

**ENCLAVES CRÍTICOS
EN LA PROTECCIÓN
JURÍDICA DE LA SALUD**

Editorial

JOSE MIGUEL ORTIZ ORTIZ
DIRECTOR EDITORIAL

Consejo Editorial

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

JESÚS MERCADER UGUINA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

ANTONIO OJEDA AVILÉS
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

MARGARITA RAMOS QUINTANA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

PILAR RIVAS VALLEJO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

CARMEN SÁEZ LARA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

M^a CANDELARIA MARTÍN GONZÁLEZ
Dirección

ENCLAVES CRÍTICOS EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA SALUD

Autores:

NURIA BELLOSO MARTÍN
LUIS CARLOS AMEZUA AMEZUA
IVÁN DOMINGO GONZÁLEZ BARRIOS
DAVID ENRIQUE PÉREZ GONZÁLEZ
M^a CANDELARIA MARTÍN GONZÁLEZ
PABLO BANCHIO
CATALINA GEORGETA DINU
JYOTI RATTAN

Edita:

Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición,  Ediciones Laborum S.L., 2024

ISBN: 978-84-19145-88-8

D.L.: MU 67-2024

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2024

© Copyright del texto, sus respectivos autores, 2024

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por los autores en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 o 93 272 04 45).

CAPÍTULO 2

GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN: RAZONES CRÍTICAS Y LA POSICIÓN DE LA CORTE EUROPEA 43

Luis Carlos Amezua Amezua

1. Introducción.....	43
2. El mercado reproductivo	44
2.1. Las cautelas del uso de la libertad.....	44
2.2. Realidad social y normatividad jurídica.....	47
3. Razones contra la gestación subrogada.....	51
3.1. Vinculación física y emocional.....	52
3.2. La mengua de la Dignidad	53
3.3. Estereotipos contrarios a la Igualdad.....	56
4. La jurisprudencia del TEDH.....	57
4.1. Vínculo biológico y lazos familiares.....	58
4.2. La expansión del interés superior del menor.....	61
5. Conclusiones	68
6. Bibliografía.....	70
7. Jurisprudencia	73
7.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	73
7.2. Dictámenes del TEDH.....	73
7.3. Sentencias del Tribunal Supremo de España	73

CAPÍTULO 3

DEPORTE Y SALUD. TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN RELACIÓN AL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO 75

M^a Candelaria Martín González

1. Intimidad y secreto profesional.....	75
2. Referencias normativas y doctrinales.....	77
3. El consentimiento de los deportistas.....	83
4. Referencias jurisprudenciales.....	84
5. Bibliografía.....	87

CAPÍTULO 4

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS VULNERABLES..... 89

Iván Domingo González Barrios

1. Introducción.....	89
2. La naturaleza dual de la protección de la salud: derecho prestacional y de no injerencia	90
3. La protección de la salud en la Constitución española	92

CAPÍTULO 2

GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN: RAZONES CRÍTICAS Y LA POSICIÓN DE LA CORTE EUROPEA

LUIS CARLOS AMEZUA AMEZUA¹

1. Introducción

Sabemos que el Derecho depara tensiones estructurales por los desajustes intrasistémicos y por la inadecuación social de las normas, porque choca con el comportamiento de los ciudadanos y de las mismas instituciones garantes. Tenemos una muestra del desajuste entre la realidad y la normativa en el enfoque de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español, así como en muchos otros que mantienen regulaciones semejantes, como los ordenamientos francés, italiano o alemán y de prácticamente todos los países miembros del Consejo de Europa.

Generalmente los principales argumentos contrarios a la gestación subrogada muestran, a la vez que la seriedad de las dificultades, las aristas de los mismos y quizás también sus inconsistencias. De manera que la complejidad de elementos confluyentes dificulta tener posiciones de una pieza, incluso si entran en consideración tres poderosos argumentos críticos, algunos de los más recurrentes dentro del argumentario vulgarizado que cuestiona la gestación por subrogación: uno de ellos enfatiza los riesgos para las mujeres gestantes de la ruptura del vínculo físico y emocional intenso con las criaturas a las que dan vida; el segundo, también un potente argumento tradicional, está ligado a la dignidad de las mujeres gestantes y de los niños que corren el riesgo cierto de ser instrumentalizados o cosificados; o un tercero que focaliza la afectación del estatus de las mujeres en cuanto refuerza los estereotipos y una división del trabajo asentada en una jerarquía de género.

1 Universidad de Valladolid.

La diversidad normativa internacional facilita el auge del negocio reproductivo, que se aprovecha de los deseos de ser padres o madres y de la permisividad de algunos Estados. La legislación nacional prohibitiva no está siendo eficaz para impedir abusos y los tribunales tienen que amparar a los niños nacidos por gestación subrogada en aquellos países extranjeros que la autorizan, a pesar de las restricciones internas para reconocer la filiación a quienes pagan por recibir a cambio un hijo sin seguir los cauces legales de la adopción internacional.

En este trabajo empezaremos por indicar algunas muestras de la diversidad regulatoria de estos contratos gestacionales en el ámbito internacional, centrando el muestreo de contradicciones en un país como España, que figura en la tercera posición mundial de tratamientos de fertilidad asistida y que acoge también un elevado número de casos de gestación por subrogación, a pesar de los impedimentos legales. Después esbozaré algunos argumentos críticos y sus inconsistencias, para luego exponer a continuación la respuesta jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual quiere conciliar el respeto al margen discrecional de cada Estado con la protección preferente (*paramount*) del interés del menor.

Al final, nuestro criterio cauteloso orienta alguna de las propuestas restrictivas que pretenden satisfacer los casos peculiares minimizando el impacto sobre la dignidad personal y la vulnerabilidad de las mujeres. Esta orientación final se corresponde con la previsible solución internacional que se adoptará para conciliar el derecho del menor a su vida privada y familiar con el margen de decisión de los Estados, que podrán o no facilitar también otros derechos afectados de los padres o madres intencionales y que deberían considerar de alguna manera la posición de la parte más débil del contrato, que es la de la mujer que gesta para otros. Tiene en cuenta la evolución de la jurisprudencia europea que está limitando demasiado las posibilidades de legislar estatalmente de alguna otra manera que no confluya en consolidar de derecho lo que era ya un hecho establecido basado en la convivencia familiar y en la protección de los niños, asignando la potestad parental cuando hay vínculo genético y convivencia dilatada, por lo que en la práctica consolida en la mayoría de las ocasiones situaciones fácticas derivadas de la decisión de los padres intencionales que era en su origen ilegal por contravenir la legislación nacional.

2. El mercado reproductivo

2.1. Las cautelas del uso de la libertad

Los avances en las tecnologías reproductivas han abierto un nicho de mercado que necesita legitimar su expansión convenciendo a las personas de que sus deseos de ser padres o madres pueden satisfacerse sin afectar a los bebés ni a la dignidad de las madres gestantes.

Para reflexionar al respecto, hemos primero de atender a las razones discrepantes. La reflexión ponderada se hace más necesaria cuanto más beligerancia y precipitación encontramos. Y eso abunda respecto de estos contratos reproductivos que conforman la gestación para otros. Lo primero debería ser atender las razones de la sociedad y de las partes, procurando veracidad y respeto. La denominación de la cuestión es emotiva y dificulta comprender lo que está en juego, sobre todo cuando llamamos maternidad subrogada o alquiler de vientres (“¡no somos vasijas!”, “hornos humanos”) a estos contratos de embarazo que se aprovechan de los avances de las técnicas de reproducción asistida para promocionar la gestación para otros o gestación por sustitución o por subrogación. Aun así, la denominación invisibiliza la transacción económica y, por ello, otras investigadoras prefieren designar esta relación como “gestación comercial” porque captura mejor la naturaleza de esta práctica como una moderna esclavitud².

Por un lado, las razones del *mainstreaming* de género han de ser atendidas y moduladas, porque las relaciones interpersonales sobrepasan los vínculos de dominación y además apelamos a la defensa kantiana de la dignidad³. Por otro lado, se hace antipática también esa proclama libertaria de que el mercado es el mecanismo que mejor ajusta los proyectos individuales, asignando valor a preferencias de los actores, porque esta ideología define a las personas como meros preferidores utilitaristas que calculan beneficios y pérdidas. Ni todo está en venta, como sostendría el liberalismo libertario de Nozick, ni es tan claro que el mercado asegure la eficiencia en la asignación de recursos si carece de regulación pública.

Regular e intervenir no significa anular la libertad de ningún modo, porque no es verdad que un mercado libre de vientres produzca la autorregulación de los intereses de todas las partes, como pretende Dwight R. Lee. Este exceso de confianza en el mercado conlleva postular que la libertad personal es función de la libertad de mercado y presupone que todos los beneficios y costes son subjetivos. Por lo cual el único agente capacitado para saber lo que conviene es uno mismo. Si cada individuo decide según preferencias y circunstancias particulares, cualquier control del Estado restringe nuestra libertad: “quienes más sufren cuando la gente pierde su libertad para ser barbero sin tener que pasar exámenes estatales acerca

2 NUÑO GÓMEZ, L., “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *Isegoría*, núm. 55, 2016, pp. 683-700; GUERRA PALMERO, M^a. J., “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La ‘gestación subrogada’ como nuevo negocio transnacional”, *Dilemata*, n^o 26, 2018, pp. 39-51; PHILLIPS, A., *Our Bodies, Whose Property?*, Princeton, Princeton University Press, 2013; ESTELLÉS PERALTA, P. M. y SALAR SOTILLO, M^a. J. (dir.), *Maternidad subrogada. La nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

3 Vid. DE LORA, P., *Lo sexual es político (y jurídico)*, Madrid, Alianza, 2019.

de la composición química del pelo, no son los potenciales barberos sino quienes necesitan un corte de pelo”⁴.

Ahora bien, si ese ejemplo del profesor Lee, siguiendo el parecer de Hayek, quiere rechazar el control gubernamental de las profesiones para defender la libertad, tal vez debiera sustituirlo por un control gremial u otro tipo de exigencias que no dependan de la votación popular o del resultado de métricas calculadas por algoritmos. No puede pretender justificar los contratos de embarazo (esa manera jurídica de nombrar la gestación por subrogación) convirtiendo cualquier relación humana, del tipo que sea, en una relación mercantil por el hecho de que siempre haya intercambio de *algo*, ya sea de afecto, de conocimiento, o de dinero.

