
Aránzazu Novales Alquézar. Profesora Ayudante Doctora de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Profesora en grado y posgrado e investigadora de varias universidades, con numerosas estancias de investigación postdoctorales en diversos países europeos (Francia, Italia) y americanos (Chile, Argentina, USA) habiendo sido *Visiting Scholar* de la Universidad de Columbia en Nueva York. Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y de la Real Academia de Doctores de España.

Ha recibido varios premios de investigación tales como el V Premio de Investigación Feminista «Concepción Gimeno de Flaquer» del Seminario Interdisciplinar de Estudios de la Mujer de la Universidad de Zaragoza en 2002. Asesora de las Cortes de Aragón en materia de violencia machista. Es autor de cuatro libros publicados y de más de 30 capítulos de libro y artículos sobre Igualdad y no discriminación, Derecho de Familia, Filosofía del Derecho, Derecho comparado y Filosofía Moral, en revistas científicas europeas y americanas, tales como *Revista Jurídica del Notariado*, *Revista Chilena de Derecho*, en *Thémata*. *Revista de Filosofía y Aequalitas*. *Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, y en editoriales de prestigio tales como Springer, Thomson Reuters Aranzadi, Comares y Dykinson, entre otras.

Contacto: aranzazu.novales@urjc.es

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA DONACIÓN DE GAMETOS Y LA MATERNIDAD SUBROGADA¹

María Aránzazu Novales Alquézar

Universidad Rey Juan Carlos

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD AND THE POSITION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON GAMETE DONATION AND SURROGACY

1. Fecha de recepción: 10 de enero 2021; fecha de aceptación: 20 de febrero 2021. El ensayo es fruto de un proyecto de investigación desarrollado por el Departamento de Derecho Público II y Filología I, Universidad Rey Juan Carlos, INGÉS-DICUL, Grupo de Investigación y Alto Rendimiento en Inmigración y Gestión de la Diversidad Cultural.

Resumen

Los problemas jurídicos y éticos que generan las nuevas técnicas de reproducción asistida están siendo objeto de atención especializada en los últimos años. Uno de ellos surge cuando la filiación de los nacidos se determina conforme al Derecho del Estado de destino, y se pretende el reconocimiento de la misma en un país en el que tal filiación no es admitida, como es el caso de España en cuanto a la gestación subrogada. El TEDH ha salido al paso de los problemas generados en algunos países como Francia o Italia, en relación con el *interés superior del menor*. La mayoría de las sentencias se refieren a la llegada a países europeos que prohíben la gestación subrogada, como consecuencia de procesos seguidos en el extranjero donde se ha realizado el acuerdo para desarrollar el proceso de esta gestación, que se encuentra prohibida en muchos países europeos.

Palabras clave

Maternidad subrogada, Donación de gametos, Jurisprudencia, Interés superior del menor, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

The legal and ethical problems generated by the new assisted reproduction techniques have been the object of specialized attention in recent years. One of them arises when the filiation of the born is determined in accordance with the law of the State of destination, and recognition of it is sought in a country in which such filiation is not admitted, as is the case of Spain regarding surrogacy. The ECHR has dealt with the problems generated in some countries such as France or Italy, in relation to the *best interest of the minor*. Most of the sentences refer to the arrival in European countries that forbid surrogacy, as a consequence of processes followed abroad where the agreement has been made to develop the process of this pregnancy, which is prohibited in many European countries.

Keywords

Surrogate motherhood, Gamete donation, Jurisprudence, Best interest of the minor, European Court of Human Rights.

Introducción

El turismo reproductivo se encuentra hoy en día en franco aumento. El alquiler de útero y la donación de gametos transnacional se configura como *intimate industry* y recibe diversas denominaciones tales como «turismo reproductivo», «turismo procreativo», «reproducción transnacional», «exilio reproductivo» o «reproductive travel» («reprotravel»). Este «turismo procreativo internacional», que constituye un tipo de «turismo sanitario», plantea una serie de problemas legales, sobre todo la determinación de la filiación de los nacidos mediante «gestación de sustitución» o «maternidad subrogada» que se regula de forma muy dispar en los diversos Estados.

La mayoría de las sentencias se refieren a la llegada a países europeos que prohíben la gestación subrogada, como consecuencia de procesos seguidos en el extranjero donde se ha realizado un acuerdo de gestación de sustitución. El problema jurídico surge cuando la filiación de los nacidos bajo esta técnica se determina conforme al Derecho del Estado de destino, y se pretende el reconocimiento de la misma en un país en el que tal filiación no es admitida, como es el caso de España (art. 10, LTRHA), donde se dictó la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN)² de 18 de febrero de 2009 que ordenó proceder a la inscripción de nacimiento y filiación de los menores tal como constaba en la certificación registral extranjera aportada. Dicha Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y revocada en sede judicial por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010. Se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial contra este fallo que, por sentencia de 23 de noviembre de 2011, desestimó el mismo y confirmó la sentencia de instancia. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, zanjó la cuestión confirmando la decisión de los tribunales inferiores.

Y cuando en España todo parecía indicar que se había alcanzado una solución por la vía judicial, discutible y discutida desde el punto de vista jurídico, importantes fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como la Sentencia de 26 de junio de 2014, *Menesson v. Francia* y Asunto *Labassee v. Francia*, así como la de 27 de enero de 2015, *Paradiso y Campanelly v. Italy*, desdican a los tribunales españoles y obligan a España a plantear el tratamiento de este delicado problema desde otra perspectiva: el respeto a los derechos humanos y la protección del *interés superior del menor*.

2. Hoy D.G. de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

En esta cronología de la relación entre los hechos y el Derecho, falta por agregar dos datos importantes: a) la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, y b) un cierto reconocimiento de la figura de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español a través de la jurisprudencia de orden social (permisos de maternidad y/o paternidad). (Hernández, 2014, 163-169).

