamos ante un supuesto de “asimetría reproductiva”, no obstante, el recurso a la gestación subrogada podría sustentarse sobre la base del derecho a beneficiarse de los avances científicos en materia reproductiva en términos de igualdad⁸.

3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL EN MATERIA DE SUBROGACIÓN UTERINA

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado en dos ocasiones sobre los efectos jurídicos que pueda desplegar en España el recurso a la subrogación uterina, conforme a un convenio de gestación por encargo concertado y llevado a término al amparo de legislación extranjera.

3.1.- Sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de decisiones extranjeras sobre filiación a favor de los padres intencionales

Con relación a esta cuestión, el Pleno del Tribunal Supremo sentó doctrina en la ajustada **Sentencia de 6 de febrero de 2014**⁹, que desestima las pretensiones de los padres

⁸ A este respecto el ordenamiento jurídico español resulta contradictorio puesto que defendiendo el derecho de todas las mujeres a acceder a la maternidad en igualdad, admite la donación heteróloga de gametos y embriones pero rechaza la gestación por sustitución.

⁹ Sala de lo Civil, Recurso de Casación 245/2012. Sobre la Sentencia del Tribunal Supremo *vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2014, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014,736)” en *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 400-419; BATALLER I RUIZ, E., “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 777-789; y SEIJAS QUINTANA, J. A., “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”, en *La Ley 5216/2014*, núm. 97, septiembre 2014, pp. 16-18.

de intención y confirma íntegramente las resoluciones de los Tribunales inferiores¹⁰. El objeto de *litis* fue analizado por el Alto Tribunal desde tres puntos de vista.

En primer lugar, el respeto al **orden público internacional español** en el reconocimiento de decisiones extranjeras y su contravención por los convenios de subrogación uterina. El Alto Tribunal indica que el problema planteado no remite al conflicto de leyes, sino al “reconocimiento de actos jurídicos válidos según el Derecho extranjero¹¹”. Así, señala que existe una decisión de una autoridad administrativa, adoptada conforme al Derecho californiano, que inscribe el nacimiento de los niños y determina a su favor una filiación. Por tanto, “lo que debe resolverse es única y exclusivamente si esa decisión de una autoridad extranjera puede ser reconocida y, en consecuencia, desplegar sus efectos en el sistema jurídico español”. Al respecto, el Tribunal Supremo argumenta que la legislación del Registro Civil exige que el control previo al reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa encargada del Registro Civil de California no quede restringida a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo: que no haya duda ni de la realidad del hecho, ni de su legalidad conforme a la Ley española¹². Con esta premisa, el Tribunal Supremo entiende que los preceptos constitucionales no permiten sostener que la admisión generalizada de la adopción y de las técnicas de reproducción asistida acaben por llegar a vulnerar la dignidad de la mujer gestante y del niño; a mercantilizar la gestación y la filiación hasta “cosificar” a la madre sustituta y al niño; y a permitir el negocio de los intermediarios. A su juicio, no puede, pues, admitirse la creación de una “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes tengan elevados recursos puedan establecer relaciones paterno filiales vedadas a la mayoría de la población, lo cual fue expresamente tenido en cuenta por el legislador español al ponderar los intereses en juego y redactar el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida con el texto vigente¹³. Por estos motivos, la filiación cuya inscripción se pretende resulta claramente incompatible con el orden público español; entendido éste como el sistema de derechos y libertades individuales garantizado en la Constitución y en los Convenios Internacionales de Derechos humanos ratificados por España.

En segundo lugar, la inexistencia de **discriminación por razón de sexo u orientación sexual** en la denegación de la inscripción de la filiación. La Sentencia tampoco acepta que exista una discriminación por razón de sexo en perjuicio del matrimonio de varones, desestimando así el argumento que invocaba la aplicación analógica de la aceptación de la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres cuando una de ellas se somete a un tratamiento de reproducción asistida y la otra es su cónyuge. A juicio del Tribunal Supremo, ambos supuestos son evidentemente diferentes, dado que en el supuesto enjuiciado ninguno de los integrantes del matrimonio ha llevado a cabo la gestación. La denegación de la inscripción procede no por el sexo de los solicitantes, sino porque la

¹⁰ Sobre la Sentencia del Tribunal Supremo *vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., en “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2014, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014,736)”, *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 400-419; BATALLER I RUIZ, E., en “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 777-789; PARRÓN CAMBERO, M. J., en “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *La Ley 1133/2014*, núm. 77, marzo 2014, pp. 5-7; y SEIJAS QUINTANA, J. A., en “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”, en *La Ley 5216/2014*, núm. 97, septiembre 2014, pp. 16-18.

¹¹ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico tercero, punto 2.

¹² STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico tercero, punto 3.

¹³ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico tercero, punto 6.

filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada legalmente en California pero prohibida por el ordenamiento español, y por ello “la respuesta jurídica sería la misma tanto si los solicitantes fueran dos hombres, dos mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho heterosexual o una persona sola, sea hombre o mujer¹⁴”.

Y, en tercer lugar, la cuestión relativa al **interés superior del menor**. Entiende el Alto Tribunal que “el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que introduce el legislador para ampliar los márgenes de la ponderación judicial” y que en casos como éste tiene la consideración de “concepto esencialmente controvertido”, al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social¹⁵. La aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no puede, por tanto, invocarse indiscriminadamente, ni permite al Juez alcanzar cualquier resultado en detrimento de otros bienes jurídicos protegidos¹⁶. La concreción del interés del menor debe hacerse, pues, tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no sólo los personales puntos de vista del Juez. Asimismo, sirve para interpretar y aplicar la Ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo que está expresamente previsto en la misma; y debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son, en el supuesto que nos ocupa, garantizar el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, e impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores “no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y una filiación determinada a favor de los padres intencionales conforme a la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores”.

En lo tocante a la posible violación de los derechos de los niños, razona el Alto Tribunal que el no reconocimiento de la filiación establecida en la certificación californiana puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, pero considera, asimismo, que el establecimiento de una filiación contraviniendo los criterios previstos en la Ley para su determinación también supone un perjuicio para ellos: “la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio¹⁷”.

