

II.
DERECHO PÚBLICO
EUROPEO

**LAS DEBILIDADES
DE LA JURISPRUDENCIA DEL
TEDH EN MATERIA DE GESTACIÓN
SUBROGADA: EL MARGEN DE
APRECIACIÓN, EL INTERÉS
SUPERIOR DEL MENOR
Y EL VÍNCULO GENÉTICO**

LUIS FERNANDO MARTÍNEZ QUEVEDO

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LA GESTACIÓN SUBROGADA EN CONTINUO DEBATE. 2. EL RECURRENTE RECURSO AL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: ¿REALIDAD O HUIDA HACIA DELANTE? 3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN ENTREDICHO. 4. ¿PUEDE EL VÍNCULO GENÉTICO RESOLVER TODAS LAS CUESTIONES SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA? 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿EXISTEN ALTERNATIVAS?

Fecha recepción: 06/09/2023
Fecha aceptación: 20/02/2024

LAS DEBILIDADES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN MATERIA DE GESTACIÓN SUBROGADA: EL MARGEN DE APRECIACIÓN, EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL VÍNCULO GENÉTICO¹

LUIS FERNANDO MARTÍNEZ QUEVEDO²

Contratado Predoctoral-FPU del Departamento de Derecho Constitucional
de la Universidad de Granada

1. INTRODUCCIÓN: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN CONTINUO DEBATE

En Europa, en los últimos meses ha vuelto a aparecer en el centro de la polémica la gestación por sustitución³, principalmente, a partir de dos hechos de diferente

¹ El presente artículo se realiza en el marco de la actividad propia del Proyecto de Investigación Europeo The JUST PARENT Project: Legal Protection for Social Parenthood (n. 101046382), financiado por la Comisión Europea (Justice Programme 2021-2027), del que el autor es miembro.

² Luis Fernando Martínez Quevedo. Contratado Predoctoral-FPU del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. Departamento de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho), Plaza de la Universidad nº 1. 18071 (Granada). Email: lfmartinez@ugr.es ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9266-4984>

³ La gestación subrogada es una práctica que suscita una enconada controversia, de la cual es consecuencia directa la variedad terminológica para denominarla. Para hacer referencia a ella, encontramos expresiones como «gestación por sustitución», «maternidad subrogada», «gestación subrogada», «vientres de alquiler», «explotación reproductiva de mujeres», «contrato de maternidad», «instrumento de subrogación gestacional» o, simplemente, «subrogación», entre otras. Basta con comparar las abismales diferencias entre denominar a esta práctica como «vientres de alquiler» o «explotación reproductiva de mujeres» frente a otras como «contrato de maternidad» o «instrumento de subrogación gestacional» para observar los evidentes matices morales que las diferencian. Nosotros, en principio, las vamos a utilizar indistintamente, mostrando preferencia por la expresión de «gestación

naturaleza pero con un enorme impacto en el debate social: por un lado, saltaron a la prensa las imágenes de la famosa actriz española Ana Obregón saliendo con una bebé en brazos de una clínica de Miami, bebé de la que ha declarado ser su abuela, pues ha nacido de un vientre de alquiler implantado con un óvulo fecundado con el esperma de su hijo, fallecido ahora hace tres años; por otro lado, Italia acaba de iniciar el procedimiento legislativo encaminado a aprobar la denominada «Ley Varchi», la cual, según su ponente, pretende desalentar el recurso a la gestación subrogada comercial de los ciudadanos italianos, al tipificarla como delito universal, por cuya comisión el infractor se enfrenta a penas de hasta dos años de prisión y multas de hasta un millón de euros⁴. De ambos acontecimientos se ha hecho eco toda la prensa internacional y, además, han sido tendencia en las redes sociales. No cabe duda de que nos encontramos ante una cuestión ciertamente presente en la sociedad, de la que, con mayores o menores fundamentos científicos o jurídicos, prácticamente cualquier persona con un mínimo de interés en la actualidad posee una opinión medianamente formada. Además, se trata de una materia controvertida, como demuestra el hecho de que dentro de un mismo partido político o, incluso, en el propio movimiento feminista, existan corrientes que apuesten por la regulación y otras que sostengan posiciones abolicionistas.

Esta variedad de posturas no está presente sólo en el ámbito socio-político, sino que trasciende a otros como el jurídico. A nivel doctrinal, siendo ésta una temática sobre la que se ha escrito mucho, encontramos reputadas figuras de nuestra disciplina que se posicionan en contra de la regulación de la maternidad subrogada. Entre estos autores, los argumentos que más habitualmente aparecen son aquellos que sostienen que se trata de una práctica que deshumaniza a la mujer gestante, la enajena, mercantilizando su cuerpo al convertirlo en un mero productor de bebés⁵, con los cuales, asimismo, se les aconseja no desarrollar un vínculo afectivo que pueda poner en riesgo la posterior separación; también se entiende que recurrir a la gestación subrogada

por sustitución» en tanto que es la utilizada por el legislador español. Para profundizar en la elección de la terminología y sus consecuencias, véanse por todos Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel. (2017). «Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo». *Cuadernos de bioética*, vol. 28, núm. 93, pp. 219-228; y Salazar Benítez, Octavio. (2018). *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Madrid, Dykinson, 288 páginas, (pp. 41 y ss.).