En esa misma línea libertaria, Walter Block resume su tesis del intercambio utilitario “*do ut des*”, mientras que nada recibirás si no ofreces algo. Su conclusión extrema es que donde hay interacción e intercambio hay pago, sea en el matrimonio, en la amistad o en la prostitución⁵. Como todo es intercambiable y venal, todo es mercancía.

Por consiguiente, huyamos de exageraciones extremadas y conciliemos de manera prudente la autonomía personal con la protección de la dignidad. Queremos localizar esta reflexión superando los prejuicios propios, buscando razones contrarias a la intuición fundamental del abuso de la vulnerabilidad en estos contratos reproductivos⁶.

Hay un abuso que afecta sobre todo a las madres gestantes (mujeres) y arriesga la atención para las criaturas, además de producir inseguridad jurídica para todos, bebés, padres y madres de intención también. Lo expresa con claridad Debra Satz: “Tratar el trabajo reproductivo como una mercancía, como algo sujeto a los principios de oferta y demanda que gobiernan los mercados económicos, es peor que tratar otras formas de trabajo humano como mercancías”⁷. Y ello, no por cuestiones esencialistas referidas a la calidad intrínseca degradante del trabajo reproductivo, sino basadas sobre la idea de estatus de iguales.

4 LEE, D. R., “Mercados y libertad”, *El Cato Institute*, en su página en español *ElCato.org*, 07/06/2001. URL: <https://www.elcato.org/mercados-y-libertad>

5 BLOCK, W., *Defending the Undefendable*, Auburn, Mises Institute, 2018, pp. 6-7.

6 Hemos adelantado esta pretensión en AMEZÚA AMEZÚA, L. C., “Salud reproductiva y derechos humanos en la gestación subrogada: argumentos en conflicto”, en J. C. Suárez Villegas y S. Marín Conejo (coord.), *Debates en torno a la comunicación, la igualdad de género y los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 339-356. Lo reitero en este trabajo en el apartado tercero.

7 SATZ, D., *Why some things should not be for sale? The moral limits of markets*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 115.

2.2. Realidad social y normatividad jurídica

El desajuste entre la realidad social cambiante y la normatividad jurídica suele ampliarse en épocas de crisis y sobre todo cuando se aceleran las transformaciones sociales, culturales o tecnológicas hasta el punto de que las propuestas de regulación de las nuevas realidades quedan superadas incluso antes de nacer. Es lo que está sucediendo en materia de neuroderechos o los temores de que los acuerdos entre el Consejo y el Parlamento de la UE sobre inteligencia artificial, firmados en diciembre de 2023, que fijan principios para legislar al respecto sean insuficientes ante la velocidad de relámpago de las innovaciones en el entorno tecnológico. Esos desfases entre las nuevas realidades y la ordenación jurídica son palpables desde hace décadas también en las posibilidades de conseguir tratamientos de fecundación asistida y las mejoras de la reproducción humana⁸.

En los ordenamientos estatales de países europeos es común el contraste entre la realidad social y las leyes prohibitivas del uso de técnicas reproductivas que requieran utilizar a una mujer gestante que renuncia a la filiación mediante un contrato de maternidad subrogada. Esto es evidente, por ejemplo, en el enfoque de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español. En España es una práctica “nula de pleno derecho” e incluso podrían afectarse tipos penales. Sin embargo, hay más niños nacidos por gestación subrogada que niños adoptados y, además, los padres comitentes o de intención acuden al extranjero, a pesar de que la legislación nacional y decisiones judiciales recientes desaconsejarían hacerlo para quienes pretendan evitar litigios y tener mayor certidumbre de los resultados de sus actos.

En realidad, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), declara que: “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”. El segundo párrafo del mismo artículo dispone que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”; y el tercer y último apartado admite “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Posteriormente a esa ley se ha realizado otra mención a la prohibición de ese tipo de contrato en la Ley Orgánica 1/2023, de salud sexual y reproductiva⁹. El propósito explicitado en su Preámbulo (apartado II, párrafo octavo) era reafirmar el compromiso estatal “de respuesta frente a vulneraciones graves de los derechos reproductivos que constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres, como la gestación por subrogación”, las cuales se siguen produciendo, amparándose en una regulación

8 BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones: el caso de la maternidad subrogada internacional”, *Scio. Revista de Filosofía*, nº 11, 2015, pp. 19-52.

9 Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

internacional diversa, “ante lo cual se ha de reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva, y tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución”.

La benévola intención es, en realidad, inocua porque esta reforma en poco mejora la seguridad jurídica para las partes intervinientes en esos contratos de gestación subrogada transnacional, que siguen celebrándose en número creciente. De hecho, el artículo 32 de esa Ley sigue declarándolos nulos de pleno derecho y alienta la promoción de información a la población sobre la ilegalidad de esas conductas. El único cambio relevante se localiza en el artículo siguiente, cuando autoriza a las administraciones públicas a instar la acción judicial para que cese la publicidad comercial de la gestación por sustitución¹⁰.

Pero estrictamente hablando, en España la gestación subrogada no está prohibida, aunque la consecuencia prevista será la invalidez del contrato. En la teoría del Derecho está normalizado, mucho antes de la aportación de Herbert Hart (*The concept of law*, 1961, cap. 3), que la nulidad es consecuencia del incumplimiento de condiciones de validez de una norma que confiere potestades. Estas normas no pretenden disuadir a sus destinatarios de realizar actos que no satisfagan los requisitos formales que esas normas establecen, simplemente no reconocen efectos a esos actos. Mientras que otro tipo de normas entraña deberes, las normas regulativas (obligan, prohíben, permiten) incorporan una valoración moral de ilicitud y aplican sanciones. Ya Francisco Suárez (*Tratado sobre las leyes*, 1612) había discernido que las *leges irritantes* o invalidantes no son normas penales, sino normas de otra clase, cuyo incumplimiento no tiene por efecto una sanción, sino la ineficacia del acto al que falta algún requisito. Para Manuel Atienza, esto implicaría que en el orden jurídico español actual vigente no se puede considerar que contravenga el orden público (frente a la interpretación del Tribunal Supremo en 2014) el hecho de utilizar la gestación subrogada acudiendo fuera del país para luego inscribir la filiación y reclamar el reconocimiento de la paternidad¹¹.

10 Artículo 32. Prevención de la gestación por subrogación o sustitución: “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”; Artículo 33. Prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución: “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”.

11 ATIENZA, M., “Propuestas para regulación de la gestación subrogada”, *Boletín Maternidad Subrogada. Juezas y Jueces para la Democracia*. 16 Abril 2018, p. 18. Lo matiza SUÁREZ LLANOS, L., “La gestación y su derecho. En-clave jurídico, ético y racional”, en M. I. Núñez

Lo cierto es que la gestación subrogada está dando lugar a problemas jurídicos y soluciones cercanas al fraude de ley. Las cifras de afectados crecen cada año y en la última década en España, entre 2010 y 2020, las estimaciones oficiales de embajadas y consulados contabilizan hasta 2358 inscripciones de bebés nacidos por gestación subrogada transnacional (hasta dos tercios del total, procedentes de Ucrania y de EEUU, y el resto de otra docena de países)¹². Nada ha cambiado hasta la fecha de hoy, aunque hace varios años el Comité de Bioética de España¹³, dependiente del Ministerio de Sanidad, solicitara la promoción a nivel internacional de una legislación común que prohíba estos contratos de gestación subrogada, o que el Parlamento europeo¹⁴, en Resolución de 2015, condenara esta práctica como un riesgo para la dignidad y derechos de las mujeres y de los niños:

“§115. Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”.

En el ámbito del Parlamento Europeo, se ha adoptado en octubre de 2023 por las Comisiones de Derechos de la mujer y Libertades civiles, una propuesta de reformar la directiva que refuerce el combate de los delitos de trata de seres humanos y ayudar a sus víctimas, la cual se halla al finalizar ese año en fase de primera lectura. La propuesta alude a la maternidad subrogada para penalizarla cuando concurrieran todos los elementos constitutivos del tipo de la trata, a saber, que la subrogación se haya realizado a través del uso de la fuerza, la amenaza o la coacción¹⁵. Otras varias enmiendas a ese proyecto de informe, en cambio, sí

Paz y P. Jiménez Blanco (Eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 101-135.

12 Datos del Portal de Transparencia del Gobierno de España, tomados del diario ABC, 22/02/2021.

13 Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. 16 Mayo 2017. URL: <http://www.comitedebioetica.es/>

14 Parlamento Europeo. Resolución de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)). P8_TA(2015)0470.

15 COM - COM(2022)0732 - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims.

que pretenden asimilar los contratos de maternidad subrogada a la trata de seres humanos, tanto de la mujer que gesta como del propio niño¹⁶.

La Relatora Especial de Naciones Unidas presentó en 2018 un Informe sobre la venta y explotación sexual de niños, donde constata el crecimiento de los contratos de gestación por sustitución y las prácticas abusivas que suele conllevar aparejados, formulando al final unas recomendaciones para que los Estados creen salvaguardas que impidan la venta de niños¹⁷.

En cualquier caso, hoy continúa la inseguridad y el caos está afectando a las instituciones, aparte de que se enconan las discrepancias doctrinales y crece la tensión entre activistas del movimiento feminista y LGTBI. En el ámbito español, el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, mantiene un criterio diferente al sostenido por el Tribunal Supremo, cuya Sala de lo civil en pleno, desde la sentencia 835/2013, de 6 de Febrero de 2014, deniega el reconocimiento en España de la filiación establecida en el asiento registral de California, a la pareja española de varones que había acudido al extranjero para tener dos hijos mediante gestación por sustitución¹⁸.

Esa sentencia atiende al interés del menor e instaba a la Fiscalía a iniciar actuaciones para determinar la correcta filiación de los menores y su inserción en el propio entorno familiar, mediante el acogimiento o la adopción. Los argumentos mayoritarios del fallo rechazan ese contrato de gestación porque quiebra el orden público (el sistema de derechos reconocidos en la Constitución española, convenios internacionales de derechos humanos ratificados y legislación interna), “no se acepta que los avances en las técnicas de reproducción humana vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población” (FJ 3 § 6. 2). En cambio, los votos particulares de la minoría de magistrados discrepantes enfatizaron el derecho a procrear, la garantía del consentimiento de la madre gestante otorgado ante la autoridad judicial extranjera, reconociendo la autonomía de la madre gestante y la voluntariedad del acuerdo.