Reconoce la Sentencia que los menores tienen derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de las fronteras estatales pero que, en el caso que nos ocupa, los menores no tienen vinculación alguna con California dado que su nacimiento en EEUU se produjo sólo porque allí era posible concertar una subrogación uterina con la consiguiente determinación de la filiación a favor de los recurrentes; práctica prohibida en España y los países del entorno. Motivo por el cual, no existe un riesgo real de vulneración de una identidad única¹⁸.

¹⁴ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico cuarto, punto 2.

¹⁵ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico quinto, punto 3.

¹⁶ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico quinto, punto 6.

¹⁷ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico quinto, punto 8.

¹⁸ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico quinto, punto 9.

A su Juicio tampoco se vulnera el Derecho al respeto de su vida privada y familiar, dado que el recurso de casación desestimado no pretendía que se adoptase una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes, puesto que tal integración ya existía. Y si lo que se pretendía era la constitución de una filiación, los recurrentes están facultados para acudir a los mecanismos contemplados por el Derecho español: al amparo del artículo 10.3 de la vigente Ley de Reproducción Humana Asistida, el varón de la pareja que fuese progenitor biológico podría reclamar su paternidad; y, acreditada la renuncia de la madre subrogada, el cónyuge del progenitor biológico podría acudir al acogimiento familiar o a la adopción para formalizar la plena integración de los menores en la familia¹⁹.

La Sentencia cuenta con un **Voto Particular** suscrito por cuatro Magistrados²⁰, cuya discrepancia se manifiesta principalmente en tres aspectos: el acceso al Registro Civil de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California, la vulneración del orden público, y el respeto al interés superior del menor.

En el Voto Particular se considera que, conforme al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el documento presentado, certificación californiana, era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil “sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la Ley española”, al haberse producido conforme a la Ley californiana, no resultando aplicable el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida al haber sido ya determinada la filiación por una autoridad extranjera, con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta decisión contraría o no el orden público internacional y, en ese punto, destacan los Magistrados discrepantes que, si bien el legislador español considera nulo el contrato de gestación por sustitución, ha de diferenciarse la admisión de estas prácticas en España, que en el momento actual son ilegales, de la de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admiten, porque, a su juicio, “lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa²¹”.

A juicio de los firmantes, la Sentencia tutela la excepción de orden público “de una forma preventiva” que va más allá del supuesto sometido a consideración, y “desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna”. En este sentido, consideran que la contravención del orden público “debería analizarse caso por caso”, y la valoración en esta materia “debería realizarse desde la consideración que merezca la mejor tutela del interés del menor”. En su opinión, sólo los Tribunales españoles deben resolver si los efectos que produce una resolución extranjera en España contrarían o no los principios constitucionales, y no una Ley, que anula el contrato pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas. Añade asimismo el Voto particular, que será obligación del legislador establecer un marco legal que garantice los derechos de las partes implicadas (menores y madres subrogadas, y padres de intención); que será obligación de los Tribunales resolver y tutelar las situaciones concretas; y que “la tendencia en el Derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos²²”.

¹⁹ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento Jurídico quinto, punto 10.

²⁰ Formuló Voto Particular el Magistrado Seijas Quintana, adhiriéndose al mismo los Magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol.

²¹ STS de 6 de febrero de 2014, Voto Particular, Fundamento Segundo, puntos 1 y 2.

²² STS de 6 de febrero de 2014, Voto Particular, Fundamento Segundo, puntos 3 y 4.

Los Magistrados discrepantes sí consideraron que el interés del menor quedaba gravemente afectado²³. A su juicio, “este interés del menor es superior y de orden público, y este principio no se defiende contra los niños sino a partir de una regulación que impide su conculcación”. A los menores, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados al seguir creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. Prosigue el Voto Particular señalando que los Tribunales españoles ignoran una nueva realidad y no procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos; y ante la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, la aplicación de la normativa interna como cuestión de orden público perjudica a los niños, que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, privados de su identidad, y excluidos de su núcleo familiar; contrariándose así la normativa internacional que exige atender al interés del menor, interés que ha de prevalecer sobre otras consideraciones. La protección del interés en abstracto no basta, “no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada²⁴”.

3.2.- Sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social a favor de los padres intencionales

Sobre esta cuestión el Pleno del Tribunal Supremo unificó doctrina en las Sentencias de 25 de octubre de 2016²⁵ y de 16 de noviembre de 2016²⁶, estimando en la primera la pretensión del padre de intención, y reconociendo en la segunda el derecho de la madre comitente a percibir la prestación de maternidad.

En la **Sentencia de 25 de octubre de 2016** señala la Sala, con carácter previo, tres cuestiones.

En primer lugar, que, aunque el ordenamiento jurídico español no admite la validez de la gestación por encargo y, en consecuencia, rechaza la inscripción registral como hijos biológicos de los padres subrogados, esta circunstancia no avala el apartamiento del menor respecto de quienes actúan como sus padres. En esta línea establece como punto de partida que no corresponde a la Sala pronunciarse sobre la filiación de los menores y que no consta elemento alguno que induzca a pensar en la existencia de conductas fraudulentas o delictivas por parte del padre intencional, más allá de la ilicitud que comporta la maternidad por encargo en el ordenamiento español.

²³ DE TORRES PEREA, J. M., en “Comentario a la STS de 2 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley 1435/2014*, núm. 79, abril 2014, pp. 14-20.

²⁴ STS de 6 de febrero de 2014, Voto Particular, Fundamento Segundo, punto 5.

²⁵ Sala de lo Social, Recurso de Casación 3818/2015. Sobre la Sentencia del Tribunal Supremo *vid.* LÓPEZ INSUA, B. M., “Maternidad subrogada y protección del menor desde una perspectiva integradora: el derecho laboral de nuevo a examen”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2017, pp. 166-176; CERVILLA GARZÓN, M.J. “Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2017, pp. 131-138; y ARAGÓN GÓMEZ, C. “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad” en *Revista de información laboral*, núm. 4, 2017, pp. 23-55.

²⁶ Sala de lo Social, Recurso de Casación 3146/2014. Sobre la Sentencia del tribunal supremo *vid.* MERCADER UGUINA, J. R., “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, vol. 9, núm. 1, 2017, pp. 465-480.