⁴ La gestación por sustitución ya estaba prohibida en Italia a través de la Legge 19 febbraio 2004, n. 40; la reforma está dirigida a incluir en el apartado 6 de su art. 12 un inciso final con el siguiente texto: «Le pene stabilite del presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero», es decir, tipificar la conducta como delito universal (a la redacción de estas líneas, la reforma sigue su curso legislativo).

⁵ Balaguer Callejón, María Luisa. (2017). *Hijos del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*, Madrid, Cátedra, 220 páginas: «La instrumentalización del cuerpo de la mujer, en orden a considerar la posibilidad de dividirlo en partes, algunas de las que se pueden independizar de su entidad como ser humano, lleva a la consideración de que el útero es un recipiente o vasija que puede ser utilizado como un objeto al servicio de intereses de terceros, que podrían cubrir sus aspiraciones mediante la utilización de un soporte físico» (pág. 184).

implica comerciar con los menores⁶. En definitiva, la vida humana se convierte en un elemento más del mercado, siendo la mujer el bien de producción, (la «maquinaria», podría decirse) y el bebé el producto⁷, atentando, en conclusión, contra la dignidad de ambos al considerarlos medios en lugar de fines en sí mismos⁸. Esto queda perfectamente reflejado en la STS 1153/2022, de 31 de marzo, un pronunciamiento con matices ciertamente demoledores, en cuyos fundamentos jurídicos se describen por menorizadamente las implicaciones y renunciaciones de derechos⁹ que la gestante asume al someterse a un contrato de maternidad subrogada, reproduciendo incluso en su FJ 3¹⁰ el clausulado de uno realizado en México. También hay, por el contrario, im-

⁶ Vergara Lacalle, Óscar. (2022). «El relato de la gestación subrogada: una contribución narrativa al debate ético y jurídico sobre su eventual institucionalización». *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 12, núm. 4, pp. 908-944: «En relación con estos últimos, se ha afirmado que, en la actual cultura de los derechos, el hijo ha pasado a formar parte de la calidad de vida y, por ello, 'no es difícil reivindicar la existencia de un derecho al hijo y, más aún, a todas las técnicas que sean precisas para obtenerlo, recurriendo incluso a terceros para suplir las posibles deficiencias de los padres' (...). En general, se viene a afirmar que estas personas se mercantilizan y se subordinan a los intereses de quien se puede permitir hacer realidad sus deseos previo pago» (pág. 923).

⁷ Nuño Gómez, Laura. (2020). *Maternidades S. A. El negocio de los vientres de alquiler*, Madrid, Los libros de la Catarata, 127 páginas: concluye la autora con que legalizar «la gestación comercial tiene consecuencias éticas insoslayables. Entre otras, permitir que cualquier persona con capacidad económica suficiente pueda adquirir un ser humano, convertir a los/as menores en mercancías, a las mujeres en medios y derivar hacia las más vulnerables las secuelas físicas y psicológicas que comporta un embarazo. En última instancia, establecer una ciudadanía censitaria, según la cual, solo las personas con recursos económicos pueden tener garantizada descendencia a demanda, gracias a la feminización de la supervivencia» (pág. 119).

⁸ Salazar Benítez, Octavio. (2017). «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos». *Revista de Derecho Político*, núm. 99, pp. 79-120: «Se mantiene que este tipo de gestación es una expresión más de la alianza entre patriarcado y capitalismo que lleva a que la mujer sea considerada como un medio y no como un fin, lo cual supone un atentado contra su dignidad. Se insiste además en la escasa, o nula en muchos casos, garantía de los derechos de las mujeres gestantes y se critica el negocio que implica esta técnica, lo que a su vez, da lugar a una especie de 'ciudadanía censitaria' ya que solo los ciudadanos y las ciudadanas con un alto nivel de recursos pueden acceder a ella» (pág. 85). Delicado-Moratalla recoge la teoría de Laura Nuño, quien «detecta que los cuerpos de las mujeres y sus capacidades reproductivas son puestas al servicio de los mercados globales, bajo un modo de producción reproductiva, en el que la reproducción se organiza en una cadena techno-industrial, iniciada en un laboratorio, posteriormente deslocalizada a un útero del Sur Global y cuyo producto resultante, un ser humano, es adquirido por una familia o individuo del Norte Global», en Delicado-Moratalla, Lydia. (2021). «'El embarazo es una máquina, no una mujer'. Deshumanización y sexismo misógino en el planteamiento favorable al 'trabajo gestacional'». *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. 10, pp. 41-50, (pág. 42).