El Caso Español

RDGRN de 18 de Febrero de 2009 y STS de Febrero de 2014

Jurídicamente, la polémica en relación a la inscripción del nacimiento y filiación de los niños nacidos en el extranjero por gestación de sustitución comienza con la RDGRN de 18 de febrero de 2009, aunque ya en 2003 tuvimos conocimiento, gracias a los medios de comunicación, del primer caso en España de gestación por sustitución que

en ningún momento, y de forma paradójica, suscitó duda jurídica alguna. Nos referimos al caso de una conocida aristócrata española de avanzada edad que viajó a EEUU para asistir al parto de sus gemelas. Todos los medios de comunicación de tirada nacional, se hicieron eco de la noticia. En el Registro Civil del Consulado de España en Los Ángeles, no se impidió ni denegó la inscripción de las nacidas, ni la filiación de las mismas. (Hernández, 2014, p. 153)

Si bien las autoridades españolas dejaron de poner impedimentos a la inscripción de los nacidos en el extranjero mediante este tipo de técnicas desde 2003, todo cambió en noviembre de 2008, cuando un Auto del Encargado del Registro civil del Consulado de España en Los Ángeles, denegó a dos ciudadanos españoles varones, casados en territorio español en 2005, la inscripción del nacimiento de sus hijos gemelos nacidos en San Diego, en octubre de 2008 *ex art.* 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

Notificados los interesados, interponen recurso ante la DGRN, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. Finalmente, la RDGRN de 18 de febrero de 2009, ordenó la inscripción del nacimiento y filiación de los menores, tal y como constaba en la certificación registral extranjera aportada. Tras la impugnación del Ministerio fiscal de esta Resolución, el asunto pasa a los tribunales y el Tribunal Supremo dicta finalmente la sentencia de 6 de febrero de 2014, que desestima el recurso

de casación interpuesto por los interesados, confirmando la decisión de los tribunales inferiores. La Sentencia no deniega la inscripción de los niños en el Registro civil español pero sí la constancia de su filiación por no ser procedente en el sentido que habían interesado los recurrentes. Centra la cuestión en si es posible el reconocimiento por el Registro Civil español de inscripciones de nacimiento extranjeras realizadas por organismos equivalentes al Registro Civil español, y explica que la normativa del Registro Civil regula esta cuestión exigiendo que en el Registro extranjero existan garantías análogas a las establecidas en España y que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española.

La sentencia considera que esa previsión legal constituye el *orden público internacional español* en la materia, definiéndolo como el «sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y los valores y principios que estos encarnan» y considera que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras. Y además, el fallo no admite el argumento del *interés superior del menor* como medio para conseguir resultados contrarios a la ley, al que el juez está sometido, y señala que tal concepto ha de ser interpretado conforme a los valores de la sociedad, no correspondiendo a los tribunales ejercer funciones que corresponden al legislador, debiendo ponderarse todos los bienes jurídicos en juego, así como los principios de respeto a la dignidad de la gestante, y también el interés del menor en no ser objeto de tráfico mercantil.

El Tribunal rechaza la alegación de discriminación, pues la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no era que ambos solicitantes fueran varones, sino que la filiación pretendida traía causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California, estando prohibida en España.

Por último, la sentencia, con base en la obligación de los poderes públicos de atender al interés del menor, declara que debe permitirse la integración del niño en su familia, y ante la falta de datos en el procedimiento sobre la situación familiar de estos menores, insta al Ministerio Fiscal, al que corresponde velar por la protección del menor, al inicio de las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su protección dentro de su propio núcleo familiar a través de figuras como el acogimiento familiar o la adopción.

El voto particular a la STS de 6 de febrero de 2014, redactado por el magistrado Seijas Quintana y al que se adhirieron los magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol, concluye que corresponde al legislador garantizar los derechos de todas

las partes, pero que en este caso la aplicación del principio del orden público perjudica a los menores privándoles de su identidad y de su núcleo familiar, concluyendo que “no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”.

En esta cronología de la relación entre los hechos y el Derecho en España, falta por agregar dos datos importantes: a) la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, y b) un cierto reconocimiento de la figura de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español a través de la jurisprudencia de orden social (permisos de maternidad y/o paternidad).

La Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGRN

Finalmente, para las personas que decidan someterse a un procedimiento de maternidad subrogada en el extranjero, hay dos formas de inscribir en España a los niños fruto del proceso:

a) Existencia de una resolución judicial extranjera: En 2010, la DGRN dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en relación con el artículo 113 del Código civil³. Esta instrucción permite la adjudicación directa de la filiación, siempre y cuando los padres de intención aporten una resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país donde ha nacido el menor. En dicha resolución, debe quedar establecida la filiación del nacido en favor de los padres intencionales y no de la gestante subrogada, de forma que desde el primer momento los padres de intención son reconocidos como padres legales y biológicos.

El contenido del art. 113 CC significa dos cosas importantes: a) Para poder proceder a la inscripción, debe obtenerse el *exequátur*⁴. b) En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral

3. Art. 113 CC: «La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria».

4. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Salvo que resultase aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur* según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de *exequátur*.

extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

b) Inexistencia de una resolución judicial extranjera: En este caso, el proceso de inscripción de los menores es más complejo y tedioso. Si el padre es el padre biológico, existe la posibilidad de atribuirle la paternidad del nacido mediante gestación subrogada por los medios ordinarios regulados en la legislación española, esto es, las acciones generales de determinación legal de la filiación conforme a los artículos 764 a 768 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵.

Esta alternativa legal permite que el padre de intención pueda reclamar la paternidad aportando una prueba de ADN que confirme que es el padre biológico. De este modo, el bebé podrá ser registrado como hijo suyo y de la gestante. Conseguir que la madre de intención sea también la madre del bebé a efectos legales es más difícil ya que, en España *no se plantea la posibilidad de que la madre gestante renuncie a la reclamación de la maternidad* toda vez que automáticamente es madre la gestante que da a luz siguiendo el principio *mater semper certa est*. Otra cosa es que decida dar al bebé en adopción y lo adopte la madre de intención, pero entonces ya no estamos hablando de maternidad subrogada. Con ello dispondremos de un padre biológico y de una madre adoptiva, diferencia que, en cuanto a los efectos estrictamente jurídicos, es irrelevante ya que en España la filiación por naturaleza y la adoptiva producen, como es sabido, los mismos efectos. Lo que sí que está claro es que el conjunto del procedimiento hasta conseguir esto es larguísimo.

El avance en el reconocimiento subrepticio de la gestación por sustitución a través de la jurisprudencia social sobre permisos de maternidad y paternidad

Finalmente, debe resaltarse el tratamiento que la gestación por sustitución está recibiendo por parte de los tribunales españoles en el orden social⁶. Así se estima que los padres que sean considerados como tales por una resolución o acta registral extranjera o por sentencia extranjera, de los nacidos mediante gestación por sustitución, pueden

5. Concretamente, el artículo 764.1 establece que «podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellas la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil». Y el artículo 767, en sus apartados primero y segundo, dispone que «*en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde. En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas*».

6. STSJ Madrid, Social, 13 de Marzo de 2013; STSJ Madrid, Social, 18 de Octubre de 2012; STSJ Cataluña, Social, 23 de Noviembre de 2012; STSJ Asturias, Social, 20 de Septiembre de 2012; STSJ Oviedo, Social, 9 de Abril de 2012.

gozar del derecho a permiso de maternidad y la subsiguiente prestación, en virtud del artículo 133 *bis* de la Ley General de la Seguridad Social y del art. 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. (Hernández, 2014, pp. 163-169). Según dicho precepto:

Se consideran equiparables a la adopción y al acogimiento pre adoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento pre adoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación (...).