En segundo lugar, que para las normas de Seguridad Social lo decisivo para otorgar las prestaciones por maternidad/paternidad es la concurrencia de un doble requisito: confirmación de un acontecimiento familiar regulado por normas civiles; y ejercicio efectivo de una actividad productiva asalariada conforme al derecho laboral. Sobre el acontecimiento familiar destaca la Sala que el ordenamiento laboral no es ajeno al reconocimiento de efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad. Por ejemplo, cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato de trabajo nulo²⁷, o cuando se reconoce la pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial²⁸, o cuando se reconocen determinados efectos a los matrimonios poligámicos. En este sentido reconoce la Sala que el contrato de maternidad por subrogación es nulo, pero toma en consideración que ha desplegado sus efectos y producido la inserción de las menores nacidas en el núcleo familiar de quien solicita la prestación.

Y, en tercer lugar, que aunque las normas de Seguridad Social hablan de prestación por maternidad/paternidad no están reservándola para la madre/padre biológico, sino que comprenden bajo ese género a la persona que asume la progenitura biológica (padre, madre) o una función similar (adoptante, acogedor). Señala al respecto que el listado de situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad ha variado y, en la actualidad, es más amplio. Circunstancia ésta que permite cierta flexibilidad interpretativa, pudiendo defenderse que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento; e, incluso, la interpretación analógica se convierte en un mero recurso adicional en aquellos casos en los que quien demande la prestación es además progenitor biológico del recién nacido.

En consecuencia, el argumento esgrimido para conceder las prestaciones asociadas a la maternidad/paternidad derivada de un contrato de gestación por sustitución concertado conforme a legislación extranjera se basa en que **la finalidad de la prestación de maternidad/paternidad está relacionada con la atención o cuidado del menor**. Es el interés superior del menor el que debe llevar a respetar su derecho a disfrutar plenamente de su vida familiar y privada. A criterio del Alto Tribunal, la condición de progenitor no se ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que cabe la aplicación analógica de lo previsto para adopción o acogimiento, trasladándolo a los casos de maternidad subrogada. La nulidad civil del contrato de maternidad por subrogación no elimina, pues, la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; circunstancia ésta que debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos. En el caso que se aborda, el solicitante de las prestaciones es el padre de las dos menores nacidas en La India. A criterio de la Sala, se trata de un supuesto particularmente cualificado puesto que la renuncia de derechos por parte de la madre, y el abandono de sus obligaciones como tal, sitúa al demandante en posición de progenitor único. Por tanto, la situación de necesidad concurre: las menores nacidas por gestación subrogada forman un núcleo familiar con su único progenitor, su padre. En consecuencia, acreditada la integración de las menores en el núcleo familiar del padre subrogado, las

²⁷ Ex. art. 9.2 Estatuto de los Trabajadores.

²⁸ Ex. art. 220.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

La ajustada Sentencia cuenta con tres **Votos Particulares**.

Formula Voto Particular la Magistrada Arastey Sahún, al considerar la inexistencia de contradicción entre las Sentencias de contraste por diferencias fácticas evidentes.

Formula Voto Particular el Magistrado De Castro Fernández, al que se adhiere el Magistrado Gilolmo López, al considerar que el reconocimiento de la prestación debería haberse realizado en calidad de padre biológico y no en calidad de padre subrogado porque “lo que está en juego en las actuaciones no es tanto el interés del menor cuanto el reconocimiento del status de padres a los subrogantes en la gestación. Defienden los Magistrados que, en el caso de autos, el actor podría obtener el reconocimiento de su derecho y la protección del interés del menor, invocando el reconocimiento de su paternidad biológica, que la tiene; pero no lo hace, porque lo que pretende con el planteamiento del debate no es prioritariamente defender el interés de las menores, que se puede satisfacer por vía alternativa, sino que más bien se reclama –y este es el debate– que a los comitentes de la subrogación se les reconozca, pese a estar prohibida la figura en el derecho español, la cualidad y los derechos de padres biológicos [...]. Por tanto, ante la tentación de hacer una interpretación extensiva, hay que recordar que con carácter general la gestación subrogada se ha excluido en materia de Seguridad Social, pues el principio de legalidad no permite otra interpretación que la literal, sin perjuicio de situaciones excepcionales”.

Y formula Voto Particular el Magistrado López García de la Serrana, al que se adhieren los Magistrados Calvo Ibarlucea y Souto Prieto, al entender que la Sentencia de la mayoría incurre en incongruencia al no abordar y resolver la cuestión relativa a la validez del contrato de gestación por sustitución y la de la renuncia de la madre que gestó a las hijas nacidas por reproducción asistida, ni razonar tampoco sobre la existencia de un fraude de ley que no puede dar lugar al nacimiento de derechos en contra de lo dispuesto en la ley. Consideran por consiguiente “que el recurso debió ser desestimado por no ser válidos los actos en contra de lo dispuesto en la ley, ni los concluidos en perjuicio de tercero en país que si autoriza esos actos contrarios al orden público nacional para así burlar la normativa española, lo que constituye un acto fraudulento que no puede producir los efectos aquí pretendidos (art. 6.4 del Código Civil), por cuanto la omisión de la maternidad subrogada en el artículo 133-bis de la LGSS no es un olvido del legislador que modificó ese precepto por la Ley Orgánica 3/2007, sino que obedece al respeto de lo dispuesto en el art. 10 de la ley 14/2006, a la coherencia del ordenamiento jurídico que prohíbe igualmente la renuncia de la madre a la filiación con arreglo a este artículo y al 6, números 2 y 3 del Código Civil”.

La **Sentencia de 16 de noviembre de 2016** reconoce el derecho a percibir la prestación por maternidad a una mujer que había recurrido a una gestación por encargo en San Diego.

Conforme al criterio fijado en la Sentencia anterior, entiende la Sala que la nulidad del contrato de gestación por sustitución no supone que pueda privarse de sus derechos al menor que nace en esas circunstancias. A criterio del Alto Tribunal deben distinguirse dos planos perfectamente diferenciados: el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida; y la situación del menor, al que no puede perjudicar la

nulidad del contrato. La Sala reitera, asimismo, que aunque la cláusula general del interés superior del menor no permite al Juez alcanzar cualquier resultado, tal principio debe servir para la interpretación de las normas sobre protección de la maternidad.