⁹ Resulta muy interesante la, a menudo olvidada, relación que une a la gestación subrogada con otros derechos a ella vinculados de modo indirecto, como el de la interrupción voluntaria del embarazo. Véase al respecto: Gimeno Reinoso, Beatriz. (2023). «Gestación comercial y derechos fundamentales de las mujeres». *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, vol. 8, núm. 2, pp. 136-158.

¹⁰ Recomendamos, por su crudeza, la lectura profunda de su párrafo 7 (en el que se detallan aspectos contractuales que atentan gravemente contra la libertad de la gestante, afectando claramente su dignidad), que termina así: «(...) Y, finalmente, se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre

portantes especialistas que entienden que la gestación subrogada no supone ataque alguno a la dignidad de la mujer gestante¹¹, que no la instrumentaliza, sino que, en cambio, constituye un modo de empoderamiento y una faceta dimanante del libre desarrollo de su personalidad, incurriendo el Estado en una actitud paternalista al querer prohibirla, en lugar de ofrecerle garantías para protegerla contra comportamientos abusivos, en el entendimiento de que la mujer puede y debe decidir libremente qué hacer con su cuerpo.

Por otra parte, centrándonos en nuestro artículo, pretendemos abordar una cuestión muy interesante y que, asimismo, sirve para evidenciar la enorme complejidad de la materia tratada. Como es sabido, el problema que estamos planteando no es meramente teórico, sino que tiene un reflejo muy claro en la práctica jurídica. Estamos haciendo referencia a la controversia suscitada en torno al reconocimiento por parte de los Estados que la prohíben de los efectos de contratos de gestación subrogada llevados a término en terceros países que sí la aceptan, en concreto, el reconocimiento de la filiación entre los padres comitentes y el menor. Nos encontramos, en definitiva, ante supuestos de gestación subrogada comercial e internacional, práctica rechazada de plano por la inmensa mayoría de Estados parte del Consejo de Europa, tal y como veremos posteriormente¹².

gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal».

¹¹ Atienza, Manuel. (2015). «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos». *El notario del siglo XXI*, núm. 63: «Si la prohibición de instrumentalizar a un ser humano, o la obligación de respetar su dignidad, se entiende como debe entenderse, yo creo que se comprende también con facilidad que la gestación por sustitución no supone por sí misma ningún atentado contra la dignidad humana. Por supuesto, es posible que en el contexto de esas prácticas -como pasa en el contexto, pongamos por caso, de un contrato de trabajo- alguien trate a otro sin respetar su dignidad: solamente como un medio; pero esto nada tiene que ver con la cuestión que aquí importa». Por su parte, Presno Linera afirma que la «presunción, iuris et de iure, de que 'todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer', es el argumento que la citada mayoría del Comité de Bioética esgrime para rechazar de plano la gestación por sustitución (...). No comparto tal presunción si se está pensando en una explotación, en la sociedad española, de la mujer gestante que implique la lesión de alguno de sus derechos, sean fundamentales o legales. No digo que tal lesión no pueda producirse en España, sino que se pueden articular instrumentos de garantía para prevenirla, al margen, claro, de que si llega a producirse se apliquen a los culpables las correspondientes previsiones sancionadoras» (pág. 125); y concluye «por todo lo dicho, que una eventual regulación de la gestación por sustitución en los términos indicados sería perfectamente compatible con la dignidad y libre desarrollo de la personalidad (...) tanto si se optase por introducir un sistema altruista como si se admite una retribución económica y no una mera compensación» (pág. 129), en Presno Linera, Miguel Ángel. (2021). «Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante», en Carrio Sampedro, Alberto (Ed.). *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid, Marcial Pons, pp. 109-130.

¹² Los datos recabados por el Consejo de Europa son, por cuestiones obvias de espacio, sucintamente presentados en el apartado correspondiente al margen de apreciación nacional, en el entendimiento de que es precisamente respecto a este punto argumentativo donde tiene más sentido tenerlos presentes. La realidad es que parece haber un amplio consenso entre los Estados Miembros en cuanto al rechazo de esta práctica en su modalidad comercial, circunstancia que, en teoría, debería dificultar la alusión al margen de apreciación. Los datos del Informe sobre las respuestas de los Estados miembros al cuestionario sobre

Asimismo, se trata de una cuestión que ha dado lugar a abundante jurisprudencia en el TEDH, siendo famosos asuntos como *Mennesson c. Francia*, *Labassee c. Francia* o *Paradiso y Campanelli c. Italia*, casos clave que marcan las líneas de este tribunal para los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la materia que nos ocupa. La complejidad que acabamos de mencionar sitúa a los jueces de Estrasburgo en una encrucijada, toda vez que parece que el sentir mayoritario es el de un cierto rechazo a los vientres de alquiler, pero sin querer, como es lógico, que esto influya de manera negativa en los menores nacidos bajo esta fórmula, a los cuales no se les puede responsabilizar de la actitud de los padres comitentes. No obstante, nos encontramos ante una práctica a la que se recurre cada vez con más frecuencia, colisionando intereses privados e intereses públicos, y de la que, con total seguridad, van a seguir surgiendo conflictos, dado que hay un movimiento popular considerable que pide su regulación, al mismo tiempo que los Estados que la prohíben persisten en su negativa.