La Sala Civil del alto tribunal español ha mantenido idéntica solución a la del plenario en otra sentencia posterior (STS 277/2022, de 31 de marzo de 2022) que

16 Amendment - PE750.067. Acceso de información del Orden del día para Comisiones: <https://emeeting.europarl.europa.eu/emeeting/committee/en/agenda/202310/LIBE>

17 A/HRC/37/60. Acceso: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>.

18 Sentencia del Tribunal Supremo (España, Sala Civil, Pleno) N°. 835/2013. Identificador Europeo de Jurisprudencia: ROJ: STS 247/2014 - ECLI: ES:TS:2014:247.

declara ilegal la explotación del cuerpo de la mujer y las funciones reproductivas con fines financieros o de otro tipo. De tal modo que podríamos considerar hoy a estos contratos de gestación subrogada como la versión contemporánea de la antigua esclavitud a tiempo cierto, digo por mi cuenta, porque en esta última sentencia se recogen con minuciosidad (FJ 1.2) todas las cláusulas pactadas entre la comitente y la madre gestante, que fueron coordinadas por una sociedad mercantil de nombre “Mexico Surrogacy” verdaderamente sangrantes.

La legislación internacional sobre esta modalidad de gestación subrogada también es variada. Baste señalar como muestra que se admite en algunos estados de los EEUU como California, Florida, Arkansas, Nevada, Illinois, etc.; en Tailandia, Camboya, India (excluye a extranjeros), México, Canadá, Israel, Rusia, Ucrania, Georgia. En Europa está bastante restringida, aceptada en Reino Unido para nacionales, si es altruista, y en Portugal para parejas heterosexuales por razones médicas.

La complejidad es enorme. Esperar a unificar criterios en el ámbito internacional sería un despropósito, por lo que hay que establecer cuanto antes unos criterios mínimos y aclarar los efectos de esta práctica en Estados que compartan sistemas de valores¹⁹. Las dudas regulativas, el vacío normativo en biojurídica, las posibilidades técnicas o la permisividad de hecho en las relaciones humanas, la desvinculación de sexualidad, emociones y procreación, entre otros elementos que confluyen, están afectando a los grupos familiares de una manera que hace sospechar la destrucción del matrimonio y de la familia. Entonces, desconcierta aún más la presión de las parejas, del tipo que sean, por tener hijos que compartan sus rasgos físicos y genéticos, volviendo hoy a realzarse el vínculo paterno o materno-filial en un sentido biologicista y racial que creíamos haber superado. El deseo de las parejas de nuevo cuño de perpetuar los propios genes y completar su relación afectiva con un hijo de características físicas seleccionadas, nos retrotrae a tiempos pretéritos en los que la familia nuclear tradicional se orientaba a la reproducción dentro del matrimonio.

3. Razones contra la gestación subrogada

La precedente exposición sirve para que nos hagamos idea suficiente sobre la complejidad de esta modalidad gestacional y la diversidad de conflictos que afloran a todos los niveles. En lo que sigue, destacaré con brevedad algunos de los argumentos en liza, aunque hay otros análisis de las “falacias” retóricas empleadas por los detractores²⁰. Aunque comparto la intuición inicial de desasosiego, mi

19 Puede orientar, FARNÓS AMORÓS, E., “Más allá del reconocimiento: Propuestas para regular la gestación por sustitución”, en A. Carrió Sampredo (ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 131-186.

20 DE LORA, P., “Gestar para otros: una ecografía de las falacias”, *Dilemata*, nº 28, 2018, pp. 76-86.

rechazo principal a usar *sólo* (subrayo este adverbio) en esta ocasión una perspectiva de género, se asienta en las razones de la dignidad y del autorrespeto. Sin embargo, no hay en sí mismo nada contra el mercado, salvo ese mercado burdamente comprendido que deja sueltos a los actores potentes, cuyo descontrol conduce ineludiblemente a desafueros.

Seguiré el esquema sencillo de identificar alguno de los principales argumentos contrarios a la gestación para otros y detectar su inconsistencia.

3.1. Vinculación física y emocional

La disputa sobre la validez de estos acuerdos de maternidad viene de tan lejos como 1976, cuando el abogado Noel Keane, de Michigan, pretendió ayudar a matrimonios estériles poniéndoles en contacto con madres sustitutas. Una década después se produjo el salto cualitativo con el célebre caso *Baby M*, cuando la madre gestante, que había sido inseminada por el esposo de la pareja comitente, se arrepintió después del parto y quiso quedarse con la niña. En este caso, los Tribunales acabaron por atribuir la filiación al varón (padre que aportó gametos) y reconocieron a la mujer gestante derechos de visita. Desde entonces, las posibilidades técnicas facilitan la selección de características físicas de los bebés engendrados, lo que ha expandido el negocio porque se puede encargar el embarazo a mujeres del tercer mundo y obtener un bebé sin ningún rasgo físico de la gestante.

Todavía no está del todo claro que haya alteraciones psicológicas irreversibles en la madre durante el embarazo, que el vínculo emocional entre la madre y su criatura sea indeleble en todo caso, ni que los niños así procreados tengan más dificultades que otros para su aceptación social. Deberían recopilarse con rigor datos concretos de las consecuencias futuras para las personas que intervienen en estas relaciones, en especial las madres gestantes y sus familias, los hijos entregados a los padres o madres intencionales, así como la posición social en países con culturas diferentes, para evitar el prejuicio occidental sobre el papel de la maternidad en la condición de la familia y la consideración de las mujeres. Podría ya haberse hecho un seguimiento lo suficiente amplio para no seguir especulando y dar respuesta empírica a dudas que Richard Posner formulaba hace tiempo²¹, o bien corroborar la importancia de la maternidad y el embarazo para el sentido existencial de conexión de las mujeres²², una conexión física y material a la vida humana que altera las capacidades cognitivas, psicológicas y morales de las mujeres, en línea con las tesis de Nancy Chodorow y Carol Gilligan.

Destacar tanto esta peculiaridad de la maternidad, como había hecho Carole Pateman, esencializa en demasía la posibilidad de procrear, pues según ella cuerpo,

21 POSNER, R., "The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, vol. 5, n° 21, 1989, pp. 21-31.

22 WEST, R., *Género y teoría del derecho*, traducción de Pedro Lama, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre, 2000, p. 102.

sexo y diferencia sexual son inseparables de la subordinación civil²³. La identidad encarnada, esa diferencia por naturaleza, biología y sexo, exigiría acabar con el juego “patriarcal” en favor del “individuo” abstracto, que permite apropiarse del cuerpo de la mujer para sacar el servicio y arrancarle el fruto de su vientre.

3.2. La mengua de la Dignidad

Un poderoso argumento contrario a esta gestación subrogada es que instrumentaliza el cuerpo de la mujer y la somete a explotación. Los medios de comunicación criminalizan esa actividad cuando destacan el aumento extraordinario de este tipo de contrataciones en India (que llevó al gobierno en 2015 a limitar el acceso a extranjeros) o las granjas de mujeres en Tailandia o Camboya, la creación de un proletariado productivo en los países que aceptan sin controles la fábrica de bebés ganga, como Nepal, Irán, Georgia, Kenia, Sri Lanka o Guatemala, fomentando ese “turismo reproductivo”²⁴.

Ahora bien, la elección sin coacción excluye el vicio del trabajo impuesto por la violencia de la necesidad. El problema similar lo tiene cualquiera que trabaja en algo que no haría cuando quiere vagar o dedicarse a la pintura o seguir su verdadera vocación -por decir alguna cosa-, pero la necesidad de tener que comer o vestir o cobijarse, las ganas de disfrutar del teatro o de visionar series y películas emitidas en *Netflix* bajo suscripción costosa, o de tener que mantener a unos hijos hedonistas..., obliga a todos nosotros a no descuidarnos y realizar nuestro trabajo cumplidamente. ¿O es que no hay otros trabajos penosos que, sin embargo, alguien tiene que llevar a cabo? Se me ocurren algunos que generalmente tienen fama de desagradables o asquerosos: los trabajos de pocero, minero, matarife. También tienen sus pegas los oficios de camionero, recepcionista, azafato u otros que se nos puedan ocurrir. ¿Es grato limpiar letrinas o limpiar fluidos corporales en asilos u hospitales? ¿Lo es recomponer cuerpos desmembrados? ¿Es decente contribuir a la explotación de los repartidores de comida u otros productos tal como operan ahora mismo las plataformas digitales y el incumplimiento flagrante de la legislación que obliga a las empresas a realizar contratos laborales con sus *riders*? Por no ahondar en otros trabajos que han tenido importancia histórica, siempre infamados, como el de verdugo. Y trabajos tan peligrosos como el de escolta o soldado profesional. O el desempeño de taxista en EEUU (tal vez en más lugares), cuya autopercepción es que carecen de prestigio y reconocimiento social por su oficio, así como dedicarse al cobro de morosos o ser detective privado especializado en infidelidades matrimoniales. ¡Cuánta gente disgustada cambiaría su trabajo!

No, el problema no está tanto en la agradabilidad del desempeño, como en la afectación de la dignidad. Las mujeres tienen la libertad de decidir, obviamente cuando se eliminan situaciones de coacción, como en cualquier ámbito de

23 PATEMAN, C., *The Sexual Contract*, Stanford, Stanford University Press, 1988, pp. 209-218.

24 LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, nº. 3, 2012.

la existencia para que podamos hablar de libertad al modo humano. Sabemos que caben abusos en concreto por ser mujer y en general por las situaciones socioeconómicas de menesterosidad.

Si alguien utiliza a una mujer como medio para producir un niño a cambio de dinero, estaría tal vez mercantilizando a la persona. La utiliza como medio y no como fin, menoscabando la dignidad²⁵. Así como las cosas que son medios tienen precio y los seres racionales existimos como fines en sí mismos, con dignidad. Suprimir el precio en ese contrato de embarazo quizá satisfaría este argumento kantiano. Sin embargo, la fórmula de la humanidad como fin, de la segunda versión del imperativo kantiano, en la que viene insistiendo Manuel Atienza²⁶, deja claro que no se ataca a la dignidad. Y ello porque en toda relación humana hay alguna instrumentalización, en cuanto que el médico es a veces el medio que hace que nos curemos, o utilizamos al profesor para ampliar nuestros conocimientos y al albañil como medio para reparar las paredes de nuestra vivienda. La fórmula de los fines o fórmula de la personalidad afirma: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca *simplemente* como medio” (A. 67; Ak. IV, 249)²⁷. Un ser racional no puede ser tratado solo o simplemente como un mero instrumento.