Algunas de estas sentencias han llegado al Tribunal Supremo, que estima que el art. 10 LTRHA no puede perjudicar el *interés superior del menor*⁷.

Los tribunales españoles del orden social consideran que la filiación por naturaleza derivada de gestación por sustitución y establecida por resolución extranjera resulta equiparable a las situaciones mencionadas en la norma transcrita, sin que resulte preciso *exequátur* de la misma en España. Para ello, hacen uso de una figura conocida en el Derecho internacional privado, y utilizada por estos mismos tribunales en el caso de los matrimonios poligámicos: «el orden público internacional atenuado». Hernández Rodríguez ha sistematizado los fundamentos jurídicos que sustentan esta posición:

a) La inexistencia de una previa definición de maternidad en la legislación española, que considera situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento. Tal inexistencia remite al concepto general de «estado o cualidad de madre», «que no exige ineludiblemente el previo hecho del parto, aunque éste sea el primer supuesto, de ahí que se le equiparen la adopción y el acogimiento, si bien como situaciones distintas y claramente diferenciadas de dicha maternidad biológica» (Hernández, 2014, p. 165). En efecto, el art. 133 *ter* LGSS se refiera a los beneficiarios de la prestación como «trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo...».

b) El derecho a la prestación por maternidad o paternidad derivado de la llegada de un hijo al núcleo familiar se genera por: 1) El parto, como causa de suspensión del contrato de trabajo, que solo corresponde a la madre que físicamente ha gestado y ha dado

7. Reconocen el derecho a la prestación las SSTS de 16 de Octubre de 2016, 25 de Octubre de 2016 y 16 de Noviembre de 2016. Entre las últimas se hallan la STS 1242, de 22 de Marzo de 2018 y la STS 1249, de 13 de Marzo de 2018 que, en unificación de doctrina, confirman el derecho a la prestación de maternidad en sendos casos de gestación subrogada.

a luz un/a hijo/a y 2) la situación sin parto de los otros progenitores que, en el grado y condición que corresponda, también se ven afectados por esa nueva configuración familiar pero desde otra perspectiva y relación con el sujeto que la motiva (art. 45. 1 d y art. 48.4 ET).

c) En los casos de contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, carece de sentido invocar en esta sede el art. 10 Ley 14/2006 cuya finalidad es proteger la maternidad biológica, no la prestación de maternidad o paternidad, concebida en aras a la protección del menor. De lo contrario, el menor quedaría desprotegido ante la imposibilidad de que la «madre biológica» ejercitara tal derecho.

d) Dada la finalidad social de la prestación, que atiende al interés del menor, la no concesión de la prestación de maternidad o paternidad en tales supuestos, vulneraría el art. 14 CE toda vez que se estaría discriminando al hijo por haber nacido a través de gestación por sustitución, y no cabe olvidar que el derecho a la no discriminación en función de la filiación integra el orden público internacional español, ya que:

La prestación de paternidad o maternidad son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlos de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres (art. 39 CE). (Hernández, 2014, p. 165)

e) Finalmente, existe identidad de razón entre la maternidad subrogada, la adopción y el acogimiento desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título distinto de la maternidad biológica, pero capaz de inscribirse en el Registro Civil como relación de filiación entre el menor y quien reclama la prestación. La solución opuesta sería contraria al espíritu de la LO 3/2007, que reforma precisamente en este punto de la Ley General de la Seguridad Social, para ampliar la protección social, mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral y favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, aspecto este último aplicable a las familias de la naturaleza o clase que sean.

En definitiva, el derecho a la prestación de maternidad y paternidad se está abriendo paso en los supuestos de gestación subrogada al primar el *interés superior del menor*. Como se verá a continuación, el TEDH en sus últimas sentencias en este tema, ha establecido que la actuación del Estado debe favorecer el desarrollo del vínculo establecido entre un niño y su familia y otorgarle protección jurídica que haga posible su integración en ella. Asimismo, añade que en el caso de menores nacidos tras una gestación por

sustitución existe una relación familiar ente estos y los padres que les prestan atención y cuidados por lo que ese vínculo debe protegerse. Como recuerda la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014:

El TEDH, al interpretar el artículo 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (...). Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del TEDH, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

Los Casos Franceses e Italianos Ante el TEDH

Y cuando en España todo parecía indicar que se había alcanzado una solución por la vía judicial, discutible y discutida desde el punto de vista jurídico, importantes fallos del TEDH, como la Sentencia de 26 de junio de 2014, *Mennesson v. Francia* y Asunto *Labassee v. Francia*; así como las Sentencia de 27 de Enero de 2015, *Paradiso y Campanelly v. Italy*, desdijeron a los tribunales españoles y obligaron a España a plantear el tratamiento de este delicado problema desde otra perspectiva: el respeto a los derechos humanos y la protección del *interés superior del menor*.

Francia

A partir de 2014, encontramos sentencias del TEDH contra Francia sobre la cuestión de las relaciones legales entre padres e hijos con respecto a niños nacidos en el extranjero de acuerdos de gestación subrogada. Concretamente, en sentencia de 26 de junio de 2014, *Labassee y Menesson v. France*, el TEDH falla contra la prohibición de Francia de establecer un vínculo de filiación entre un padre y su hijo biológico nacido en el extranjero por gestación subrogada, y declara a Francia responsable de una violación del artículo 8 del Convenio al no haber permitido que los demandantes pudieran inscribir en el Registro Civil a sus hijas nacidas mediante un contrato privado de gesta-

ción por sustitución que habían celebrado en California. Aunque este caso no se llevó a Gran Sala, lo importante de la sentencia es que distinguía la situación de los padres (la injerencia sufrida estaba justificada por motivos de *orden público*), de la de las hijas, y consideró que no estaba justificada la injerencia sufrida por las hijas, *al estar en juego un aspecto esencial de su identidad cuando está afectada la filiación*.

El Tribunal entendió que el respeto al contenido del artículo 8 del Convenio se vincula con la esencia de la identidad, incluyendo su filiación, la cual se había visto afectada de manera significativa en ambos casos. Recordando que en los dos, el donante de gametos masculino era el padre de intención, el TEDH declaró que la paternidad biológica forma parte de la identidad del individuo, de modo que la prohibición de la gestación por sustitución existente en un Estado parte, no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de las niñas, a las que se sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad.

En el caso *Foulon y Bouvet v. Francia*, de 21 de julio de 2016⁸, el TEDH volvió a condenar a Francia por una violación del artículo 8 del CEDH, al considerar que el carácter hipotético de la fórmula utilizada por el Gobierno demandado para las familias afectadas no era suficiente como para decidir de modo distinto a lo ya acordado en los casos *Labassee y Menesson v. Francia*. Ninguno de estos casos se llevó a Gran Sala.