El objetivo que nos proponemos, en definitiva, es mostrar ciertas debilidades que, desde nuestro punto de vista, presentan los puntos clave de las argumentaciones del TEDH en su jurisprudencia sobre gestación por sustitución. Estos elementos son, en concreto, el margen de apreciación nacional, el interés superior del menor y el que a primera vista parece ser el sustento principal, el vínculo genético entre uno de los comitentes (o ambos) y el bebé. Finalmente, trataremos de apuntar alguna alternativa que, siempre a nuestro juicio, permita abordar el problema de un modo más decidido.

2. EL RECURRENTE RECURSO AL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: ¿REALIDAD O HUIDA HACIA DELANTE?

Los dos primeros casos clave en los que interviene el Tribunal de Estrasburgo sobre gestación por sustitución son los de *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, resueltos simultáneamente a través de las SSTEDH, Sección 5ª, de 26 de junio de 2014. Como sabemos, ambos asuntos presentaban identidad de objetos: un matrimonio francés que acude a Estados Unidos y, con el aporte de material genético por parte del marido, realiza un contrato de maternidad subrogada. Al volver a Francia, declarados el hombre como padre biológico del menor y la cónyuge como su madre legítima en la partida de nacimiento americana, el Estado les deniega su inscripción, incluyendo el extremo relativo a la filiación genética entre el padre y el menor. El Tribunal, en su decisión, basa una parte importante de su argumentación en el margen de apreciación nacional, debido a la ausencia de consenso (§ 77) entre los Estados

acceso a la procreación medicalmente asistida, sobre el derecho de los niños nacidos por procreación medicalmente asistida a saber sus orígenes y sobre maternidad subrogada están disponibles, en inglés, en <https://rm.coe.int/inf-2022-13-map-november-2022-replies-e-/1680aa03ed>

parte del Consejo de Europa¹³, no sólo respecto a la práctica de la gestación por sustitución, sino incluso en lo relativo a la decisión de reconocer los efectos del contrato y el medio para llevar a cabo dicho reconocimiento¹⁴. Es llamativa esta apelación a la falta de consenso, no tanto en los asuntos *Mennesson* y *Labassee*, entendible a partir de los datos que se manejaban entonces, sino en los posteriores¹⁵, incluyendo el Dictamen Consultivo de 10 de abril de 2019¹⁶, también relativo al asunto *Mennesson*¹⁷.

No obstante, el recurso al margen de apreciación nacional, doctrina de una relevancia innegable en la jurisprudencia del TEDH¹⁸, desde nuestro punto de vista no

¹³ Así lo vemos en el § 78 de la Sentencia: «The Court observes in the present case that there is no consensus in Europe on the lawfulness of surrogacy arrangements or the legal recognition of the relationship between intended parents and children thus conceived abroad. A comparative-law survey conducted by the Court shows that surrogacy is expressly prohibited in fourteen of the thirty-five member States of the Council of Europe – other than France – studied. In ten of these it is either prohibited under general provisions or not tolerated, or the question of its lawfulness is uncertain. However, it is expressly authorised in seven member States and appears to be tolerated in four others. In thirteen of these thirty-five States it is possible to obtain legal recognition of the parent-child relationship between the intended parents and the children conceived through a surrogacy agreement legally performed abroad. This also appears to be possible in eleven other States (including one in which the possibility may only be available in respect of the father-child relationship where the intended father is the biological father), but excluded in the eleven remaining States (except perhaps the possibility in one of them of obtaining recognition of the father-child relationship where the intended father is the biological father)».

¹⁴ Afirma el Tribunal en el § 79 de la Sentencia que esta «falta de consenso refleja el hecho de que el recurso a la maternidad subrogada plantea cuestiones éticas delicadas. Confirma también que los Estados deben disponer, en principio, de un amplio margen de apreciación, no sólo para decidir si autorizan o no este método de reproducción asistida, sino también para decidir si reconocen o no una relación jurídica paterno-filial entre los niños legalmente concebidos como resultado de un acuerdo de maternidad subrogada en el extranjero y los padres intencionales» (traducción propia).