Imaginemos los motivos de mujeres que se ofrecen a criar hijos para otros, aunque en nuestros contextos nos parezcan extravagantes. Podrían ofrecerse por creencias religiosas, contribuir a llevar almas al cielo, por razones de patriotismo y traer hijos al mundo que engrandezcan a la nación. O por motivos más simples, como aquel tipo de motivos que hacen que incluso gente ilusionada que disfrute haciendo pan madrugue cada día para que tengamos pan en la mesa. No lo hace para que los demás estemos agradecidos (aunque, por hipótesis, no es descartable, pero raro sería), lo hace por su propio interés. Esto ya lo enseñó allá por 1776 en *The Wealth of Nations* el economista y filósofo escocés Adam Smith: “No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés”²⁸.

25 BELLOSO, N., “Presupuestos teórico jurídicos de los contratos biojurídicos”, *Persona y Derecho*, vol. 72, 2015, pp. 169-221; APARISI, A., “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, vol. 28, núm. 93, 2017, pp. 163-175; ALBERT MÁRQUEZ, M., “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Bioética*, vol. 28, núm. 93, 2017, pp. 177-198.

26 ATIENZA, M., “Propuestas para regulación de la gestación subrogada”, *op. cit.*, p. 19; Id., *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta, 2022, p. 71.

27 KANT, I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 139.

28 SMITH, A., *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, traducción de Gabriel Franco, 19ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 17.

El altruismo es indiferente para la validez de los contratos de gestación subrogada, mientras no haya coacción ni abuso de la necesidad. La compensación pecuniaria no minusvalora otros trabajos vocacionales o “gustosos”, del docente, un académico, un artista, una escritora o una cirujana, por mentar algunos, pues hemos de sustentarnos por igual los profesores que los barrenderos, las madres gestantes igual que las juezas o que cantantes famosos y actores de cine. Hace relativamente poco tiempo los medios de comunicación y las redes sociales anunciaron sorprendidas que la actriz y modelo Amber Heard se había convertido “en madre primeriza por un vientre de alquiler” (2 de julio de 2021). Es una más, entre tanta gente pudiente y famosa que acude a la gestación por subrogación, que está contribuyendo a normalizar estos contratos. Más reproches suscitó el anuncio de su reciente maternidad realizado por la actriz y presentadora Ana García Obregón²⁹, que a la edad de 68 años estaba feliz de haberse convertido en madre (en realidad, abuela) mediante gestación subrogada en Miami y, sobre todo, por haber utilizado el espermatozoides de un hijo biológico suyo que había fallecido de un cáncer a la edad de 27 años. En este caso, la célebre española recibió duros ataques de quienes probablemente pocos o ningún reproche habían hecho hasta ese momento a otros personajes parecidos, actores célebres o no, que también han utilizado estos contratos tan contestados. Tal vez fueran esos ataques tan desmesurados porque se vilipendiaba con encono a una persona que es mujer, que es mayor y que tiene unas opiniones políticas consideradas de derechas o afines, y esto cabe indicarlo con tristeza porque si hubiera lugar a algún reproche por algo eso mismo afectaría a todos o todas en la misma situación y no porque sean mujeres, sean viejas y sean conservadoras. También fue comentada la paternidad de otro artista archifamoso, el cantante puertorriqueño Ricky Martin, quien se mostraba muy ilusionado porque estaba recién “embarazado” de gemelas, según dijo ante los *media* exultante, el 30 de septiembre de 2019 –y padeció los reproches de quienes se ofendieron por utilizar a una mujer a su servicio para alcanzar lo que él y su pareja no podían obtener por otras vías, gastando enormes cantidades de dinero en clínicas que quizás remuneren muy poquito a quien le va a dar tan gran satisfacción. En efecto, esa expresión de alegría puede ser algo molesta para algunos y algunas, pero importa comprobar si el acuerdo con la madre gestante fue equilibrado para compensar su generosidad. La entrega de cantidades razonables, quizás –como se dice como orientación– en torno al triple del salario mínimo, aparte de atenciones médicas y jurídicas durante el embarazo, era más relevante.

No se puede considerar lo heroico y supererogatorio como único criterio de moralidad en el trabajo. Si hubiera que aceptar la validez jurídica de alguna modalidad de gestación subrogada, el precio por ese trabajo tendría que estar asegurado. Altruismo no significa gratuidad total, sino aportación de una remuneración suficiente y generosa. Quienes más cobran son las agencias

29 Revista *¡Hola!*, número 4105, del 5 de abril de 2023. URL: <https://www.hola.com/actualidad/20230329229082/ana-obregon-revista-hola-ha-sido-madre/>

intermediarias, clínicas y abogados, mientras que la persona en verdad imprescindible, la mujer, quien más pone de su parte, física y emocionalmente, obtiene en proporción menos rentabilidad por su dedicación.

Aun así, defender estos contratos incomoda. Como la tecnología reproductiva permite combinaciones inimaginables hace poco, las complicaciones pueden ser tremendas. Caben hijos de tres progenitores, cabe que los bebés sean rechazados por los comitentes si no satisfacen sus expectativas o padecen anomalías. La justificación de los contratos de gestación por sustitución, según los modelos de justicia liberal, procedimental, social e incluso el garantista, es insatisfactoria. La profesora Nuria Belloso ha mostrado con detalle que esos cuatro paradigmas de la justicia aplicados a este tipo de contrato biojurídico erosionan la estructura básica de moralidad, explotan la vulnerabilidad y afrentan la dignidad humana³⁰. Hay que ser restrictivo en cualquier caso e ir elaborando algunos criterios atendiendo al casuismo, para intentar objetivar las situaciones que acojan esta modalidad de gestación. Guiados por el principio de precaución, podemos suscribir de manera provisoria esta tentativa mediadora entre el abolicionismo y la facilitación de estos contratos. Podemos, también, incorporar algún argumento poderoso al margen de la lesión de la dignidad, para dar cabida a excepciones.

3.3. Estereotipos contrarios a la Igualdad

Consideremos las razones de Debra Satz³¹ acerca de regular y restringir los contratos de gestación subrogada, porque se trata de un trabajo que afecta a las mujeres con tal intensidad como para otorgar a terceros acceso y control del cuerpo y la sexualidad de ellas de una manera análoga al control que tienen los jefes militares sobre sus soldados. Pero lo verdaderamente objetable no es el grado de disponibilidad de las mujeres durante el embarazo, la invasión de su cuerpo y afectación de su modo de vida por las órdenes de otros supervisores. Para Satz, el problema principal no es el control ejercido sobre el cuerpo, sino el modo en que ello convalida una tradición de sometimiento fundada sobre la pertenencia a un grupo. Un embarazo contractual brinda a otros un mayor acceso y control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres, en un contexto político y social que a lo largo de la historia ha venido subordinando los intereses de las mujeres a los de los hombres.

De una segunda manera este contrato de embarazo contribuye a las desigualdades de género, porque refuerza estereotipos negativos de las mujeres como “*baby machines*”. Las aspiraciones de las mujeres son “moldeadas poderosamente por la estructura de oportunidades, pero también por las expectativas que ellas y

30 BELLOSO, N., “Presupuestos teórico jurídicos de los contratos biojurídicos”, *op. cit.*, pp. 217-221.

31 SATZ, D., *Why some things should not be for sale? The moral limits of markets*, New York, Oxford University Press, 2010, Capítulo 5.

otros tenían acerca de su rol en el hogar”³². La autopercepción de su función en la esfera social o en la doméstica, podría condicionar la imagen que las mujeres tienen de sí mismas, en el caso de que se extendiera esta práctica de gestar para otras.

Por último, este contrato aumenta el peligro de que se defina la maternidad en términos del material genético. Así fue en el caso *Baby M*, y ahora está sucediendo en la jurisprudencia actual, con claridad en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentadas en el aporte genético de los comitentes. Definen la maternidad por la aportación de genes y no por la contribución gestacional ni por la crianza. Es sorprendente que los tribunales estén recuperando la caduca biología de Aristóteles, en la cual la mujer era receptáculo pasivo y materia inerte, mientras que solo la simiente del varón tiene fuerza generativa. Pero la filiación no es solo biológica, sino legal y debería recoger modalidades acordes con la evolución social.

4. La jurisprudencia del TEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos está contribuyendo a encauzar los avances tecnológicos que afectan a los derechos mientras persiste el desajuste normativo entre la realidad social y la ausencia de legislación internacional uniforme.

La trayectoria activista del tribunal hace más delicada su política de autolimitación³³, porque deja la impresión de que, al menos desde el caso *Fjölfnisdóttir*, está orientada a facilitar no solamente la inscripción de los menores en los Registros nacionales, sino también la atribución de filiación a los padres comitentes, con independencia de que la gestación se haya producido en oposición a la legislación estatal. Esa actuación progresiva del TEDH produce como resultado un franco quebranto de la efectividad de la legislación nacional, como ya reconoció el propio tribunal³⁴. Con ello hay un vaciamiento de la regulación nacional por esa pérdida de eficacia y una correlativa deslegitimación de la autonomía legisladora de los Estados en esa materia. El TEDH corre el riesgo de sobrepasar su competencia como intérprete de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos humanos y convertirse más que en un legislador negativo en un Gran Moralizador, forzando a los Estados a reconocer la filiación y dejándoles únicamente la libertad de elegir los medios para establecer tal filiación, al amparo de la protección del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio Europeo. De ello

³² *Ibidem*, p. 130.

³³ GARCÍA SAN JOSÉ, D., “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, 2018, pp. 103-130.

³⁴ *Paradiso y Campanelli c. Italia* (Gran Sala), § 215.

es consciente el TEDH, que insiste en deslindar su competencia del margen de apreciación de los Estados, sobre todo en asuntos delicados de gran complejidad ética sobre los que no hay consenso entre los países europeos.

Los nuevos modelos de familia y las relaciones de filiación por medio de la Gestación subrogada están configurados por la doctrina jurisprudencial del TEDH, que desentona de las orientaciones más estrictas de las sentencias de los órganos jurisdiccionales nacionales.

Los casos que llegan a la jurisdicción europea son pocos, teniendo en cuenta la extensión de esta práctica en el mundo y el elevado número de personas que siguen acudiendo a la misma en los países de nuestro entorno a pesar de las restricciones normativas. Aun siendo pocos casos los que llegan a este nivel son muy dramáticos y el alto tribunal está generando una jurisprudencia progresiva que está consolidando la validez jurídica de la gestación por subrogación.