El rasgo común a estas sentencias del TEDH, además de que el Estado demandado era Francia, se encuentra en el hecho de que se daba un vínculo biológico entre los menores y uno de los padres de intención concernidos. Ahora bien, en la gestación por sustitución no siempre se da dicho vínculo biológico entre los padres de intención y el menor así concebido. ¿Serían aplicables, entonces, los principios enunciados por el TEDH en las sentencias dictadas en los casos *Labassee y Menesson* y *Foulon y Bouvet* a otros supuestos en los que faltara dicho vínculo biológico? La sentencia dictada en Sala por el TEDH en el caso *Paradiso y Campanelli v. Italia* el 27 de enero de 2015 parecía ofrecer una respuesta afirmativa a esta pregunta. Sin embargo, a la luz de la reciente sentencia dictada el 24 de enero de 2017 por la Gran Sala del TEDH al conocer del caso en apelación de conformidad con el artículo 43 del CEDH, la respuesta es negativa, lo cual es explicable desde la lógica de activismo y autolimitación judicial que sigue este tribunal al interpretar y aplicar este instrumento internacional de protección de los derechos humanos. (García, 2018, pp. 108-112). Veamos el caso italiano.

8. Los hechos son muy similares a los que motivaron los casos *Labassee y Menesson v. Francia*. Se trataba de una niña y de dos gemelos, respectivamente, nacidos en India mediante un contrato de gestación por sustitución por padres de intención, existiendo con el padre un vínculo biológico.

Sentencia Paradiso and Campanelli v. Italy de 27 de Enero de 2015⁹

El Tribunal de Estrasburgo considera que las autoridades italianas no habían dado suficiente peso al *interés superior del niño* al ponerlo en la balanza contra consideraciones de política pública. Las autoridades habían decidido retirar el niño y ponerlo bajo su tutela sobre la base de que no tenía relación biológica con los solicitantes y estos habían estado en una situación ilegal (poniéndose en contacto con una agencia rusa para convertirse en padres y, posteriormente, traer a Italia a un niño al que hicieron pasar por su hijo, con lo que habrían eludido las normas italianas sobre prohibición de la gestación subrogada y la normativa sobre adopción internacional). En particular, las autoridades no habían reconocido la relación *de facto* entre los solicitantes y el niño y había impuesto una medida extrema, reservada para los casos en los que los niños estaban en peligro. Es importante señalar que en este caso el Tribunal se centró en la remoción del niño y su colocación bajo tutela, y no en el tema de la gestación subrogada; en concreto, en la situación jurídica en la que se encontraba el niño a su llegada a Italia, una relación entre padres e hijos que no estaba reconocida por la ley italiana, y que podría haber surgido de otra causa, como el no reconocimiento de una adopción por parte de una persona soltera, como sucedió en el caso *Wagner y J.M.W.L. v. Luxemburgo* (núm. 76240/01, de 28 de junio de 2007) (Novales, 2021, en prensa).

Sin embargo, llamado a conocer en apelación sobre el caso por el Estado demandado en virtud del artículo 43 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Gran Sala del TEDH adoptó, el 24 de Enero de 2017, una sentencia, por 11 votos contra 6¹⁰, argumentando que no había habido violación del artículo 8 por parte de Italia. Además, consideró legítimo el deseo de las autoridades italianas de reafirmar la competencia exclusiva del Estado italiano para reconocer una relación legal entre padres e hijos, solo en el caso de existencia de vínculo biológico o de adopción legal, con miras a proteger a los niños. La Gran Sala también aceptó que los tribunales italianos, habiendo concluido en particular que el niño no sufriría daños graves o irreparables como consecuencia de la separación, había logrado un justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego, dentro del margen de apreciación de que disponía Italia.

9. Este caso se refería a la colocación en los servicios sociales de un niño de 9 meses que había nacido en Rusia como resultado de un acuerdo de gestación subrogada celebrado con mujer rusa con pareja italiana (los demandantes).

10. Cinco de ellos, los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev firmaron una opinión disidente conjunta en la que defendían que, en las circunstancias del caso, el único fallo posible debía haber sido el declarar la responsabilidad del Estado italiano por violación del art. 8 del Convenio, coincidiendo con el fallo alcanzado por la Sala del Tribunal Europeo el 27 de enero de 2015.

En términos muy simplificados, se puede explicar esta diferencia de criterio en el hecho de que para la Gran Sala habría sido determinante la inexistencia de un vínculo biológico entre el padre de intención y el menor nacido en virtud de un contrato de gestación por sustitución. La falta de ese vínculo —presente en los casos *Labassee y Menesson v. Francia* (SSTEDH de 26 de junio de 2014) y *Foulon y Bouvet v. Francia* (STEDH de 21 de Julio de 2016)— habría llevado a la Gran Sala del TEDH a realizar dos importantes consideraciones: la inexistencia de una vida familiar *de facto* y la no condición de víctima del menor concernido en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo al no ser considerado parte demandante. Esas dos importantes consideraciones le van a permitir marcar una separación con los casos contra Francia ya señalados, en los que sí constató una violación del artículo 8 del Convenio sufrido por menores nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución en el extranjero y cuya filiación legal se impedía por consideraciones de orden público.

Similitudes y Diferencias Entre los Casos de Francia e Italia

Similitudes: Ambos se refieren a la cuestión de la llegada a los territorios nacionales de niños que han nacido de acuerdos de gestación subrogada en el extranjero. En los casos de *Menesson/Labassee*, los niños habían nacido de un tratamiento de gestación subrogada realizado en Estados Unidos y, en el caso *Paradiso y Campanelli*, en Rusia. Todos tratan de la protección de derechos garantizados por el artículo 8 CEDH en el contexto de contratos internacionales de gestación subrogada, especialmente cuando el niño nace en el territorio de un Estado y las autoridades del Estado al que llega no reconocen ni la legalidad de este tipo de contratos ni la adquisición de la patria potestad.

En los tres casos, las autoridades nacionales se negaron a registrar los detalles del certificado del nacimiento en el extranjero de los niños en sus registros civiles nacionales por considerar que dicha inscripción sería contraria al orden público (dado que la gestación subrogada está prohibida en Francia y en Italia), de modo que la relación legal entre padres e hijo establecida en el extranjero era inexistente a los ojos de las autoridades nacionales¹¹.