Para reforzar su argumentación invoca la doctrina del TEDH y del TJUE en la que, en esencia, se defiende que si el núcleo familiar existe y los menores tienen relaciones familiares de facto con los padres comitentes, la solución que se adopte ha de permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos; y concluye que, sin duda, uno de los medios idóneos para ello es la concesión de la prestación por maternidad²⁹. En opinión de la Sala, de no otorgarse ésta, se produciría una discriminación en el trato dispensado al menor por razón de su filiación.

Formula **Voto Particular** el Magistrado De Castro Fernández, al que se adhieren los Magistrados Calvo Ibarlucea y Souto Prieto al entender que es precisamente la existencia de tal posibilidad en la legislación española, de acudir al reconocimiento de filiación biológica, a la adopción o al acogimiento, la que impide que se utilice como argumento el interés del menor. Y reiteran “que lo que está en juego en las presentes actuaciones no es tanto el interés del menor, cuanto el *status* de padres a los comitentes en la gestación subrogada tradicional”.

4. LA SUBROGACIÓN UTERINA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

4.1.- Casos *Menesson vs. Francia* (Rec. 65192/2011) y *Labassee vs. Francia* (Rec. 65941/2011), Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014 (Secc. 5ª)

Tanto en el caso *Menesson* como en el caso *Labassee*, los padres de intención no tenían posibilidad alguna de obtener en Francia, por ninguna vía, el reconocimiento de la filiación que se había establecido a su favor conforme a una legislación extranjera. Ante esta circunstancia solicitaron amparo al TEDH argumentando que esta situación suponía un grave detrimento del interés del menor y vulneraba el derecho a su vida privada y familiar. La similitud de los supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas, explica que ambos asuntos hayan sido resueltos en términos idénticos.

El TEDH comienza recordando que para garantizar el derecho al respeto a la vida familiar, el artículo ocho del CEDH presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares *de facto*; algo que a juicio del TEDH se cumple a todas luces en los asuntos *Menesson* y *Labassee*³⁰. Asimismo, señala que “el derecho a la identidad, que incluye la filiación, forma parte integral del derecho a la vida privada”, y aprecia la existencia de una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación³¹.

En su alegato, exponen los padres de intención, que la negativa de las autoridades francesas a reconocer jurídicamente el vínculo familiar, supone una injerencia de las

²⁹ MERCADER UGUINA, J. R., “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTS de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, vol. 9, núm. 1, 2017, pp. 465 y ss.

³⁰ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, punto 45 y Caso *Labassee vs. France*, punto 37.

³¹ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, punto 46 y Caso *Labassee vs. France*, punto 38.

autoridades estatales en su derecho al respeto a la vida familiar, idéntica a la que se constató en los asuntos *Wagner et J.M.WL. vs. Luxembourg* y *Negropontis-Giannnis vs. Grèce*. Se trata de analizar, pues, si tal injerencia existe y si está justificada; lo que sucede sólo “cuando está prevista por la Ley y persigue fines legítimos, siendo necesaria en una sociedad democrática”. Según el TEDH, la injerencia de las autoridades francesas en el supuesto enjuiciado existe, está perfectamente prevista en la Ley, y es previsible para las partes³². Los fines que persigue son legítimos: la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los individuos. La negativa de Francia a reconocer un vínculo de filiación entre los hijos nacidos en el extranjero de una gestación por sustitución y los padres de intención, tiene por objeto desalentar a los ciudadanos y evitar que recurran en el extranjero a una técnica de procreación que está prohibida en el territorio nacional, con el único fin de proteger al menor y a la gestante subrogada³³. El margen de apreciación de los Estados para decidir lo que es “necesario en una sociedad democrática” es muy amplio cuando sobre un determinado asunto no existe consenso sobre el interés en juego y la forma de protegerlo pero, sobre todo, cuando del mismo derivan cuestiones morales o éticas. No obstante, cuando está involucrado un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad del individuo, el margen de apreciación de los Estados se restringe³⁴. A juicio del TEDH, en el caso de los contratos de gestación por sustitución concurren ambos elementos. Por un lado, no existe consenso entre los Estados sobre su admisibilidad y regulación. Y, por otro lado, afecta a un aspecto esencial de la identidad de los individuos: su filiación. Por tanto, en este caso concreto, ha de buscarse un justo equilibrio entre los intereses de los Estados y los intereses de los individuos directamente afectados; y haciéndolo, se debe tener en cuenta el “principio esencial del interés superior del menor” según el cual, cada vez que está en juego la situación de un niño, el interés superior de éste ha de prevalecer³⁵.

La Corte de Casación francesa, invocando el orden público internacional, deniega la inscripción de las Actas de nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero vía gestación por sustitución, al entender que vulneran principios esenciales del Derecho francés, entre ellos, el principio de indisponibilidad del estado civil. En opinión del Estado francés, la admisión de la inscripción equivaldría a aceptar tácitamente que el Derecho interno puede ser derogado por decisiones extranjeras, quedando en entredicho la coherencia interna de la prohibición. Al respecto, señala el TEDH que cuando se aplica la excepción de orden público internacional, resulta necesario verificar si el Juez estatal ha ponderado la necesidad de establecer un “justo equilibrio entre los intereses colectivos y los intereses de los afectados”, especialmente, el respeto al interés superior del menor y el ejercicio del derecho fundamental a la vida privada y familiar³⁶.

En este contexto, el TEDH estima que resulta absolutamente necesario distinguir entre el derecho de los matrimonios demandantes a su vida familiar, y el derecho de los

³² STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, puntos 57-58 y Caso *Labassee vs. France*, punto 52.

³³ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, punto 62 y Caso *Labassee vs. France*, punto 54.

³⁴ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, puntos 77-80 y Caso *Labassee vs. France*, puntos 56-58.

³⁵ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, punto 81 y Caso *Labassee vs. France*, punto 70.

³⁶ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, puntos 82-85 y Caso *Labassee vs. France*, puntos 61-63.

hijos nacidos artificialmente al respeto a su vida privada³⁷. En el primer supuesto, el TEDH explica que la negativa por parte de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento y filiación de los menores, no impide el establecimiento de una vida familiar aunque implique una serie de consecuencias negativas para el día a día³⁸. Concluye, por tanto, que no existe vulneración del derecho a la vida familiar del matrimonio. En el segundo supuesto, el TEDH recuerda que el respeto a la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación; y considera que la denegación por parte de las autoridades francesas del reconocimiento de efectos a la Sentencia extranjera, implica admitir la filiación de los menores conforme al Derecho de otro estado pero, paradójicamente, impedir la condición de hijos en el foro (Francia), con todas las consecuencias negativas que ello conlleva: nacionalidad, efectos sucesorios, responsabilidad parental, etc. En opinión del TEDH, es esta contradicción, y los obstáculos que se derivan de la misma, la que atenta contra la identidad de las personas, contraviene su derecho a la vida privada, y hace que el Estado que deniega la inscripción de la filiación en tales casos, sobrepase el margen de apreciación que le está permitido conforme al artículo 8 del CEDH³⁹.