4.1. Vínculo biológico y lazos familiares

En los casos *Mennesson y Labassee contra Francia* (26 de junio de 2014)³⁵, el TEDH se pronunció sobre la negativa de las autoridades francesas a inscribir el certificado de nacimiento expedido en el extranjero de los menores (gemelos y una niña, en cada caso) nacidos mediante gestación subrogada en California y Minnesota. La misma doctrina sostuvo en casos sustancialmente idénticos, en *Foulon et Bouvet* y en el caso *Laborie*³⁶. En todos ellos la Corte juzga que no ha habido violación del derecho al respeto a la vida familiar de los demandantes (los padres comitentes y niños), sino del derecho al respeto de la vida privada de los niños concernidos. En *Mennesson*, el TEDH impuso a Francia la admisión de la inscripción de las hijas que tenían un vínculo biológico con uno de los padres de intención, basándose en el “interés superior del menor”.

El caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* (Gran Sala, sentencia de 24 de enero de 2017)³⁷, que sostiene en el fondo las mismas tesis anteriores, se vio afectado por la apreciación de las autoridades nacionales de comportamiento fraudulento de los padres de intención. Esto hizo que la mayoría del tribunal ratificara la actuación del Estado italiano por estimar que la privación a los padres intencionales de la custodia del niño y su entrega en adopción a otra pareja diferente no se oponía a los intereses del niño. No hay lesión al derecho a la vida privada y familiar, porque “la ausencia de todo vínculo biológico entre el niño y los padres intencionales, la corta duración de la relación con el menor y la precariedad de los lazos desde el punto de vista jurídico, y pese a la existencia de un proyecto parental y la calidad

35 *Mennesson y Labassee c. Francia*, de 26 de junio de 2014, nº 65192/11 y nº 65941/11.

36 *Foulon et Bouvet c. France*, de 21 de julio de 2016, nº 9063/2014 y nº 10410/2014; *Laborie c. Francia*, de 19 de enero de 2017, nº 44024/13.

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

de los lazos afectivos, el Tribunal estima que las condiciones que permitan concluir la existencia de una vida familiar *de facto* no se cumplen” (§ 157).

Esa apreciación de la mayoría de jueces de la Gran Sala del Tribunal (doce votos frente a cinco) es controvertida, porque la duración temporal mínima para ocasionar un vínculo emocional sólido es una cuestión de hecho y su apreciación es muy subjetiva, como lo acreditan la primera sentencia *Paradiso* de la Sección Segunda (27 de enero de 2015), que apreció justamente lo contrario, estimando la petición de los demandantes, y los numerosos votos discrepantes en la sentencia final de la Gran Sala. La noción de “familia” incorporada en el art. 8 del CEDH engloba lazos familiares *de facto*, no sólo las relaciones fundadas en el matrimonio sino otras al margen del mismo sin que exista unión marital y cuando la relación posea suficiente constancia. Por lo cual, la decisión del Tribunal *en concreto* se basó en una valoración de los tribunales italianos que no reconocieron el acta de nacimiento rusa, apreciaron fraude en el comportamiento de los padres y realizaron un test ADN cuyo resultado mostró la falta de vínculo biológico con el padre, de modo que las autoridades italianas obligaron a cortar muy pronto el contacto entre padres de intención y el niño. Sin embargo, la Sección 2ª apreció que los primeros seis meses de convivencia con el recién nacido eran muy intensos y generaban lazos emocionales fortísimos, de modo que el Estado italiano actuó mal por entregar al niño a los servicios sociales, aunque la sentencia precisa que esa vulneración no obliga ahora al Estado a revertir la situación devolviendo al menor a los demandantes, porque éste tiene una nueva identidad y lleva dos años acogido en otra familia con la que ha generado lazos afectivos³⁸. El tiempo de sana convivencia padres-hijos transcurrido vuelve a ser un aspecto decisivo, y lo seguirá siendo, veremos, casi más que el vínculo biológico. El tiempo produce consecuencias irremediables.

Con posterioridad el Tribunal ha emitido un Dictamen³⁹, con fecha 10 de abril de 2019, a petición del Tribunal de Casación francés, donde aclara que las normativas estatales deben prever el reconocimiento de la filiación entre el niño y la madre intencional, facilitando la adopción con prontitud y eficacia. Esta solución ha mostrado sus carencias, pues sabemos que no ha servido a la mujer noruega (caso *A.M. c. Noruega*)⁴⁰ para continuar criando al niño ni para ver reconocida su maternidad, aunque ella y su expareja se encontraban al inicio en la misma situación desde el comienzo del tratamiento de fertilidad hasta el nacimiento por gestación subrogada del bebé en el estado de Texas; y sin embargo, el hecho de que hubiera sido implantado semen del padre en un óvulo extraído de una donante anónima, hizo que el hombre viera reconocida su paternidad por la legislación noruega, mientras que la mujer A.M. debía iniciar un procedimiento de adopción,

38 Sentencia *Paradiso* (Sección 2ª), de 27 de enero de 2015, §§. 82-88.

39 Dictamen P16-2018-001, publicado el 10 de abril de 2019.

40 *A.M. c. Noruega*, nº 30254/18, de 24 marzo 2022.

que no pudo llevar a cabo porque la legislación noruega exige el consentimiento de la pareja, el cual no pudo obtener en esta ocasión ya que por entonces ambos habían roto su relación. Y ello a pesar de la validez del contrato de gestación subrogada conforme a la legislación texana, la renuncia de la madre gestante a sus derechos de filiación y que la madre comitente tenía certificación estadounidense de su condición de madre legal del niño X, además de su reconocimiento como tal por el tribunal de distrito del condado de Béxar, en San Antonio, Texas. Así que la prevalencia del varón por su aporte seminal le dio una posición ventajosísima al concentrar en exclusiva la autoridad parental, que aprovechó para impedir a la mujer A.M. relacionarse con el niño, mientras que él podía mantener en exclusiva la responsabilidad paterno-filial e iniciaba otra relación estable con otra mujer en una nueva familia.

El alejamiento entre la madre y el hijo cortando su fuerte conexión emocional acabó por tener consecuencias irreparables para las pretensiones de la demandante, como no pudo dejar de reconocer la presidenta de la Sección, la juez O'Leary en su voto concurrente⁴¹. En verdad, una discriminación obvia en este caso, producida por la defectuosa legislación nacional, a criterio de la juez Ivana Jelić en su voto discrepante⁴². En suma, un verdadero drama para la mujer noruega demandante que había puesto tanto empeño durante años en tener un hijo. Vio frustrada su petición de reconocimiento de la maternidad legal y tampoco obtuvo derechos de comunicación con el niño, aunque hubiera mantenido con él contacto intenso durante el primer año y medio y tenía voluntad firme de seguir, porque no reclamó derechos de contacto cuando su expareja le impidió acceder al niño, de modo que no pudo sustanciarse esa cuestión en Casación ni tampoco después en el TEDH.

Aunque anteriormente el TEDH parecía querer desprenderse del fetichismo biologicista en la relevante sentencia *Valdís Fjölvisdóttir y Otros contra Islandia*⁴³. Esta aporta dos novedades, pues el Tribunal se enfrenta por vez primera a un asunto que afecta a dos mujeres y porque insinúa la prevalencia de la filiación social frente a la biológica. Ahí resuelve el caso del niño X, con quien las mujeres comitentes no tenían vínculos genéticos. En esta ocasión tuvo en cuenta el largo periodo de convivencia familiar *de facto* y los estrechos vínculos emocionales entre el niño y las dos mujeres que pudieron cuidarlo durante las primeras etapas de su vida, reforzados por el acogimiento que les otorgó el Estado islandés, mientras se dilucidaba el procedimiento de adopción y a pesar de que ellas entretanto se habían divorciado. La legislación islandesa solo permitía acogimiento temporal hasta dos años, de modo que al cabo de ese tiempo solamente una de las mujeres podía adoptar al menor de forma permanente. El TEDH estimó una vez más que los Estados tienen amplio margen de discrecionalidad en estas materias que

41 *A.M. contra Noruega*, voto concurrente (Siofra O'Leary), § 8.

42 *A.M. c. Noruega*, voto particular (Ivana Jelić), § 15.

43 *Valdís Fjölvisdóttir y Otros c. Islandia*, de 18 de mayo de 2021, n° 71552/17.

implican delicadas cuestiones éticas sobre las que no hay consenso entre los estados europeos. El margen se restringe para proteger los derechos del Convenio y en este caso salvaguardar el interés del menor. Esto lo cumple la legislación islandesa que permitía proteger la vida privada y familiar a través de los cauces legales. Como ninguna de las mujeres era progenitora biológica, no fueron inscritas como madres directamente según el principio *mater certa est*, sino a través de los cauces establecidos por la legislación interna. La adopción conjunta era una opción abierta, hasta que se divorciaron.

El juez Paul Lemmens emitió un celebrado voto particular concurrente con la mayoría donde constata que la falta de reconocimiento de la filiación tiene impacto negativo igual para todos los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero, haya o no un vínculo biológico con sus padres intencionales. “En ambas situaciones, me pregunto si el limbo legal en el que se encuentra un niño puede justificarse sobre la base de la conducta de sus futuros padres o con referencia a las opiniones morales que prevalecen en la sociedad”. Y considera que la adopción es un medio de reconocer la relación padre-hijo, pero como demuestra este caso, no siempre es una solución para todas las dificultades que el niño puede estar padeciendo (Opinión concurrente, § 4).

Esther Farnós califica de “oportunidad perdida” la que brindaba al Tribunal de Estrasburgo el caso islandés para pronunciarse sobre el margen de discrecionalidad de los Estados para no otorgar efectos a la filiación cuando los menores no tengan vínculos genéticos con ninguno de los progenitores de intención. Al no reconocer vínculo legal de filiación y facilitar el acogimiento, el Tribunal habría mostrado un cierto prejuicio hacia la familia no convencional formada por una pareja de mujeres, pues la solución del acogimiento es secundaria respecto de la adopción⁴⁴.