11. Recientes casos resueltos por el TEDH insisten en que la negativa de los Tribunales franceses a registrar todos los detalles de un nacimiento en el extranjero derivado de un arreglo de gestación subrogada, prohibida en Francia, no es desproporcionado. Así lo dice la Corte en su sentencia *C and E v. France*, (applications nos. 1462/18 and 17348/18) que declara unánimemente la inadmisibilidad de las solicitudes de los demandantes por manifiestamente infundadas. El Tribunal consideró que la negativa de las autoridades francesas no era desproporcionada, ya que la legislación nacional ofrecía la posibilidad de reconocer la relación jurídica paterno-filial entre los hijos solicitantes y su futura madre mediante la adopción del hijo del otro cónyuge. El Tribunal observó, en particular, que el tiempo medio de espera para una decisión fue de

Diferencias: Aunque la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli, al igual que los demandantes franceses, impugnaron las negativas a reconocer una relación entre padres e hijos establecida en el extranjero, su principal queja se refería al hecho de que el niño había sido atendido por los servicios sociales italianos. Así, aunque los casos franceses se referían esencialmente a la relación entre padres e hijos, y las identidades de los niños, cuestión eliminada en los casos franceses, la cuestión principal en el caso italiano era la decisión de los tribunales nacionales de eliminar al niño de la familia y ponerlo bajo tutela. En este sentido, el caso italiano se acerca más al de *Wagner y J.M.W.L. v. Luxemburgo* (núm. 76240/01, de 28 de junio de 2007), que se refería a un proceso civil para obtener una sentencia de adopción, dictado en Perú, insusceptible de ejecución en Luxemburgo.

Esta solicitud había sido desestimada por los tribunales de Luxemburgo, ya que su Código civil no permitía la adopción total por una mujer soltera. Como en el caso *Paradiso y Campanelli*, las autoridades no habían reconocido la relación paterno-filial establecida en el exterior, por ser contraria al orden público; sin embargo, no tomaron ninguna medida en relación a la minoría de edad del menor o para interrumpir la vida de familia. La Corte reitera en la sentencia *Paradiso y Campanelli* que el *interés superior del niño* dicta que los lazos familiares solo se pueden cortar en circunstancias muy excepcionales, como la violencia, los malos tratos físicos o psicológicos, abuso sexual, peligro para la vida, salud o educación moral, inestabilidad psicológica por parte de los padres, y que se debe hacer todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede, para «reconstruir» la familia.

Cabe señalar otras dos diferencias entre los casos francés e italiano:

a) En los casos franceses, el padre previsto (el demandante ante el Tribunal) era el padre biológico del niño: Fueron sus gametos los que se utilizaron en el procedimiento de FIV llevado a cabo en el extranjero. En el caso italiano, se utilizaron gametos desconocidos, erróneamente según el demandante, quien afirma que no puede explicar por qué su propio semen no fue utilizado por la clínica rusa como estaba planeado.

La existencia de esta relación biológica en los casos franceses fue decisiva para que el Tribunal determinase si había habido o no violación del artículo 8. En las sentencias *Menesson y Labassee*, el análisis de la situación por parte de la Corte:

sólo 4.1 meses en el caso de adopción total y 4.7 meses en el caso de adopción simple.

adquiere una dimensión especial donde, como en el presente caso, uno de los futuros padres es también el padre biológico del niño. Con referencia a la importancia de la paternidad biológica como un componente de la identidad, no se puede decir que sea en interés del niño el privarle de una relación jurídica de esta naturaleza, donde la realidad biológica de esta relación ha sido establecida y el niño y el padre a quienes concierne demandan el pleno reconocimiento¹².

La búsqueda de una violación del Convenio en el caso italiano es de naturaleza diferente, pues en efecto concierne a la separación del niño de los demandantes y la colocación del mismo bajo la guardia de las autoridades.

b) En los casos franceses, el Tribunal examinó las solicitudes desde el punto de vista de los niños. Los padres y los niños eran demandantes, pero la Corte constató una violación del artículo 8 con respecto a la injerencia en la vida familiar de la pareja.

¿Dónde encaja Paradiso y Campanelli en la reciente JTEDH sobre estas materias?

Tres son básicamente los elementos que resaltó el Tribunal de Estrasburgo al decidir el citado caso italiano:

a) *Interés superior del niño*: En consonancia con la jurisprudencia establecida por el Tribunal, en la que se debe examinar si se ha logrado un equilibrio entre el interés público y el respeto por la vida privada y familiar, se tiene en cuenta el principio esencial según el cual, siempre que se trate de la situación de un niño, el *interés superior* es primordial. En la sentencia *Paradiso y Campanelli*, la Corte considera que el Estado debe tomar en consideración el *interés superior del hijo*, independientemente de la relación con los padres, genética o de otro tipo.

b) *Vida familiar de facto*: La Corte ha seguido el enfoque adoptado en los casos *Wagner y J.M.W.L. v. Luxemburgo* (nº 76240/01 de 28 de junio de 2007) y *Moretti y Benedetti v. Italia* (nº 16318/07, de 27 de abril de 2010), sosteniendo que los demandantes y el niño pueden argumentar que existió una vida familiar *de facto*, incluso en ausencia de una relación biológica, y a pesar del breve período durante el cual los demandantes cuidaron del niño.

c) *La cuestión de la identidad del niño*: El Tribunal tiene en cuenta el hecho de que al niño no se le dio una nueva identidad durante dos años. Recibió una nueva identidad

12. Sentencia *Mennesson*, § 100.

solo en abril de 2013, lo que significa que no tenía ninguna identidad oficial durante más de dos años. Sin embargo, la Corte insiste en que es necesario asegurarse de que no se coloque a un niño en desventaja por el hecho de que nació de una madre subrogada, empezando con la nacionalidad o con la identidad, que son de crucial importancia. La Corte también otorgó gran importancia a la cuestión de la identidad de los niños en los casos *Mennesson y Labassee*, considerando que Francia socavó la identidad de los niños dentro de la sociedad francesa al negarles el *status* ante la ley francesa como hijos de las parejas *Mennesson y Labassee*, un *status* que ha sido reconocido en los Estados Unidos.

Otros casos pendientes sobre el tema

Los casos *Mennesson y Labassee* fueron los primeros en los que el Tribunal examinó la negativa a reconocer en el orden jurídico nacional las relaciones entre padres e hijos entre los hijos nacidos de un embarazo subrogado en el extranjero y la pareja que había recurrido al arreglo de gestación subrogada. Estos casos no se llevaron a Gran Sala deviniendo definitivos el 26 de septiembre de 2014, en virtud del artículo 44, 2 de la Convención.

Las partes tienen tres meses para solicitar que el caso sea remitido a la Gran Sala. Si se realiza y acepta tal solicitud, la Gran Sala volverá a examinar el caso y no emitirá sentencia durante varios meses. Si ninguna de las partes solicita la remisión, la sentencia devendrá definitiva y se transmitirá al Comité de Ministros (el órgano de toma de decisiones del Consejo de Europa), que supervisa la ejecución de las sentencias del Tribunal. Entonces corresponde al país afectado, identificar, bajo la supervisión del Comité de Ministros, las medidas generales que se tomarán con posterioridad a esta Sentencia para prevenir futuras infracciones de la Convención.