4.2.- Caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia* (Rec. 25358/2012), Sentencia de 27 de enero de 2015 (TEDH, Sección 10ª) y Sentencia de 24 de enero de 2017 (TEDH, Gran Sala)

Ante la falta de vinculación genética entre el menor y el matrimonio, y las irregularidades apreciadas en todo el proceso las autoridades italianas acuerdan retirar a los padres de intención la potestad sobre el menor, que queda tutelado en un centro de acogida y, posteriormente, es entregado a otra familia en adopción. Ante esta circunstancia, el matrimonio solicita amparo al TEDH argumentando que esta decisión de las autoridades italianas vulnera el derecho a su vida privada y familiar. Esta diferencia con los asuntos *Menesson* y *Labassee* es la que explica que en este caso el TEDH haya concluido inicialmente que sí existía vulneración del derecho a la vida privada y familiar del matrimonio conforme a los argumentos que seguidamente se describen⁴⁰.

En su **Sentencia de 27 de enero de 2015**, valora el TEDH en, en primer lugar, si la medida adoptada por las autoridades italianas de colocar al menor bajo custodia, supuso una injerencia en la vida privada y familiar de los demandantes; y si estaba justificada, lo que sucede sólo “cuando está prevista por la Ley y persigue fines legítimos, siendo necesaria en una sociedad democrática⁴¹”. Al respecto, concluye que los Tribunales internos se limitaron a aplicar la legislación italiana, al apreciar que la conducta de los demandantes había sido contraria a la Ley; y que la medida adoptada no fue discrecional, sino basada en disposiciones de Derecho interno que persiguen el objetivo legítimo de la “defensa del orden”. Al evaluar “la necesidad de la injerencia en una sociedad

³⁷ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, punto 86 y Caso *Labassee vs. France*, punto 65.

³⁸ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, puntos 87-94 y Caso *Labassee vs. France*, puntos 71-73.

³⁹ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, puntos 96-100 y Caso *Labassee vs. France*, puntos 75-79.

⁴⁰ Los Magistrados *Raimondi* y *Spano* formularon en común un Voto Particular al considerar que no cabía apreciar violación del artículo 8 del CEDH al entender: que no existía vínculo genético entre los solicitantes y el menor; que la familia “de facto” se había constituido de forma irregular al recurrir los solicitantes en el extranjero a una práctica que estaba prohibida en su país; y que la actuación de los solicitantes era contraria al orden público internacional.

⁴¹ STEDH, de 27 de enero de 2015, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 76.

democrática”, el TEDH analiza si la aplicación de la Ley nacional ha ponderado un “justo equilibrio” entre el interés público y el privado, que se concreta en el respeto a la vida privada y familiar de los demandantes; y si al hacerlo, se ha tenido en cuenta el “principio esencial del interés superior del menor”.

Las autoridades italianas acordaron la remisión del menor a un centro tutelado al objeto de poner fin a una situación ilegal, puesto que el matrimonio *Paradiso-Campanelli* había recurrido a una gestación subrogada en Rusia con la única finalidad de eludir la prohibición italiana sobre acuerdos de gestación, y transgredir la normativa en materia de adopción internacional. A su juicio, esta situación resulta contraria al orden público internacional. La decisión de separar al menor de los padres de intención se justificó argumentando que el matrimonio había sucumbido “a un deseo narcisista que pone en duda sus capacidades emocionales y sus aptitudes para la crianza de un hijo”; y que el menor “ante su corta edad y el breve período que convivió con los solicitantes, iba a recuperarse sin dificultad, y desarrollaría vínculos más estrechos con sus nuevos padres; resultando más traumática una separación posterior”.

Señala el TEDH en su resolución, que la excepción de orden público internacional “no supone carta blanca para la adopción de cualquier medida⁴²”, siendo necesario verificar que se ha alcanzado un “justo equilibrio entre los intereses afectados”, especialmente, el respeto al “interés superior del menor”; y ello con independencia de la inexistencia de vínculo genético entre el niño y los padres de intención. Y que la decisión de separar al menor “fue una medida extrema que sólo podría estar justificada en caso de peligro inminente para el niño”, resultando insuficientes los argumentos esgrimidos por el Tribunal italiano de menores para justificar su adopción⁴³.

En consecuencia, concluye que las autoridades italianas con su decisión de separar al menor de sus padres de intención, superaron el margen de apreciación que les otorga el artículo 8 del CEDH al no haber observado un equilibrio justo entre los intereses en juego⁴⁴. No obstante, la constatación de esta violación de la vida privada y familiar de los solicitantes, no supone para el Estado italiano la obligación de devolver el niño a los solicitantes, dado los lazos emocionales desarrollados por el menor con la familia de acogida con la que ha estado viviendo desde 2013⁴⁵.

La citada resolución fue revocada por la Gran Sala en **Sentencia de 24 de enero de 2017**⁴⁶ (por once votos frente a seis) que, al resolver el Recurso interpuesto por el Estado italiano, estableció que no existe por parte de las autoridades italiana violación del artículo 8 del CEDH, por su decisión de retirar la custodia de los padres contratantes no biológicos sobre un menor concebido *in vitro*, gestado en el vientre de una mujer rusa y nacido en Moscú en el año 2011, puesto que las medidas adoptadas por las autoridades italianas eran necesarias ante la ilegalidad de la conducta de los padres comitentes y la conveniencia de adoptar medidas urgentes respecto del menor en situación de abandono de acuerdo con lo

⁴² STEDH, de 27 de enero de 2015, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 80.

⁴³ STEDH, de 27 de enero de 2015, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 81.

⁴⁴ STEDH, de 27 de enero de 2015, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 87.

⁴⁵ STEDH, de 27 de enero de 2015, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 88.