¹⁵ De este modo, por citar algunos, aparece de nuevo en los asuntos *Paradiso* y *Campanelli* c. Italia (§§ 192 y ss., entre otros), D. c. Francia (§§ 48 y ss. y 71), *Valdís Fjölfnisdóttir* y otros c. Islandia (§§ 68 y ss. y 75), A. M. c. Noruega (§§ 13 y 16 y opiniones separadas), K. K. c. Dinamarca (§§ 45, 50, 68 y 76, entre otros) o en D. B. y otros c. Suiza (§§ 78, y ss. y opiniones separadas).

¹⁶ Dictamen de la Gran Sala en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, solicitado por el Tribunal de Casación Francés (Demanda n° P16-2018-001), presentado en Estrasburgo el 10 de abril de 2019.

¹⁷ En el § 43 afirma que «cuando no haya consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la importancia relativa del interés en cuestión o sobre la mejor manera de protegerlo, en particular cuando el caso plantee cuestiones morales o éticas delicadas, el margen de apreciación será amplio. El mencionado estudio de Derecho comparado muestra que, a pesar de una cierta tendencia hacia la posibilidad de reconocer legalmente la relación entre los niños concebidos a través de la gestación subrogada en el extranjero y los padres comitentes, no existe consenso en Europa sobre esta cuestión (...)».

¹⁸ Sánchez-Molina, Pablo. (2015). «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, pp. 224-231: «La primera ocasión en que el TEDH fundamentó esta doctrina fue en el Caso *Handyside*. El TEDH consideró que en un ámbito en el que no había una posición uniforme entre los Estados parte, como era la protección de la moral, las autoridades nacionales gozaban de un cierto margen de

es del todo comprensible. Como es sabido, este cierto grado de libertad concedido a los Estados se sustenta sobre un presupuesto, la ya mencionada falta de consenso. Pero, ¿es real este desacuerdo en torno a la gestación por sustitución en los Estados miembros del Consejo de Europa? Desde nuestro punto de vista, no. La rotundidad de esta negación se basa en el análisis realizado del ya recogido *Informe sobre las respuestas de los Estados miembros al cuestionario sobre acceso a la procreación médicamente asistida, sobre el derecho de los niños nacidos por procreación médicamente asistida a saber sus orígenes y sobre maternidad subrogada*¹⁹, presentado en Estrasburgo el 23 de noviembre de 2022 por el Comité de Bioética del Consejo de Europa. No es posible realizar aquí una valoración detallada de este documento, pero sí que resulta pertinente aportar algunos datos que, sin duda, evidencian el porqué de nuestra opinión.

Por un lado, dos tercios de los 37 Estados²⁰ rechazan la gestación por sustitución, lo cual es un aspecto que ya en sí mismo supone un punto de partida consistente a la hora de afrontar un análisis imparcial sobre esta práctica; por otro lado, de los Estados que sí aceptan los vientres de alquiler, prácticamente ninguno aprueba la modalidad comercial. Bélgica, Dinamarca, Georgia, Grecia, Países Bajos (al menos hasta ahora, aunque es probable que la regule), Reino Unido, Portugal y Canadá (que, junto a Israel, participaba en su calidad de observador externo) han manifestado claramente su oposición a las prácticas comerciales, permitiendo únicamente una compensación por los gastos médicos y el lucro cesante en caso de que la madre sustituta deba dejar de trabajar para gestar; sólo Israel, Ucrania y Rusia²¹ (hasta antes del inicio de la guerra entre estos dos últimos Estados) han aceptado la opción de remunerar a la madre gestante.

Esto nos debe llevar a una primera conclusión muy evidente: si analizamos la práctica de los vientres de alquiler desde una perspectiva genérica, observamos una oposición entre los Estados que rechazan su regulación, dos tercios, y los que sí la aceptan, el tercio restante. Pero si profundizamos, vemos que entre los Estados que forman ese último tercio que sí permite la gestación por sustitución, una amplia mayoría únicamente acepta la modalidad altruista, de modo que se puede concluir, *sensu contrario*, que, a excepción de Israel y Ucrania (y Rusia, por seguir con los datos recabados en el Informe) el resto de Estados del Consejo de Europa rechaza la modalidad comercial. Esta conclusión contrasta con lo sostenido por el TEDH: que la gestación por sustitución es una cuestión, con implicaciones éticas (algo que no ponemos en

apreciación al estar en una mejor posición para decidir. Es decir, el TEDH concede a los Estados una cierta deferencia al aplicar las restricciones a derechos fijadas en el Convenio en ámbitos en los que no existe un consenso europeo. Deferencia que no es absoluta, correspondiendo al propio Tribunal la consideración de la idoneidad de su uso a través de un juicio de proporcionalidad» (pág. 226).

¹⁹ Véase nota 12.