4.2. La expansión del interés superior del menor

Hay otro pronunciamiento del TEDH donde continúa la línea ya marcada en *Fjölfnisdóttir*, devaluando en apariencia la importancia del elemento biológico en favor de la paternidad social, aunque en este caso concreto ello sea debido a la interpretación del interés superior del menor después de llevar integrado en otra familia desde su nacimiento, en muy buenas condiciones y querido en la familia legal, aunque esa situación hubiera sido provocada por la actuación deficiente de las instituciones nacionales, dada la dilación excesiva de los tribunales franceses en resolver la petición de filiación del padre biológico. Se trata del caso *A.L. contra Francia* (abril de 2022)⁴⁵. El caso tiene la peculiaridad de referirse a un contrato de “gestación para otros” celebrado en Francia, en el cual el demandante (y su

44 FARNÓS AMORÓS, E., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Revista de bioética y derecho*, Nº. 56, 2022, pp. 42-44 y 50.

45 *A.L. contra Francia*, nº 13344/20, de 7 de abril de 2022.

compañero el Sr. Ma.) había contactado a través de internet con una mujer para contratar la gestación de su hijo, aportando su propio semen. Aceptado el contrato mediante precio, antes de finalizar el embarazo la madre biológica decidió entregar al niño, también interviniendo precio, a otra pareja distinta el Sr. R. y esposa. La gestante fue denunciada por su hermana y en 2013 el Estado francés abrió un procedimiento penal contra todos los involucrados, mientras que a la vez el primer contratante que aportó el espermatozoides, frustrado en sus expectativas inició la reclamación civil de su paternidad.

El juez de primera instancia demoró más de tres años y ocho meses su decisión en favor del reclamante, cuyos efectos se suspendieron en apelación, esperándose año y medio más hasta el fallo y otro tanto hasta la sentencia en casación. Desde el inicio de las reclamaciones, el bebé que tenía tres meses de edad ya cumplía más de seis años cuando se agotó la vía interna. Tan prolongado tiempo acredita a juicio del TEDH que el Estado francés incumplió su deber de diligencia que ha de ser más extremada cuando está en juego la relación de una persona con su hijo. El transcurso de excesivo tiempo malogra la solución de la cuestión planteada ante los hechos consumados, “*la question soit tranchée par un fait accompli*”⁴⁶. Por esta causa el Tribunal europeo estima que el Estado francés violó el art. 8 del Convenio y lo condena a indemnizar por daños morales a una cantidad de 5.000 € y las costas. Sin embargo, ello no supone en esta ocasión alterar la filiación consolidada.

La sentencia *A.L. c. Francia* retoma el peso indiscutible que tiene la realidad biológica en casos como el presente, pero ese elemento se evapora ante el interés superior del menor cuando ambos no concuerdan⁴⁷. Analizando *in concreto*, la Corte comprueba que los tribunales nacionales ya acreditaron que era interés superior del niño S. tener un estatuto jurídico estable, que el niño evolucionaba en buenas condiciones con la familia y que si tenía derecho de conocer sus orígenes también tenía derecho de vivir serenamente con la familia actual que le cuidaba desde su nacimiento. Prevalciendo el interés superior del menor, podría satisfacerse el derecho del padre biológico a tener relación con su hijo de otras maneras distintas a la de concederle el estatus de padre legal, lo cual depende del margen de apreciación de cada Estado⁴⁸.

El caso *D. B. c. Suiza*⁴⁹ refuerza la importancia del vínculo genético para obtener el reconocimiento legal de la filiación. Aquí están afectados una pareja de hombres inscrita como unión civil en el registro legal suizo, los señores D. B. y Ma. B., junto con el niño M. B. nacido en el extranjero por gestación sustituta. El hecho

46 *A.L. c. Francia*, § 54.

47 *A.L. c. Francia*, § 61.

48 *A.L. contra Francia*, § 62, con referencia al asunto *Ahrens c. Alemania*, §75, de 22 de marzo de 2012, nº 45071/09.

49 *D. B. y otros c. Suiza*, nos. 58817/15 y 58252/15, de 22 de noviembre de 2022.

de que la pareja sea homosexual en nada afecta al caso, aunque esa peculiaridad que se indica en la sentencia (§84) para resaltar la diferencia de otros supuestos (caso *D. c. Francia*)⁵⁰ desvía la atención a una cuestión de discriminación que no se alega ni repercute aquí en la resolución del asunto, cuyo interés no depende de la orientación sexual de los padres. Porque lo decisivo, lo veremos una vez más, es la existencia de lazos biológicos con uno de los progenitores y la expansión que provoca el Tribunal europeo de las recomendaciones del Dictamen consultivo de 2019 por el cual presiona a los Estados para que faciliten la filiación al otro miembro de la pareja cuando el padre de intención haya aportado gametos.

En esta ocasión, las autoridades suizas inscribieron en el registro civil el acta otorgada por el tribunal californiano que había validado el contrato de gestación subrogada y declarado como padres legales a ambos padres comitentes. Pero en Suiza sólo se reconoció en el registro civil del cantón de San Galo como padre legal al Sr. Ma. B. que era también padre genético, mientras que su compañero el Sr. D. B. vio rechazada la inscripción. El rechazo se basa en la ley federal suiza de derecho internacional privado, que prohíbe reconocer una decisión extranjera contraria al orden público. Ciertamente Suiza prohíbe la maternidad subrogada, por lo cual ese segundo padre comitente (que no había aportado el esperma) no tenía derecho de registrar la filiación, ni por entonces tampoco podía adoptar conforme a la legislación vigente en Suiza, pues sólo a partir de 1 de enero de 2018 se extendió esta posibilidad de adoptar a todos los matrimonios, sin excluir a parejas o uniones civiles registradas (y hasta varios años después, en 2022, no se legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo). Esta situación fue reconocida por los tribunales suizos y por el Tribunal Federal, habiendo constatado que los demandantes habían provocado ellos mismos esta situación de hechos consumados para obtener el lazo de filiación mediante un fraude de la ley nacional. El Tribunal Federal constata en el caso concreto que al admitirse la sentencia californiana en lo concerniente al vínculo de filiación entre el niño y su padre genético, a pesar de no reconocerlo respecto del otro demandante, estaba garantizado el interés superior del menor. En efecto, el menor M. B. estaba protegido al gozar de un padre legal porque había sido inscrito el vínculo filial al ser éste su progenitor genético y portaba su apellido; tenía reconocida la nacionalidad suiza (además de la estadounidense); y el niño convivía desde siempre (llevaba dos años) con la pareja de hombres. No obstante, el Tribunal Federal admitía que el niño se encontraba en una situación de incertidumbre jurídica únicamente respecto del primer demandante, el Sr. D. B., con quien no había sido registrado. Aun así, gozaba de alguna relación jurídica porque la legislación suiza reconocía a las parejas civiles derechos y deberes de asistencia. Por lo cual el menor jamás estaría desamparado.

En el intervalo de presentación de la demanda ante el Tribunal de Estrasburgo y la sentencia de éste, se produjo un cambio legislativo en el país que permitió

50 *D. c. Francia*, nº 11288/18, de 16 de julio de 2020.

tramitar procesos de adopción a parejas homosexuales registradas o casadas. En el supuesto que describimos el muchacho pudo ser adoptado por el Sr. D. B. ocho años después de su nacimiento.

Teniendo esto en consideración, el TEDH reconoce la aplicación especial de los principios elaborados en asuntos precedentes, aunque aquí haya una pareja del mismo sexo unida por unión civil registrada ("*partenariat enregistré*"). Verifica que se cumplan los principios en favor del superior interés del menor y recuerda que los Estados tienen algún margen de actuación mayor para fijar los medios para establecer o reconocer la filiación. En este sentido, el Tribunal constata que en el momento del nacimiento de M. B. por gestación subrogada en California, la legislación suiza no admitía la adopción por parejas no casadas y que hasta el cambio legislativo, transcurrieron entre siete u ocho años durante los cuales el niño y el demandante (el hombre que no era padre genético) carecieron de cualquier posibilidad de lograr el reconocimiento de su relación paternofilial de modo definitivo. Esto ha provocado al menor una gran inseguridad jurídica durante demasiado tiempo, lo cual es incompatible con los principios establecidos en la jurisprudencia precedente y con el interés superior del menor "en la medida en que ello puede colocarle en la inseguridad jurídica sobre su identidad en la sociedad y privarlo de la posibilidad de vivir y de evolucionar en un medio estable"⁵¹. Por ello, el fallo declara la violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos respecto de la vida privada del menor. En cambio, no hay afectación de la vida familiar del menor, ni tampoco la de los padres demandantes.

Es interesante constatar que el voto particular concordante del juez Frédéric Krenn, entre otras consideraciones, llama la atención del papel relevante en la fundamentación del fallo del Dictamen consultivo (de 10 de abril de 2019), lo cual es problemático porque constituye el llamado derecho blando o *soft law* que no constriñe ni obliga directamente a los Estados que no hayan ratificado el Protocolo n.º 16 del CEDH. Igualmente se refiere a los Dictámenes o "*avis consultatifs*" como instrumento de diálogo entre jurisdicciones la jueza Elósegui en su voto parcialmente discrepante, si bien hace amplias consideraciones sobre el razonamiento correcto del tribunal supremo federal suizo y destaca la importancia que concede a los derechos de las mujeres gestantes. Este último aspecto es reseñable porque no lo encontramos en los argumentos del Tribunal Europeo, desde luego que no tan extensamente desarrollado ni en votos particulares, y porque describe diáfano las consecuencias a las que están conduciendo las sentencias europeas: se vacía la protección del niño contra su mercantilización y del comercio del cuerpo de la mujer gestante cuando el fraude de ley cometido por los padres comitentes o de intención se ve recompensado como un hecho consumado que obliga a los Estados a reconocer los lazos filiales⁵². Observa, además, que la

51 *D. B. y otros c. Suiza*, § 88. Con apoyo en el Dictamen n.º P16-2018-001, §§ 40-42.

52 *D. B. y otros c. Suiza*, voto particular (juez Elósegui), § 17.

gestación subrogada no tendría que considerarse una excepción a la prohibición de compra de bebés, en el marco del delito de trata⁵³.