A continuación, se plantearon los casos *Laborie, Foulon y Bouvet* contra Francia, pero no podemos incluirlos entre los casos pendientes:

a) *Laborie v. France* (n. 44024/13): decisión del Comité de Ministros de 19 de enero de 2017: imposibilidad de que una pareja francesa obtenga el reconocimiento en Francia de la relación entre padres e hijos entre ellos y los niños nacidos en Ucrania a través de un embarazo subrogado. La *Cour de Cassation* francesa había considerado justificado la negativa a inscribir en el Registro civil un certificado de nacimiento otorgado en Ucrania en virtud de un contrato de gestación subrogada.

b) *Foulon v. France* (nº 9063/14), y *Bouvet v. France* (nº 10410/14): sentencia de Sala del 21 julio 2016: imposibilidad de que un ciudadano francés obtenga el reconocimiento en Francia de la relación padre-hijo entre él y un niño nacido en India a través de un embarazo subrogado. En ambos casos, se ha encontrado que no hay violación del art. 8 ni respecto a la vida familiar de los solicitantes ni respecto a la vida privada de los niños afectados. Estos casos tampoco se llevaron a Gran Sala deviniendo definitivos el 21 de octubre de 2016, en virtud del artículo 44, 2 de la Convención.

En cuanto a los casos pendientes sobre el tema, pueden ser mencionados los siguientes:

a) *Schlittner-Hay v. Poland* (nos. 56846/15 and 56849/15): solicitud comunicada al Gobierno polaco el 26 de febrero de 2019. Este supuesto se refiere a la negativa a otorgar la nacionalidad polaca a los hijos de una pareja del mismo sexo nacidos por gestación subrogada en los Estados Unidos de América. El Tribunal notificó las solicitudes al Gobierno polaco y planteó preguntas a las partes relacionadas con el art. 8 del Convenio, solo y en conjunto con el artículo 14.

b) *A.L. v. France* (no. 13344/20): solicitud comunicada al Gobierno francés el 20 de octubre de 2020. Este caso se refiere a la negativa a establecer la paternidad entre el solicitante y su hijo biológico, nacido de un embarazo subrogado practicado en Francia, después de que el niño fuera encomendado por la gestante a una tercera pareja. El Tribunal notificó la solicitud al Gobierno francés y planteó preguntas a las partes en virtud del art. 8 de la Convención.

Conclusiones

Primera. ¿Qué nos dicen estas sentencias analizadas acerca de la prohibición de acuerdos de subrogación en Francia e Italia? La primera conclusión importante es que ninguna de las sentencias del TEDH sobre este tema, se pronuncia sobre la posibilidad o conveniencia de prohibir o autorizar los acuerdos de gestación subrogada por parte de los Estados parte.

En efecto, la conclusión del Tribunal de que había una violación del artículo 8 del Convenio en los casos franceses, no se refería a la decisión de Francia de prohibir la subrogación, ya que el Tribunal deja un amplio margen de apreciación sobre este tema y observa la ausencia de un consenso europeo en este ámbito. La violación del artículo 8 surgió del hecho de que Francia socavó la identidad de los niños en la sociedad

francesa negándoles su condición de hijos de las parejas *Mennesson y Labassee*, un *status* que había sido ya reconocido en los Estados Unidos, y también de la total prohibición de establecer una relación jurídica entre los padres biológicos y los hijos nacidos como resultados de acuerdos de subrogación en el extranjero.

En el caso italiano, el Tribunal determinó que había existido una violación del artículo 8 debido a la expulsión del niño y su ubicación bajo guarda de las autoridades. Fue en este tema y no en el de la gestación subrogada en el que se concentró la Corte. La situación legal en la que el niño fue colocado a su llegada a Italia (no reconocido por la ley italiana), podría haber surgido por otra causa, como el no reconocimiento de una adopción, como en el caso de la sentencia *Wagner y J.M.W.L. v. Luxemburgo* citada. De hecho, el Tribunal, teniendo en cuenta el contexto muy específico de este caso, no consideró necesario comparar la legislación de los Estados miembros sobre la situación con respecto a los arreglos de gestación subrogada (como se había hecho en los casos franceses).

Segunda. La situación descrita exige una reforma legislativa tanto a nivel nacional como internacional. Las legislaciones de reproducción asistida debieran proteger el *interés superior del menor* y no el interés de los adultos, y hacerse cargo de los elementos importantes para la futura vida del niño. La protección del *interés superior del niño* debe ser una cuestión central en esta discusión, y este fue el objeto de la Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 en España y el núcleo del contenido del voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo español de Febrero de 2014, ante el voto mayoritario que revocó la misma y ordenó anular la inscripción de los menores amparándose en «un orden público internacional», «mal entendido y peor aplicado» (Hernández, 2014, p. 173).

Los casos de determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución entre esa Resolución y esa Sentencia, han sido objeto de un tratamiento jurídico contradictorio por parte de las autoridades públicas españolas, incluida la propia DGRN, ofreciéndose soluciones contradictorias en la jurisdicción civil y en la social al mismo problema ya que, en la jurisdicción civil se denegaba el reconocimiento de efectos a los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero por ser contrarios al orden público internacional español y se consideraba que no se vulneraba el interés superior del menor ni su derecho al respeto a la vida privada y familiar, en el orden social. Partiendo los tribunales españoles del mismo interés superior del menor, y recurriendo a la figura del «orden público internacional atenuado», se han concedido prestaciones de maternidad o paternidad a los padres de intención que en algunos casos, ya figuraban como padres legales en el Registro civil español por aplica-

ción de la Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010, Instrucción que también ha generado jurisprudencia contradictoria en sede de *exequatur* (Hernández, 2014, p. 174).

Hoy, a efectos de prestaciones, se equipara la maternidad subrogada con la adopción y acogimiento, sin que sirva de obstáculo el hecho de que el ordenamiento español declare nulo el contrato por el que se convenga la gestación por sustitución (art. 10 LTRHA), y ello en base al artículo 39.2 de la Constitución, que establece que los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación.