⁴⁶ Sobre la Sentencia de la Gran Sala *vid.* MOLINA NAVARRETE, C., “El TEDH no da “cheques en blanco” a los padres intencionales es legítimo que el Estado evite la “maternidad subrogada de facto” (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, demanda núm. 25358/2012)”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 408, 2017, pp. 121-134.

establecido en la legislación italiana sobre adopción y acogimiento. En consecuencia al valorar los intereses en juego, han de entenderse suficientes y proporcionadas las medidas adoptadas por las autoridades italianas. Debe darse un peso mayor al interés general que al de los demandantes, sin olvidar que una solución en sentido contrario implicaría legalizar una situación creada, que vulnera el ordenamiento jurídico italiano. Las dos principales razones que llevaron a la Gran Sala a discrepar sobre la decisión previa fueron: en primer lugar, que no había lazo biológico entre los padres comitentes, y el hijo objeto de la gestación por encargo y, en segundo lugar, que el entonces recién nacido había estado menos de seis meses bajo el cuidado de sus padres intencionales, plazo insuficiente para generar una relación afectiva que pudiera suponer una vida familiar⁴⁷.

De su argumentación cabe resaltar los siguientes aspectos. En primer lugar, destaca el TEDH que aunque la ruptura de la relación entre el matrimonio *Paradiso-Campanelli* y el niño no puede ser directamente imputable a aquellos fue, sin embargo, consecuencia de una situación de inseguridad jurídica creada por ellos mismos, al llevar a cabo una conducta contraria al Derecho italiano⁴⁸. En segundo lugar, valora el TEDH que dada la ausencia de vínculos biológicos entre los recurrentes y el niño, y considerando la corta duración de la convivencia entre el matrimonio y el menor (inferior a 6 meses), no se cumplían las condiciones requeridas para entender que existía entre ellos vida de familia en el sentido del art. 8 CEDH⁴⁹. En tercer lugar, entiende la Gran Sala que las medidas adoptadas por el Estado italiano supusieron una injerencia en la vida privada de los recurrentes, pero que se trató de una injerencia realizada conforme a las exigencias del art. 8 CEDH: de acuerdo con la ley italiana, para obtener finalidades legítimas y necesarias en una sociedad democrática, y de forma proporcionada para lograr tales finalidades⁵⁰. En cuarto lugar, expone el TEDH que no le compete sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la política más apropiada para regular la maternidad subrogada⁵¹. Y en quinto y último lugar aclara que la finalidad de proteger a los menores no sólo incluye la protección en concreto de un niño en particular, sino que se extiende al interés de los niños en general⁵².

Procede destacar que toda la argumentación de la Gran Sala menciona pivota en torno a un denominador común, la ilegalidad de la conducta desarrollada por el matrimonio *Paradiso-Campanelli* como causa originaria de todos los problemas surgidos. Esta importante decisión reafirma que “el CEDH, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre” por lo que el “interés público” prevalece sobre “el deseo de ser padres”.

4.3.- Otros casos

Foulon et Bouvet v. France (rec. 9063/2014 y rec. 10410/2014). Ambos asuntos fueron resueltos por el TEDH (Sección 5ª) en virtud de **Sentencia de 21 de julio de 2016** que se pronunció nuevamente sobre la negativa de las autoridades francesas a inscribir el

⁴⁷ En su Voto Particular concurrente, los Magistrados De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek y Dedov lamentan que la Gran Sala no se haya pronunciado expresamente en contra de la maternidad subrogada al considerar que esta práctica es incompatible con la dignidad humana, en la medida en que supone tráfico de niños, en el sentido del art. 2 del Protocolo Opcional de la Convención de Derechos del Niño, y desconoce la fuerte relación que se crea durante el embarazo entre la madre gestante y el niño que ella lleva en su seno.

⁴⁸ STEDH, de 24 de enero de 2017, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 157.

⁴⁹ STEDH, de 24 de enero de 2017, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 157.

⁵⁰ STEDH, de 24 de enero de 2017, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 173, 174 y 178.

⁵¹ STEDH, de 24 de enero de 2017, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 180.

⁵² STEDH, de 24 de enero de 2017, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, punto 197.

certificado de nacimiento expedido en India, tras la suscripción de contratos de gestación subrogada. El TEDH, en línea con la doctrina fijada al resolver los casos *Menesson* y *Labassee*, estima el recurso interpuesto por los padres de intención y considera que se ha producido la vulneración del derecho a la vida privada de los menores.

Laborie v. France (rec. 44024/2013) que aborda también la negativa de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento de un menor nacido en Ucrania de una gestación por encargo. El TEDH (Sección 5ª) en su **Sentencia de 19 de enero de 2017** recuerda la doctrina sentada en los asuntos anteriores y concluye que “no ha existido vulneración del derecho al respeto de la vida privada de los demandantes pero sí del derecho al respeto de la vida privada de los menores”.

4.4.- Síntesis conclusiva

Procede destacar que, hasta la fecha, el TEDH no se ha pronunciado explícitamente sobre los contratos de subrogación uterina, limitándose, en primer lugar, a reconocer que ésta es una materia sobre la que no existe consenso y, por consiguiente, sobre la que los Estados conservan una amplia capacidad de decisión; y, en segundo lugar, a afirmar que entre sus funciones no está la de sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la política más apropiada para regular la gestación por encargo (STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, punto 78 y *Caso Labassee vs. France*, punto 37; y STEDH, de 24 de enero de 2017, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 182 y 194). Por tanto, los pronunciamientos del TEDH se centran exclusivamente en las cuestiones jurídicas que se plantean en los supuestos de gestaciones por encargo concertadas conforme a legislación extranjera por nacionales de un Estado que la prohíbe, y más en concreto sobre el reconocimiento de la filiación derivada de estas gestaciones en los países de origen de los padres de intención.