Apenas un par de semanas después, el Tribunal resolvió de manera muy similar otro caso presentado por un matrimonio danés que tuvo dos niños gemelos a través del contrato de maternidad subrogada celebrado en Ucrania⁵⁴. Los niños fueron traídos a Dinamarca dos meses después de nacer y adquirieron la nacionalidad por el vínculo genético que tenían con el padre que había aportado gametos, mientras que las autoridades danesas otorgaron la custodia de los niños conjuntamente a los esposos. Conforme a la legislación nacional, la relación de filiación se reconoce a los progenitores biológicos, por lo cual la madre legal era la mujer gestante ucraniana y no la madre de intención. Ésta solicitó la adopción como esposa del padre biológico, pero la administración primero y los tribunales después desestimaron esa pretensión, hasta llegar al Tribunal Supremo. Los motivos que recoge son prácticamente similares a los que había utilizado el tribunal federal suizo, como es obvio para adaptar la interpretación jurisprudencial europea de respeto al interés primordial del menor a preservar su identidad con el respeto a la legalidad vigente que prohíbe los acuerdos de maternidad que involucran dinero y que rechaza la adopción cuando la persona que preste su consentimiento a ella haya pagado o recibido remuneración. El Tribunal Supremo danés invoca la sentencia *Paradiso* (Gran Sala, §215) para denegar el interés de la madre de intención a ser reconocida como madre adoptiva de los gemelos, porque admitirlo equivaldría a legalizar una situación que ella ha creado al pagar a alguien (a la madre gestante ucraniana) para que consintiera en la adopción contraria a la ley danesa. Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo constata que el rechazo de la petición de adopción es indiferente al interés de los menores, pues estos ya tienen reconocida la nacionalidad danesa, el matrimonio comparte la custodia y la mujer –que es la esposa del padre biológico que tiene reconocida la filiación– comparte deberes de cuidado con su pareja respecto de los niños. Incluso si el matrimonio se divorciara, separara o el padre genético falleciera, la mujer retendría la custodia y dispondría de otros derechos testamentarios conforme a la legislación nacional.

La argumentación se cuida de mostrar la protección prevalente de los niños, teniendo en cuenta la legislación nacional y asegurando que integra los criterios asentados por la interpretación del tribunal europeo; y sólo después, el Tribunal Supremo (el danés ahora, igual que antes el suizo) afirma el respeto de la legislación vigente que prohíbe los contratos de maternidad por subrogación para evitar que los niños sean mercancías y con el propósito de desalentar la explotación de mujeres vulnerables mediante los acuerdos de gestación subrogada comercial.

No obstante la cuidadosa argumentación del alto tribunal de Dinamarca, el TEDH aprecia que no hubo lesión del derecho de las partes demandantes a la vida

53 Voto particular (María Elósegui), §§ 22-28.

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

familiar ni del derecho a la vida privada de la madre de intención. Pero sí apreció vulneración del derecho a la vida privada de los dos menores, porque la falta de reconocimiento de la adopción de la madre intencional tiene un impacto negativo en la vida privada de los niños al dejarlos en una posición de inseguridad jurídica respecto de su identidad dentro de la sociedad⁵⁵.

El interés preferente del menor a mantener su identidad ha sido dotado de un contenido consistente en el derecho de conocer quiénes son sus padres y de permanecer con ellos. Este derecho a la identidad ha sido utilizado por el TEDH como principio basilar para aplicar la exigencia de vínculo genético entre el menor y uno al menos de los progenitores intencionales, pero esta instrumentalización tiene graves inconvenientes, que sintetiza bien la profesora Farnós, pues choca con los ordenamientos que preservan el anonimato de los donantes de gametos, como el español, además de que tampoco respeta el principio de igualdad de trato respecto de las personas que acceden a la reproducción aceptando gametos de terceros, y se desvía de las tendencias modernas de formación de familias por la voluntad sin requerir lazos biológicos⁵⁶.

La última sentencia a la que hemos podido acceder hasta esta fecha fue resuelta en agosto de 2023 con la orientación ya conocida⁵⁷. La demanda es consecuencia del rechazo de las autoridades italianas a reconocer el vínculo filial establecido en el acta de nacimiento ucraniana entre la niña C., nacida en el extranjero mediante gestación subrogada, y sus padres, su padre biológico (el Sr. L. B.) y su madre de intención (la Sra. E. A. M.). Por lo cual la niña que tiene cuatro años sigue siendo apátrida. Se rechazó tanto la inscripción íntegra del acta de nacimiento extranjera como la solicitud subsidiaria de inscripción parcial de la filiación solo respecto del padre biológico.

El criterio general que viene manteniendo el TEDH es que el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, lo cual incluye la filiación (*Mennesson*, § 96; y todavía más acentuado en las sentencias precedentes de 22 de noviembre y 6 de diciembre de 2022). La jurisprudencia interpreta que el art. 8 del CEDH exige que el Derecho interno de los Estados ofrezca la posibilidad de reconocer la filiación entre un niño nacido por gestación subrogada en el extranjero y el progenitor comitente cuando sea el padre biológico. Ese es el principio básico que deja escaso margen de apreciación a los Estados, los cuales tienen, sin embargo, mayor discrecionalidad para establecer los medios. Ello es así porque no hay un consenso europeo al respecto y porque la identidad del individuo -que, como sabemos, implica conocer su filiación- se pone menos en juego cuando se deja a los Estados libertad para fijar los medios

55 *K. K. y otros c. Dinamarca*, § 72. Con apoyo en el Dictamen n.º P16-2018-001, § 40.

56 FARNÓS AMORÓS, E., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético”, *op. cit.*, pp. 32-36.

57 *C contra Italia*, n.º 47196/21, de 31 de agosto de 2023.

que reconozcan la filiación. El Tribunal constata que la falta de reconocimiento del lazo de filiación entre la niña y el padre de intención tiene consecuencias negativas sobre aspectos del derecho del menor respecto de su vida privada y que le perjudica porque le coloque en una forma de inseguridad jurídica en cuanto a su identidad⁵⁸. Es interés del menor que la inseguridad dure lo menos posible y por consiguiente los Estados tienen un deber de diligencia excepcional cuando está en juego la relación de una persona con su hijo, para evitar que el transcurso del tiempo culmine en una situación de hechos consumados. Compete a cada Estado dotarse del adecuado arsenal jurídico para asegurar sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del Convenio europeo y, en consecuencia, determinar las modalidades para establecer o reconocer la filiación de un niño nacido en el extranjero mediante gestación subrogada⁵⁹.

El Tribunal se limita a verificar que el proceso de toma de decisiones estatal sea adecuado para asegurar los intereses implicados. En este caso concreto falla por mayoría que hubo quebranto del artículo 8 cuando se rechazó establecer la filiación entre la niña y su padre biológico, mediante la inscripción del acta, porque derivar al padre a iniciar un proceso de adopción conlleva alargar el proceso sin tener un resultado rápido y eficaz, habiendo mantenido a durante cuatro años a la niña en una situación prolongada de incertidumbre o inseguridad⁶⁰. En cambio, respecto de la madre intencional, el Tribunal declara por unanimidad que no se vulneró su derecho, porque el Estado italiano actúa dentro de su margen de apreciación ya que permite iniciar un procedimiento de adopción en casos particulares, que podía emprender la madre de intención.

El TEDH hace, como vemos, un reproche a las autoridades italianas por su excesivo “formalismo” que ha conducido a dilatar tanto tiempo el reconocimiento de la filiación con el padre biológico, derivando a éste a que tramitara el expediente de adopción. Mientras que la vía de la adopción para la madre de intención no suscita reproche alguno. Esto prueba que se consolida, si cabe con más firmeza todavía, la importancia del vínculo biológico para imponer a los Estados la necesidad de que reconozcan de inmediato la relación paterno-filial cuando un progenitor que haya infringido la ley nacional acudiendo a un acuerdo de gestación por subrogación en el extranjero, sin embargo haya aportado gametos. Está aún por definir cuál sería la posición del TEDH respecto de supuestos en que la gestación subrogada sea promovida por una mujer sola con vínculo genético con el menor, o en concurrencia con un padre de intención sin dicho vínculo. Ni tampoco se ha planteado el supuesto de una madre de intención sin vínculo genético que accede en solitario. La decisión en esos supuestos y su motivación “obligaría al Tribunal a valorar si la conexión genética de la madre de intención con el menor es un vínculo

58 *C c. Italia*, §§ 56-57.

59 *C c. Italia*, §§ 58-60.

60 *C c. Italia*, §§ 66-68.

suficiente por sí solo para poder determinar la filiación materna, como sucede con el padre de intención, o bien si...se da una situación de desventaja”⁶¹.

5. Conclusiones

En primer lugar tenemos que expresar nuestra perplejidad por el alejamiento de las preocupaciones generales, por un lado, de la ciudadanía y de los activistas movilizados contra la extensión del negocio reproductivo, que desplaza el mercadeo con niños y alquiler de vientres hacia mujeres jóvenes, con sesgo colonial y de clase baja y, por otro, de las soluciones jurisprudenciales que en el ámbito europeo están contribuyendo a consolidar la validez jurídica de una práctica que las legislaciones nacionales prohíben. En la práctica se ampara a los niños y a los padres de intención, dejando por completo ausente de la respuesta pretoriana del alto tribunal europeo a la mujer gestante residente en un tercer país, ya que la función de esta instancia es interpretar los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos conforme a la evolución social.

Por otra parte, podemos en principio admitir con Debra Satz la tesis de la asimetría entre el trabajo reproductivo y otros trabajos y que contratos de este cariz son especialmente problemáticos. No tanto porque el contenido del servicio degrade a la mujer, que también (hay muchos trabajos penosos y absorbentes que ponen en riesgo la autonomía personal), ni porque aliene a la mujer de una parte fundamental de su identidad (como opina Carole Pateman), sino porque refuerza una división tradicional del trabajo asentada en una jerarquía de género. De todos modos, incluso en sociedades que hubieran alcanzado un elevado grado de igualdad de género, seguirían existiendo enormes reparos a la comercialización de servicios corporales íntimos como a la admisibilidad de la regulación jurídica de estos contratos de embarazo.

Importa asegurar que la mujer ofrezca su trabajo reproductivo sin presiones derivadas de una situación de vulnerabilidad extrema; ponderar los efectos de esta práctica sobre otras desigualdades confluyentes por motivos raciales, étnicos, de clase social o religión; garantizar a los niños la evitación de cualquier daño. Por eso debemos extremar la cautela al regular este tipo de contratos. Amparar la autonomía de la mujer requiere que la legislación impida la exigibilidad de cumplimiento judicial específico a la madre gestante y requiere reconocer su derecho a arrepentirse; en los casos disputados, los tribunales no deberían distinguir entre padres genéticos y los subrogantes en relación a derechos parentales; debe minimizar la intervención de agentes intermediarios (Debra Satz pide su ilegalidad), para fortalecer la posición de la subrogante. Hay que asentar una tipología de situaciones donde sea admisible la maternidad por sustitución, contando con criterios que ya están expuestos a discusión pública entre académicos

61 FARNÓS AMORÓS, E., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético”, *op. cit.*, pp. 41-42.

y cuyos estándares mínimos tendrían que acordarse en el Derecho internacional⁶², al menos para resolver los problemas de infertilidad y esterilidad estructural, que afectan a las mujeres que no pueden gestar y a los hombres, como hace María José Cabezudo explicando sistemas legales como los de California y Nevada⁶³.