El Tribunal Supremo, con el fin de acabar con esta disparidad unificó doctrina a través de la STS de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016, 6167)¹³, en la cual adopta una postura claramente a favor del padre comitente y solicitante de la prestación. Así pues, la Sala Cuarta del Alto Tribunal falla a favor de conceder la protección, y Aragón agrupa los argumentos en los que se apoya: a) El carácter de mínimo que, a estos efectos, tiene el derecho de la Unión Europea, que no reconoce el derecho a una prestación por maternidad a los padres comitentes, pero que, como tampoco la excluye, deja abierta la puerta a que los Estados puedan adoptar una regulación más favorable; b) la existencia de una situación de necesidad merecedora de protección, pues el menor se encuentra *de facto* integrado en una unidad familiar y sus necesidades de atención y de cuidado deben ser protegidas con independencia de que el nacimiento sea efecto del cumplimiento de un contrato de gestación subrogada; c) la propia finalidad de la prestación por maternidad, que es doble: por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre tras el parto y, por otro, velar por la atención o cuidado del menor; d) el *interés superior del menor*, que podría ser lesionado si el progenitor único no pudiera dispensarle los cuidados necesarios por falta de cobertura del sistema; e) el principio de igualdad, que podría verse vulnerado si se dispensara un diferente tratamiento a los hijos biológicos o adoptivos, frente a los hijos gestados por subrogación; f) el carácter parcialmente abierto de las situaciones de nece-

13. Aragón, 2017, analiza esta sentencia en particular por dos motivos: «porque es la primera resolución del Supremo que ha podido entrar en el fondo del asunto y porque sus argumentos se reiteran en sentencias dictadas con posterioridad». Además, sintetiza el caso (padre comitente de dos niñas nacidas por subrogación en Nueva Delhi) de una manera muy clara: «El progenitor reclamó al INSS la prestación por maternidad por el nacimiento de sus dos hijas, que le fue denegada por no encontrarse en ninguna de las situaciones de necesidad protegidas por nuestro ordenamiento jurídico. Desestimada la reclamación previa, el solicitante formuló demanda contra la entidad gestora, pero el Juzgado de lo Social decidió absolver al INSS de las reclamaciones formuladas en su contra. Frente a esta resolución, el padre interpuso recurso de suplicación que fue estimado por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que condenó al INSS al abono de la prestación por maternidad por un período de dieciocho semanas (al tratarse de un parto múltiple) y del subsidio especial por cada hijo o menor acogido a partir del segundo, durante el período de seis semanas posteriores al parto, con efectos a la fecha de la solicitud. Contra la sentencia dictada en suplicación, el INSS interpuso recurso de casación para unificación de doctrina, alegando que las normas de la Unión Europea, las previsiones en materia de relaciones laborales y de Seguridad Social, las disposiciones relativas a las técnicas de reproducción asistida, así como las correspondientes al Registro Civil conducían a desestimar la pretensión del progenitor».

sidad protegidas por nuestro ordenamiento jurídico, del que se desprende una relativa apertura del elenco de supuestos protegidos por nuestro ordenamiento, lo que permitiría una cierta flexibilidad interpretativa; g) la aplicación de la analogía, pues según la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la posición de los comitentes es similar, en algunos casos, a la que posición que ocupan los progenitores en procesos de adopción y acogimiento. Esta similitud justificaría la aplicación de la analogía y, en consecuencia, el reconocimiento de la prestación por maternidad a los padres intencionales, dispensándoles el mismo trato que a los padres adoptivos; h) se destaca el argumento de que la nulidad de un contrato no implica necesariamente su ineficacia. Para fundamentar su fallo, el Tribunal afirma que el artículo 10 de la Ley 14/2006 no resulta de aplicación al caso, pues no es una norma reguladora de la prestación por maternidad, ni tiene por objeto condicionar la atención de los menores; i) la ausencia de fraude de ley, pues el comportamiento no iba dirigido a obtener indebidamente prestaciones de Seguridad Social.

Por último, podemos concluir la postura del Tribunal Supremo con la reflexión que realiza Cavas de la propia sentencia: «la sentencia ofrece una estructura clara con una gran riqueza argumentativa, ya que incluye razones adicionales para conceder la prestación que específicamente se refieren a la situación del padre biológico y registral único» (Cavas, 2017, pp. 175-191). Pero esta unificación de criterios del Alto Tribunal, no elimina la necesidad urgente de una reforma legislativa nacional e internacional en esta materia.

Tercera. De momento, la tibieza en asuntos arduos a que nos tiene acostumbrados el TEDH puede justificadamente entenderse como una legitimación progresiva de la gestación subrogada en Europa, a través de una rápida sucesión de decisiones, cada una de las cuales lleva más allá la liberalización de esta práctica y la lógica del derecho al hijo, a pesar de lo que ello significa para los derechos humanos de los niños y de las mujeres. Como se ha dicho, a pesar del creciente número de casos que llega a Estrasburgo sobre procesos de gestación subrogada, seguidos por ciudadanos de la UE en países no comunitarios, ninguna sentencia del TEDH se ha pronunciado hasta la fecha sobre la cuestión de prohibir o autorizar los acuerdos de gestación subrogada acogiendo el Tribunal, como acostumbra, en las cuestiones espinosas, al amplio margen de apreciación de los Estados. Sin embargo, la opinión del Tribunal de Estrasburgo está dividida¹⁴ y hay quien entiende que el no haberse referido expresamente a la autorización o prohibición de la subrogación en sí, lejos

14. Se encuentra dividido internamente, pero no encuentra resistencia externa porque goza del estatus fundacional de los derechos humanos y no conoce ninguna otra fuerza institucional contraria.

de sostener un equilibrio entre los intereses en juego¹⁵, deja sin argumentos a los Estados miembros para sostener la negativa a aceptar la gestación por subrogación¹⁶, dreña la prohibición de su sustancia y reduce «a la nada» la libertad de los Estados de negar efectos legales al alquiler de vientre, lo que significaría que el TEDH está legitimando progresivamente la gestación subrogada mediante una rápida sucesión de decisiones cada una de las cuales lleva más allá la liberalización de esta práctica y la lógica del derecho a tener un hijo. Dicho con otras palabras, la cadena de sentencias de Estrasburgo sobre la gestación subrogada viene a mostrar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos limita decisivamente la posibilidad de considerar contrario al *orden público* el reconocimiento en los Estados miembros de la filiación establecida en el extranjero, incluso si deriva de una gestación por sustitución. Aunque el TEDH confirma que los Estados miembros tienen un gran margen de apreciación en este ámbito, limita efectivamente tal margen cuando lo que está en juego es el reconocimiento de filiaciones ya establecidas en el extranjero.