²⁰ 37 son los Estados que, de entre todos los consultados, emitieron respuestas válidas al cuestionario objeto de estudio del Informe.

²¹ Aunque Rusia ya no forma parte del Consejo de Europa, había remitido las respuestas al cuestionario, de modo que lo hemos incluido en el análisis realizado de los datos.

duda), en la cual no hay consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Si ya es difícil aceptar este razonamiento partiendo de una perspectiva genérica, aún más lo es si, como ocurre en la jurisprudencia de Estrasburgo sobre la materia, la totalidad de los casos surge por contratos de gestación por sustitución comercial. ¿Cómo no va a haber consenso si, salvo tres Estados, todos rechazan la práctica de la subrogación comercial? Desde nuestro punto de vista, la doctrina del margen de apreciación nacional no debería ser de aplicación para este tipo de casos. No es, en absoluto, que no estemos ante una cuestión compleja, que plantea importantes matices éticos; la cuestión es, en realidad, que la falta de consenso no se sustenta, en tanto que no estamos ante casos de gestación subrogada, en general, sino ante casos de gestación subrogada en su modalidad comercial (e internacional).

En definitiva, el margen de apreciación nacional es el que supone, por ejemplo, la condena a Francia²², Estado que es obligado a inscribir (del modo que crea conveniente) el vínculo que une al padre intencional biológico y al menor (y, a partir del Dictamen, también el vínculo existente entre el menor y la cónyuge del padre intencional biológico), sobre la base de que la identidad es un elemento esencial de la vida de cualquier persona, para cuya construcción la filiación es un aspecto clave. De este modo, el margen de apreciación que, en principio, es amplio para decidir sobre los contratos de maternidad subrogada y su reflejo en la creación de relaciones interpersonales que suponen la manifestación concreta del derecho a la vida familiar de los demandantes (el matrimonio y el menor), es, en cambio, limitado en cuanto al reconocimiento de los vínculos de la filiación, aspecto del derecho a la vida privada del menor.

Está lejos de nuestro ánimo que no se conceda la protección debida a los menores nacidos bajo esta fórmula, para los cuales habría que buscar una solución eficaz, sin ningún género de dudas. No obstante, entendemos que la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional no cuenta con el presupuesto de la falta de consenso de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la materia, cuya complejidad no se puede negar al poseer matices éticos controvertidos, pero sobre la que se han pronunciado de un modo incontestable; y, además, la doctrina del margen de apreciación conlleva, en estos casos, la obligación del Estado a actuar en contra de sus intereses, a pesar de que dichos intereses sean compartidos por la práctica totalidad de los miembros del Consejo de Europa. Dicho de otro modo, el margen de apreciación no supone, como en otros asuntos, la libertad del Estado para conseguir sus objetivos (legítimos, tal y como aparece en numerosas sentencias sobre gestación subrogada), sino para, precisamente, forzarlos a aceptar actos perseguidos dentro de sus

²² Como veremos a continuación, la incoherencia no es únicamente partir de un presupuesto débil (la ya mencionada falta de consenso, que no parece tal), sino que, además, se acepta que los Estados cuentan con margen de apreciación para, posteriormente, limitarlo y, de este modo, forzarlos a convalidar consecuencias que van en una dirección contraria a la opinión abrumadoramente mayoritaria sobre la materia.

fronteras, aun existiendo datos que demuestran que tales objetivos lo son también de la mayoría de los Estados parte del Consejo de Europa.

3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR²³ EN ENTREDICHO

Otro aspecto interesante, estrechamente ligado al anterior en bastantes puntos²⁴, en la resolución de estos asuntos por parte del TEDH lo constituye el interés superior del menor. Nos encontramos ante una figura jurídica, reconocida en el art. 3 CDN²⁵, que se ha ido configurando como un concepto jurídico indeterminado, de modo que pueda ser adaptado a las circunstancias de un caso concreto en función del operador jurídico que esté actuando: el legislador, un órgano administrativo, un tribunal, etc. Tal y como se sostiene en la Observación General n° 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, del Comité de los Derechos del Niño, el interés superior del menor posee una naturaleza tridimensional, pudiendo aparecer como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento (§ 6). Sin embargo, el aspecto más interesante de este documento es la insistencia con la que el Comité defiende que, siempre que se vaya a adoptar una decisión que afecte a un menor, se deben considerar de un modo profundo las circunstancias concretas del niño o niña de que se trate y respetar escrupulosamente sus derechos.

Siendo así las cosas, es obvio que, en asuntos de gestación por sustitución, el interés superior del menor va a desempeñar un rol protagonista. En efecto, en todos los casos en los que el TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse, esta figura ha aparecido con un peso específico en la toma de decisiones. De hecho, lo hace en íntima conexión con el margen de apreciación, analizado en el apartado anterior, toda vez que es precisamente el interés superior del menor el que implica que la libertad de actuación de los Estados esté limitada en lo que al derecho a la vida privada se refiere.