Sin embargo, la mejor manera de proteger a las mujeres, a los niños y a los padres o madres comitentes tiene que considerar la diversidad regulativa internacional y el hecho de la intensidad de los deseos de ser padres y madres que están acudiendo a las nuevas técnicas de reproducción humana mediante unos contratos de embarazo celebrados en países que legalizan estas prácticas. La legislación prohibitiva, ya sea declarando nulos los contratos de gestación por subrogación o imponiendo sanciones a los incumplidores, está demostrando su ineficacia. En último término, los tribunales nacionales e internacionales acaban teniendo que aplicar el principio de protección del interés superior del menor. Este principio, tal como está siendo entendido por el TEDH, adquiere un contenido proteico justificado por el prevalente derecho del menor a conocer su identidad, y ello a través de la relevancia del vínculo genético con alguno de los progenitores para atribuir la filiación con rapidez y eficacia. Esto deja poco margen real a las legislaciones nacionales para estorbar los contratos de gestación en terceros países.

Las primeras sentencias del Tribunal de Estrasburgo reconocían algunos efectos limitados, según las circunstancias de cada caso, para proteger al menor, mientras que sentencias posteriores han ido ampliando el reconocimiento de fórmulas que permiten a las legislaciones estatales conciliar su regulación con el respeto al Convenio. En la medida en que el TEDH reconoce la adquisición de la filiación del progenitor (padre de intención) que aporta material genético (normalmente, el esperma) hace que las legislaciones estatales tengan que posibilitar la adquisición de la filiación del otro compañero o compañera intencional a través de la adopción u otros medios, mientras se resistan a inscribir el acta de filiación expedido por la autoridad oficial del país en donde se realizó la gestación subrogada. Negar reconocimiento directo al acta oficial o resolución judicial extranjero es la traba que utilizan todavía los Estados para desalentar a sus nacionales de contratar una mujer gestante en el extranjero, pero esto ha sido reprochado por el Tribunal europeo en los últimos casos, *K.K c. Dinamarca* y *C contra Italia*, si bien la necesidad de inscribir al progenitor biológico estaba ya perfilada desde el asunto *Mennesson*. Siempre debe prevalecer el derecho del menor a su vida privada y familiar.

62 El Consejo de Política y Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCC) creó en 2015 un Grupo de Expertos sobre la filiación legal de los niños y los acuerdos internacionales de gestación subrogada, que emitió un Informe final en noviembre de 2022, a partir de cuya fecha se ordenó un Grupo de Trabajo que se ha reunido en marzo y noviembre de 2023. Acceso a la documentación [19/12/2023]: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

63 CABEZUDO BAJO, M^a J., *Desarrollo de un modelo de gestación por sustitución o surrogacy en el marco de la jurisdicción*, Granada, Comares, 2021.

Entonces, el margen de apreciación de los Estados para regular de una manera o de otra, se reduce tanto como para hacer mínimamente creíble la opción prohibicionista. Si las legislaciones nacionales deben facilitar la guarda, acogimiento o la adopción, al final de estos procedimientos adquisitivos de filiación el resultado es que los padres de intención consolidan la paternidad legalmente. La única opción estatal es demorar o acelerar los mecanismos para desembocar en el resultado final. Ya no cabe la opción legislativa de rechazar definitivamente el reconocimiento de efectos, lo único que cabe es modular el intervalo de tiempo para alcanzarlos.

El TEDH valora todos los elementos en función del superior interés del menor, a partir del cual entran en juego la existencia de vínculos biológicos con alguno de los padres intencionales y la creación de lazos afectivos o emocionales fuertes y estables, por lo cual la duración de la relación de cohabitación entre los padres con el niño acaba por tener un peso definitivo. El paso del tiempo suficiente se convierte en el factor clave para que el Tribunal reconozca la existencia de una vida familiar. Lo que sea considerado suficiente y no demasiado corto es resultado de circunstancias de hecho difícilmente objetivables. La duración del tiempo como elemento definitivo para consolidar el afecto paterno filial depende, en muchas ocasiones, de factores que podrían frustrar la convivencia sin intervención de la voluntad de las partes o de los cuidadores o en contra de la misma, por mala fe o negligencia de terceros, sean estos particulares o instituciones públicas; como hemos conocido, entre los casos resueltos por el Tribunal se valoran consecuencias producidas incluso por causa del funcionamiento ordinario de tribunales nacionales y de organismos administrativos que evalúan las condiciones de las partes demorando sus decisiones o adoptando medidas cautelares que rompen el contacto padres-hijos y hacen irreversible un nuevo estado de hecho.

Con todos los esfuerzos del Tribunal, sin embargo, la casuística muestra el calvario que pasan algunos de los padres comitentes y la inseguridad jurídica para todos los intervinientes. Aún más, en la casuística destaca la ausencia clamorosa de preocupación por la gestante contratada, a quien apenas se hace mención en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, salvo en meritorias excepciones en votos particulares.

6. Bibliografía

ALBERT MÁRQUEZ, M. (2017). “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII (93), pp. 177-198.

- AMEZÚA AMEZÚA, L. C. (2023). “Salud reproductiva y derechos humanos en la gestación subrogada: argumentos en conflicto”. En J. C. Suárez Villegas y S. Marín Conejo (coord.), *Debates en torno a la comunicación, la igualdad de género y los derechos humanos* (pp. 339-356). Madrid: Dykinson.
- APARISI MIRALLES, A. (2017). “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII (93), pp. 163-175.
- ATIENZA, M. (2018). “Propuestas para regulación de la gestación subrogada”. *Boletín Maternidad Subrogada. Juezas y Jueces para la Democracia*. 16 Abril 2018, pp. 18–21. URL: <http://www.juecesdemocracia.es/2018/04/16/boletin-tematico-jornadas-aternidad-s/>
- ATIENZA, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Madrid: Trotta.
- BELLOSO MARTÍN, N. (2015). “Presupuestos teórico jurídicos de los contratos biojurídicos”. *Persona y Derecho*, 72, pp. 169-221.
- BELLVER CAPELLA, V. (2015). “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones: el caso de la maternidad subrogada internacional”. *Scio. Revista de Filosofía*, 11, pp. 19-52.
- BLOCK, W. (2018). *Defending the Undefendable*. Auburn: Mises Institute.
- CABEZUDO BAJO, M^a J. (2021). *Desarrollo de un modelo de gestación por sustitución o surrogacy en el marco de la jurisdicción*. Granada: Comares.
- DE LORA, P. (2018). “Gestar para otros: una ecografía de las falacias”. *Dilemata*, 28, pp. 76-86.
- DE LORA, P. (2019). *Lo sexual es político (y jurídico)*. Madrid: Alianza.
- ESTELLÉS PERALTA, P. M. y SALAR SOTILLO, M^a. J. (dir.) (2023). *Maternidad subrogada. La nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2021). “Más allá del reconocimiento: Propuestas para regular la gestación por sustitución”. En A. Carrió Sampedro (ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación* (pp. 131-186). Madrid: Marcial Pons.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2022). “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”. *Revista de bioética y derecho*, 56, pp. 29-54.

- GARCÍA SAN JOSÉ, D. (2018). “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, pp. 103-130. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.04>
- GUERRA PALMERO, M^a. J. (2018). “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La ‘gestación subrogada’ como nuevo negocio transnacional”, *Dilemata*, 26, pp. 39-51.
- KANT, I. (2002). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, traducción de Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Alianza Editorial.
- LAMM, E. (2012). “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. *InDret. Privado*, 3.
- LEE, D. R. (2001). “Mercados y libertad”, *El Cato Institute*, en su página en español *ElCato.org*, 07/06/2001. URL: <https://www.elcato.org/mercados-y-libertad>
- NUÑO GÓMEZ, L. (2016). “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”. *Isegoría*, 55, pp. 683-700.
- PATEMAN, C. (1988). *The Sexual Contract*. Stanford: Stanford University Press.
- PHILLIPS, A. (2013). *Our Bodies, Whose Property?* Princeton: Princeton University Press.
- POSNER, R. (1989). “The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood”. *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 5, pp. 21-31.
- SATZ, D. (2010). *Why some things should not be for sale? The moral limits of markets*. New York: Oxford University Press.
- SMITH, A. (2014). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, traducción de Gabriel Franco. 19^a reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.
- SUÁREZ LLANOS, L. (2019). “La gestación y su derecho. En-clave jurídico, ético y racional”. En M. I. Núñez Paz y P. Jiménez Blanco (Eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos* (pp. 101-135). Valencia: Tirant lo Blanch.
- WEST, R. (2000). *Género y teoría del derecho*, traducción de Pedro Lama. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre.

7. Jurisprudencia

7.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ahrens c. Alemania (Sección 5ª), nº 45071/09, de 22 de marzo de 2012.

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

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

Paradiso y Campanelli c. Italia (Sección 2ª), nº 25358/12, de 27 de enero de 2015.

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

Foulon y Bouvet c. Francia (Sección 5ª), nº 9063/14 y 10410/14, de 21 de julio de 2016.

Karine Laborie y otros c. Francia (Sección 5ª), nº 44024/13, de 19 de enero de 2017.

D. c. Francia (Sección 5ª), nº 11288/18, de 16 de julio de 2020.

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

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

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

D.B. y otros c. Suiza (Sección 3ª), nº 58817/15 y nº 58252/15, de 22 de noviembre de 2022.

K.K. y otros c. Dinamarca (Sección 2ª), nº 25212/21, de 6 de diciembre de 2022.

C. contra Italia (Sección 1ª), nº 47196/21, de 31 de agosto de 2023.

7.2. Dictámenes del TEDH

Advisory Opinión P16-2018-001 (Gran Sala), publicada el 10 de abril de 2019.

7.3. 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), 31 de marzo de 2022. ECLI:ES:TS:2022:1153.