15. García, 2018, p. 128: «... es necesario encontrar un equilibrio entre el derecho a la identidad de un menor como parte fundamental —de hecho, el núcleo duro— del derecho a la vida privada, incluyendo su derecho a ver reconocida su filiación legal y su nacionalidad, y las legítimas consideraciones de orden público que el legislador puede pretender hacer prevalecer sobre el eventual derecho de una persona a ser progenitor y a fundar una familia, acudiendo a terceros cuando biológicamente está impedido para ello. La aproximación desde los derechos fundamentales a la regulación de la gestación por sustitución, más allá de abogar por que el derecho asuma nuevas formas de familia conforme se producen los avances de la ciencia, lo que hace es llamar la atención sobre la necesaria aproximación integradora y transversal de todos los intereses enfrentados, respecto de los cuales el respeto de un justo equilibrio es indispensable. A día de hoy el equilibrio provisional está en considerar como compatible con el Convenio Europeo la negativa de las autoridades de un Estado a tomar en consideración los efectos legales de gestaciones por sustitución celebradas en el extranjero en ausencia de un vínculo biológico entre los padres de intención y los menores así concebidos. Ahora bien, nada permite creer que esta línea roja sea inamovible. Antes al contrario, la interpretación teleológica, activista y pro víctima que el Tribunal Europeo viene desarrollando desde sus comienzos permite aventurar que, más pronto que tarde, la existencia de tal vínculo perderá la relevancia que ahora tiene para constatar la existencia de una vida privada y familiar de facto que deba ser protegida, también, en el contexto de la gestación por sustitución».

16. Spielmann, Presidente de la ECHR hasta 2015, explicó en una audiencia solemne el 30 de Enero de 2015, que esta cadena de sentencias sobre el tema, va extendiendo poco a poco la liberalización de la gestación subrogada, siguiendo un ritmo impuesto por el TEDH. Reproduzco el texto completo dada su relevancia: «It is important to note that it is the Court that chooses its cases among the numerous amounts submitted to it. It rejects 95% without justification or in-depth examination, and it also controls the calendar. It is following this “rhythm” that the Court decided to make the new French cases public in the wake of the publication of the *Paradiso* case. In the mind of the public, one case follows the other, but in the method of the Court, every case is built upon the last, as the Court cites itself. To say that this method falls under orchestration is not excessive: it is in this way that Mr. Spielmann describes the interaction between the Court and the States in comparing it, in an odd manner, to the “Sacrificial Dance” from Igor Stravinski’s “*The Rite of Spring*”. He indicates that concerning surrogacy, “our Court was asked (...) to impose its tempo” and he is delighted regarding the condemnation of France in June 2014 in that “choosing not to request the referral of that case to the Grand Chamber, the French Government have proved that the decision adopted was acceptable”. This signifies that the French government agrees to continue dancing, and why not to accelerate the rhythm. Not having appealed the cases *Mennesson* and *Labassée* means that the current French government consents to new condemnations in the three new cases. The ECHR can therefore continue to impose surrogacy on France externally with the consent of a government that failed to impose it internally by democratic vote. In asserting that it does not condemn the ban itself on surrogacy by the States, the Court drains this ban of its substance to the point that two “dissenting” judges, including a Vice-President of the Court, wrote that the *Paradiso* case “reduces to nothing” the freedom of the States to refuse surrogacy and to not grant it legal effects. In this undertaking the ECHR is internally divided, but does not encounter any external resistance because it enjoys the founding status of human rights and does not know any other opposing institutional force».

También es cierto que, desde luego, la lógica que sigue la Corte de Estrasburgo bien puede estar fundamentada en que, como la deshumanización de la procreación posibilita, para todos, la obtención de un hijo y la constitución de familias de múltiples estructuras, el Tribunal ha de apresurarse a proteger a los afectados de prácticas de mercantilización de los seres humanos, y a salvaguardar el núcleo afectivo o familiar del tipo que sea en el que se halle integrado el menor, pero debe observar especial cuidado en defender el *interés superior de los menores* y la dignidad de las madres sustitutas que participan, por necesidad, en estas «fábricas de bebés de bajo coste».

Bibliografía

- Aragón Gómez, C. (2017). La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad. *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, 4, 23-55.
- Arias Domínguez, A. (2016). Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad. *Revista de Derecho de la Seguridad social*, 8, 75-96.
- Cavas Martínez, F. (2017). El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, número 881/2016, de 25 de octubre. *Revista de Derecho de la Seguridad social. Laborum*, 10, 175-191.
- Cordero Gordillo, V. (2015). La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución. *Revista Trabajo y Derecho*, 7-8, 72-84.
- Cordero Gordillo, V. (2017). Gestación de sustitución y prestación por maternidad (SSTS de 25 de octubre de 2016 [RJ 2016, 617] y de 16 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 6152]). *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 196, 233-253.
- Deomampo, D. (2016). Race, Nation and the Production of Intimacy: Transnational Ova Donation in India. *Project Muse*, 24 (1), Durham, NC, Duke University Press, 303-332.
- Ferraretti, A.P., Pennings, G., Gianaroli, L., Natali, F., Magli, M. C. (2010). Cross-border reproductive care: a phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies. *Reproductive Biomedicine Online*, 20, 261-266.

- García San José, D. (2018). La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el CEDH: Repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del TEDH en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 103-130.
- Hernández Rodríguez, A. (2014). Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(2), 147-174.
- Hudson, N., Culley, L. (2011). Assisted reproductive travel: UK patient trajectories. *Reproductive Biomedicine Online*, 23, 573-581.
- Hudson, N., Culley, L., Blyth, E., Norton, W., Rapport, F., Pacey, A. (2011). Cross-border reproductive care: a review of the literatura. *Reproductive Biomedicine Online*, 22, 673-685.
- Inhorn, M.C., Gurtin, Z.B. (2011). Cross-border reproductive care: a future research agenda. *Reproductive Biomedicine Online*, 23, 665- 676.
- Novales Alquézar, A. (2021). Reproducción asistida, raza y diversidad cultural. Ponencia presentada en Congreso Internacional online *Migración, asilo y diversidad cultural en la Unión Europea*. Grupo de Investigación de Alto Rendimiento de la Universidad Rey Juan Carlos (INGESDÍCUL), Madrid, (en prensa).
- Pennings, G., De Wert, G., Shenfield, F., Cohen, J., Tarlatzis, B., Devroey, P. The ESHRE Task Force on Ethics and Law 14. (2008). Equity of access to assisted reproductive technology. *Human Reproduction*, 23, 772-774.
- Pennings, G., De Wert, G., Shenfield, F., Cohen, J., Tarlatzis, B., Devroey, P., The ESHRE Task Force on Ethics and Law 15. (2008). Cross-border reproductive care. *Human Reproduction*, 23, 2.182-2.184.
- Rodríguez Cardo, I. A. (2014). Permiso por maternidad para madres subrogantes: problemática laboral de los vientres de alquiler, (1-2). *La Ley Digital*, 3035.
- Shenfield, F., Mouzon, J., Pennings, G., Ferraretti, A. P., Nyboe Andersen, A., De Wert, G., Goossens, V., The ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care. (2010). Cross border reproductive care in six European countries. *Human Reproduction*, 25, 1.361-1.368.