²³ Muy interesante respecto al interés superior del menor en materia de maternidad subrogada es el artículo, recientemente publicado, de Serrano Ochoa, M^a Ángeles. (2023). «El interés superior del menor como eje vertebrador de la futura regulación de la gestación por sustitución solidaria en España». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 129, pp. 117-144.

²⁴ Continuamos el análisis partiendo de la premisa de que el TEDH recurre con naturalidad al margen de apreciación nacional, aun cuando en el apartado 2 hayamos concluido que, desde nuestro punto de vista, no se da la premisa fáctica de la falta de consenso. No obstante, en el apartado 3, en la relación de ponderación entre margen de apreciación nacional e interés superior del menor, se debe entender que analizamos a partir de la postura que muestra el Tribunal de Estrasburgo. Dicho de otro modo, las premisas no son acumulativas, puesto que las argumentaciones del TEDH conceden un papel esencial, en estos asuntos, al margen de apreciación nacional. Esto es lo que justifica que, en el presente apartado, hablemos del margen de apreciación tal y como lo sostiene el Tribunal.

²⁵ «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Sin embargo, es preciso apuntar algunos aspectos que tienen como consecuencia que la argumentación de Estrasburgo respecto a la gestación por sustitución, desde nuestro punto de vista, contenga algunas sombras que, además, pueden crecer en el futuro. Como hemos comentado, el interés superior exige la valoración casuística de las circunstancias particulares del menor sobre el que se esté tomando una decisión, exigencia que dificulta la objetivación de una serie de parámetros que sirvan como base jurisprudencial. Así, basta con realizar un simple acercamiento a cualquiera de los casos que estamos comentando para comprobar que ambos actores en litigio, esto es, tanto el Estado como los padres intencionales, apelan al interés superior del menor en sus intervenciones, entendiendo cada parte que el interés superior del menor en cuestión es, simple y llanamente, lo que cada una defiende. Lo vemos, por ejemplo, en *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto en el que las autoridades italianas habían ordenado que el menor fuera separado de los padres intencionales tras comprobar que se trataba de un caso de gestación subrogada, sin que existiera vínculo genético (quizás por negligencia de la clínica rusa) y con sospechas respecto de la comisión de algunos delitos, como falsedad documental, por parte del matrimonio. En estas circunstancias, los señores Paradiso y Campanelli argumentaban que el interés superior del menor no había sido valorado en ningún caso por las autoridades nacionales, y que, en caso de haberlo sido, este interés jamás podría ser la separación de ellos, decisión que implicaba la «ruptura inmediata e irremediable de los lazos familiares» (§ 110). En cambio, el Estado entiende que la decisión de dotar al niño de otra familia que pudiera proporcionarle un desarrollo sano y seguro, con la que pudiera disfrutar de una vida privada y familiar plena, lograba un equilibrio entre su interés superior y el margen de apreciación nacional (§ 127). El TEDH, en este caso, como es bien sabido, considera que las autoridades nacionales actuaron dentro de los límites que les permite el margen de apreciación, amplio en esta ocasión toda vez que están en juego los intereses del matrimonio demandante (no los del menor), encarnados en el respeto a su derecho a la vida privada (que no familiar) y los del Estado, que implicaban no legalizar una situación creada por el matrimonio en violación de importantes normas del Derecho italiano (§ 215).

Respecto a la argumentación en torno al interés superior del menor, llama poderosamente la atención cómo el Tribunal de Estrasburgo no se sitúa en la línea jurisprudencial previa, tanto más cuando acude a los parámetros establecidos en casos de adopción internacional sobre la base de la ausencia del vínculo genético, en los que lo importante era la valoración de la calidad del lazo creado entre los padres (adoptivos en aquellos asuntos, intencionales en éste) y el o la menor, y el estudio de las circunstancias personales de este último. En esta línea, en aquellos asuntos en los que las autoridades nacionales habían tomado las decisiones sin llevar a cabo un análisis pormenorizado de la situación personal del menor, esta omisión supuso, por sí sola, un elemento importante de la *ratio decidendi* del Tribunal. Así las cosas, en asuntos como *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, *X. c. Letonia*, *Rinau c. Lituania* (aunque, si bien es cierto, esta Sentencia es posterior) o *Ageyevy c. Rusia*, el TEDH valora concienzudamente si

las autoridades nacionales habían tenido en cuenta todos los aspectos que incidían en la vida de los y las menores implicados, actitud que contrasta con el modo de resolver en *Paradiso y Campanelli c. Italia*, donde observamos que no se hace alusión alguna al análisis sobre en qué consistía el interés superior de este menor en concreto, como señalan los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev en su opinión discrepante²⁶.