Con relación a esta cuestión, el TEDH es consciente que un libre reconocimiento de estas filiaciones equivaldría a dejar sin efecto la prohibición de las legislaciones nacionales y, por tanto, la reprobación de la subrogación uterina (STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, punto 84 y *Caso Labassee vs. France*, punto 69; y STEDH, de 24 de enero de 2017, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 211 y 215). No obstante, considera necesario valorar, en cada caso, el concurso de circunstancias diferentes, entre ellas la existencia, o no, de una relación biológica entre el menor y alguno de los padres de intención y el tiempo efectivo de convivencia para conformar “vida de familia”. Tales circunstancias fueron decisivas para justificar la decisión final del TEDH en todos sus pronunciamientos. En los asuntos *Menesson* y *Labassee*, para fallar a favor del reconocimiento de la filiación respecto de los padres comitentes (en el caso *Menesson* uno de los recurrentes era padre biológico de los gemelos, y la convivencia entre el matrimonio *Menesson* y los menores superaba los diez años); y en el asunto *Paradiso-Campanelli*, para desestimar finalmente las pretensiones de los padres de intención (no había relación biológica entre el niño y el matrimonio y la convivencia no había llegado a durar ni un año).

5. LA SUBROGACIÓN UTERINA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de normas nacionales, que no reconocen **prestaciones económicas a favor de las madres intencionales**, con las normas comunitarias y los Tratados y Convenios internacionales suscritos por la UE en dos ocasiones: **asuntos C-167/12 y C-363/12**, que tienen por objeto respectivamente una petición de **decisión prejudicial** planteada por el *Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne* (Reino Unido) y por el *Equality Tribunal* (Irlanda)⁵³.

En el **asunto C-167/12** (Reino Unido) la cuestión prejudicial se plantea sobre los siguientes hechos: la demandante, trabajadora de un hospital, formaliza junto a su pareja un convenio de gestación por sustitución con óvulo de donante y esperma de la pareja (práctica legal conforme a la legislación de 2008). Tras el nacimiento, la demandante solicita permiso retribuido a su empleador que le es denegado. En todo caso se encarga de prestar los cuidados maternos al bebé e incluso de amamantarlo durante tres meses.

El *Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne* formula las siguientes preguntas en su cuestión prejudicial:

- a) si de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, la madre subrogante tiene derecho (o no) a la prestación por maternidad. Y si existe tal derecho (o no) en el supuesto en que la madre subrogante pueda amamantar al recién nacido y lo haga efectivamente; y
- b) si la negativa a la concesión de la prestación por maternidad es contraria (o no) a lo dispuesto en el art. 14 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, precepto que prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

En el **asunto C-363/12** (Irlanda) la cuestión prejudicial se plantea sobre los siguientes hechos: la demandante (carente de útero) y su marido constituyeron con sus propios gametos un embrión *in vitro*, se trasladaron con él a California, y allí concertaron una gestación por encargo simple (sin aportación de material genético procedente de terceros). La niña nacida en California es hija biológica de los demandantes y, en California, la filiación se constituyó a su favor tras la renuncia de la gestante. Solicitado en Irlanda el permiso retribuido correspondiente les resulta denegado.

El *Equality Tribunal* plantea en su cuestión prejudicial si concurre, o no, una posible violación de los arts. 4 y 14 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y del art. 3 de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; en el sentido de si cabe considerar, o no, que existe trato discriminatorio

⁵³ CORDERO GORDILLO, V., “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm 196, 2017, p. 240.

cuando una trabajadora, que sufre una discapacidad que le impide tener descendencia, ve denegado el derecho a la prestación por maternidad por acudir a la gestación subrogada.

La conclusión que alcanza la Gran Sala del TJUE en sus **Sentencias de 18 de marzo de 2014** es común: la imposible invocación de las Directivas europeas para sustentar la concesión de un permiso de maternidad derivado de la participación en un acuerdo de gestación por encargo⁵⁴.

Constituyen objeto de análisis por parte del TJUE, en ambas Sentencias, las Directivas comunitarias 92/85CEE (medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia); y 2006/54CE (aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores y las trabajadoras en asuntos de empleo). A mayores, en la segunda Sentencia (Irlanda), se analiza también el alcance de la Directiva 2000/78CE (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación).

Por lo que se refiere a la *Directiva 92/85*, entiende el TJUE que la misma tiene la finalidad de proteger la salud de la madre durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo y las relaciones especiales de la mujer con su hijo en el período posterior al embarazo y el parto, en consecuencia, el posible derecho a prestación de la madre de intención no encuentra amparo en el art. 8 de la citada Directiva puesto que no ha estado embarazada ni ha dado a luz. Por ello concluye que, conforme a esta Directiva, los Estados miembros no están obligados a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora en su calidad de madre subrogante incluso cuando pueda amamantar a ese niño o lo amamante efectivamente. No obstante, señala *in fine*, que la Directiva no excluye la facultad de los Estados para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.

Con respecto a la *Directiva 2006/54*, concluye con rotundidad el TJUE que la denegación del permiso por maternidad a una madre subrogante no constituye una discriminación directa basada en el sexo, puesto que un padre que tenga un hijo gracias a un acuerdo de gestación por encargo, recibe el mismo trato que una madre subrogante en situación comparable. Añade que tampoco existe discriminación indirecta, esto es que no se produce un trato menos favorable (ligado al embarazo) respecto a las trabajadoras, ya que la madre subrogante no ha estado embarazada.

Y, en último término, conforme a la *Directiva 2000/78*, entiende el TJUE que no constituye discriminación por razón de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso por maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar un hijo que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución, pues el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva invocada supone que la limitación impida la participación plena y efectiva de quien la sufre

⁵⁴ Sobre las Sentencias *vid.* SAFJAN, M. “Permiso de maternidad para una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. TJ Gran Sala, S 18 Mar. 2014” en *La Ley Unión Europea*, núm. 14, 2014, pp. 63-64; HIERRO HIERRO, J., “Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm.127, 2017, pp. 135 y ss; y MORENO PUEYO, M. J., “La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE de 18/03/14” en *Nueva Revista de Derecho del Trabajo* núm. 172, enero 2015, pp. 287-293.

en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza, o progrese en él.

La doctrina del TJUE puede sintetizarse en los siguientes términos: el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución, no encuentra fundamento en el Derecho de la UE (la normativa europea sobre protección de la maternidad no incluye la gestación por encargo). Por consiguiente, los Estados no están obligados a regular ni reconocer una prestación por maternidad derivada de gestaciones por encargo; y ello con independencia de la decisión que voluntariamente puedan acordar los legisladores nacionales para mejorar los mínimos exigidos por la normativa europea.

6. IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ALTOS TRIBUNALES EUROPEOS EN EL ESTADO ESPAÑOL: ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON LOS CRITERIOS FIJADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Tras la lectura de las Sentencias del TEDH no cabe concluir que las legislaciones que prohíben la subrogación uterina sean contrarias al CEDH, pero sí que el CEDH limita la aplicación de la excepción de orden público por parte los Estados miembros al reconocimiento de filiaciones establecidas legalmente por resolución judicial extranjera, incluso cuando estas derivan de una gestación por encargo. En todo caso, habrán de ponderarse las circunstancias concurrentes en el caso concreto y, en especial, la existencia de lazos biológicos entre los nacidos y los padres de intención y la existencia de vida familiar (entendida como convivencia prolongada en el tiempo).

Asimismo deberá tenerse en cuenta que el contexto de los Estados es muy diferente puesto que el ordenamiento jurídico español, a diferencia p. ej. del francés, permite tanto la posibilidad de adoptar a los menores como de indagar la paternidad biológica; circunstancias ambas que mitigan el eventual desamparo de los menores al impedirse su acceso al Registro Civil como hijos de los padres intencionales. No obstante, en consonancia con la posición mantenida por el TEDH, España aprobó la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de julio de 2014, que establece que “ante el estado legislativo y jurisprudencial actual, *la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado dictada el 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*⁵⁵ se encuentra

⁵⁵ *La Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, fijó los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos por gestación convenida en el extranjero “invocando el interés superior del menor”. Así, para permitir el acceso al Registro Civil en estos casos, la Dirección General de los Registros y del Notariado exige una resolución judicial firme dictada por Tribunal Competente, en la que se determine la filiación del nacido. La citada resolución, salvo que resulte aplicable un Convenio Internacional, deberá ser objeto de *exequatur* conforme al procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera, o la mera declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, en la que no conste la identidad de la madre gestante. La doctrina que ha comentado el contenido de esta Instrucción se muestra contraria a ella al considerar que está prestando cobertura administrativa a un “turismo reproductivo” que trata de eludir la aplicación de un precepto legal que claramente establece la nulidad del contrato de subrogación uterina. (Vid. DÍAZ ROMERO, M.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley* núm. 7527, 14 de diciembre de 2010; VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La*

plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscripción del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación (...). La citada Instrucción autoriza la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada en los países cuya normativa la permita, siempre que al menos uno de los progenitores sea español. La inscripción se sustentará en la existencia de una resolución judicial extranjera que determine la filiación jurídica respecto de un progenitor español. En su Exposición de Motivos, la Dirección General de los Registros y del Notariado indica que “la exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante”. El objetivo de la misma es claro: fijar las bases para permitir inscribir en España la filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución, si dicha filiación está determinada en resolución judicial conforme a legislación extranjera a favor de un progenitor español.

Tras el análisis de las Sentencias del TJUE cabe concluir que la pretensión de acceder a las prestaciones sociales inherentes a una filiación derivada de una gestación por encargo, no puede ampararse en el Derecho de la UE, pero tampoco puede excluirse. Esto significa que los Estados miembros podrán libremente adoptar o mantener disposiciones más favorables que las de las Directivas examinadas (art. 8 Directiva 92/85/CEE, art. 27.1 Directiva 2006/54/CE, y art. 8.1 Directiva 2000/78/CE), puesto que una cosa es que el ordenamiento emanado de la UE carezca de previsiones a partir de las cuales deba imponerse a los Estados el reconocimiento de la prestación, y otra muy distinta es interpretar que esa falta de previsión prohíbe a los Estados su reconocimiento.

En este sentido, el Tribunal Supremo español ha optado por el reconocimiento de las citadas prestaciones, al entender que su finalidad está relacionada con la atención o cuidado del menor. La Subdirección General de Ordenación Académica y Asistencia Jurídica del INSS, acatando la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en estas sentencias, ha dictado los criterios que permiten interpretar y aplicar las vigentes previsiones normativas a los supuestos de gestación por sustitución en su Consulta número 29/2016, de 29 de diciembre de 2016.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÓN GÓMEZ, C., “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad” en *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2017
- BATALLER I RUIZ, E., “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015
- CERVILLA GARZÓN, M. J., “Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2017
- CORDERO GORDILLO, V., “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, 2017

Ley, núm. 7608, 11 de abril de 2011; y LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley* núm. 7777, 17 de enero de 2012).

- DE TORRES PEREA, J. M., “Comentario a la STS de 2 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley* 1435/2014, núm. 79, abril 2014
- DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley* núm. 7527, 14 de diciembre de 2010
- DURÁN AYAGO, A. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Mennesson c. France (n.º 5192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014. Interés superior del menor y gestación por sustitución en *Ars Iuris Salmanticensis: AIS, revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, núm. 2, vol. II, 2014
- FARNÓS AMORÓS, E., “La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización” en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*, 2015
- FLORES RODRÍGUEZ, J., “Vientres de alquiler, más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11 en *La Ley* núm. 8363, 2014
- HIERRO HIERRO, J., “Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm.127, 2017
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2014, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014,736)” en *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, julio 2014
- LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley* núm. 7777, 17 de enero de 2012
- LÓPEZ INSUA, B. M., “Maternidad subrogada y protección del menor desde una perspectiva integradora: el derecho laboral de nuevo a examen”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2017
- MERCADER UGUINA, J. R., “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, vol. 9, núm. 1, 2017
- MOLINA NAVARRETE, C., “El TEDH no da “cheques en blanco” a los padres intencionales es legítimo que el Estado evite la “maternidad subrogada de facto” (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto Paradiso y Campanelli c. Italia, demanda núm. 25358/2012)”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 408, 2017
- MOLINA NAVARRETE, C., “Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto “Paradiso y Campanelli c. Italia”, demanda núm. 25358/2012)”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social* núm. 399, 2016
- MONTERONI, J., “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Prudentia iuris* núm. 80, 2015

- MORENO PUEYO, M. J., “La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE de 18/03/14” en *Nueva Revista de Derecho del Trabajo* núm. 172, enero 2015
- REDONDO SACEDA, L., “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada” en *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IX* (2016)
- SAFJAN, M., “Permiso de maternidad para una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. TJ Gran Sala, S 18 Mar. 2014” en *La Ley Unión Europea*, núm. 14, 2014
- SEIJAS QUINTANA, J. A., “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”, en *La Ley 5216/2014*, núm. 97, septiembre 2014
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011