El segundo asunto, cuya lectura detenida nos puede servir como evidencia de cierta controversia (recogida, además, en las opiniones separadas), es el de *A. M. c. Noruega*. En sus antecedentes de hecho se describe cómo el Tribunal de Oslo pone en el centro del debate el interés superior porque en la práctica totalidad de los casos en los que está presente un o una menor, es utilizado en las respectivas argumentaciones por ambas partes en litigio, afirmando que una interpretación objetiva sobre él es altamente compleja²⁷, como acabamos de señalar.

No es éste el único aspecto interesante que encontramos en este asunto. Para orientar al lector es preciso mencionar, brevemente, que en el presente caso la demandante era una mujer que, en principio, iba a ser la madre intencional de un bebé obtenido con el aporte de material biológico de la que, al tiempo de suscribir el contrato, era su pareja (por tanto, sin que la uniera vínculo biológico alguno con el bebé). Ambos habían creado un proyecto parental en común, pero en el *interim* rompieron su relación. La jurisprudencia sentada a partir del Dictamen consultivo implicaba que el derecho a la vida privada del menor exigía también el reconocimiento del vínculo con la madre intencional, pareja del padre biológico. El Estado cuenta con la libertad de implementar el instrumento que considere oportuno (inscripción de la partida de nacimiento, facilitar la adopción del hijo del cónyuge u otros, siempre y cuando sean eficaces), como consecuencia de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, siempre que lo haga en el tiempo estrictamente necesario y sin dilaciones (lo que junto con el reconocimiento de dicho vínculo supone la concreción del interés superior del menor).

²⁶ Así se observa en el § 12 de la opinión particular: «With respect to the interest of the child, we have already noted that we are surprised by the characterisation given to the child's situation as one of being in a «state of abandonment». At no point did the courts ask themselves whether it would have been in the child's interest to remain with the persons who had assumed the role of his parents. The removal was based on purely legal grounds. Facts came into play only to assess whether the consequences of the removal, once decided, would not be too harsh for the child. We consider that in these circumstances it cannot be said that the domestic courts sufficiently addressed the impact that the removal would have on the child's well-being. This is a serious omission, given that any such measure should take the best interest of the child into account (...)».

²⁷ En el § 51 de la STEDH, Sección 5ª, de 24 de marzo de 2022 (Asunto *A. M. c. Noruega*), se lee: «The parties typically had quite diverging views of what would serve the best interests of the child in a specific case, and there could be good child welfare arguments for different results. This was often the case in parental disputes concerning living and access arrangements, and it was then up to the courts to balance conflicting considerations against each other. In cases of such nature, the outcome was often the result of a specific assessment. It could not be ruled out that the best interests of the child was a decisive argument in cases that had a bearing on the relationship between parents and children (...)».

La controversia aparece cuando la legislación noruega exige el consentimiento para llevar a cabo la adopción; puesto que se había roto la relación entre la demandante y su ex pareja, éste no lo otorgó, siendo él en consecuencia el único capacitado para representar al menor. Esto conlleva que la señora A. M. no pueda recurrir a Estrasburgo junto al niño que, en definitiva, iba a ser su hijo y con el que, además, había compartido las primeras etapas de su vida. La cuestión se hace aún más compleja cuando se conoce que el proceso de adopción se había dilatado durante siete años, periodo que habría dado lugar a la condena de Noruega, sin ningún género de dudas, en caso de que el menor hubiera actuado como demandante (así ocurre, por ejemplo, en el asunto *D. B. y otros c. Suiza*, resuelto por la STEDH, Sección 3ª, de 22 de noviembre de 2022).

Por el contrario, el desempeño de las autoridades noruegas no supone, a juicio del TEDH, una extralimitación del margen de apreciación nacional porque lo que estaba en cuestión eran los derechos de la demandante y no los del niño, algo que, desde mi punto de vista, no responde a la realidad. El reconocimiento de los derechos de la demandante tiene una influencia evidente en la vida del menor, del cual, no olvidemos, ella había sido su primera madre social (así calificada literalmente en la Sentencia) hasta que su ex pareja rehízo su vida. El interés superior del menor ha de ser tenido en cuenta siempre que la decisión a adoptar vaya a repercutir en su vida, sin que la CDN en su art. 3 exija que éste ocupe una posición procesal determinada (aspecto en el que incide especialmente el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n.º 14, como ya hemos mencionado anteriormente). La realidad es que el menor no había actuado como demandante porque la señora A. M. no tenía la capacidad procesal de representar sus intereses, entre otros motivos porque su ex pareja, padre biológico del niño, no había dado su consentimiento para que se perfeccionara la adopción; y, por otra parte, el padre no lleva tampoco a cabo la representación del menor porque, principalmente, lo que entendemos que hubiera sido el interés superior de su hijo —mantener la relación con su primera madre social y que se reconociera el vínculo que los unía— iba en contra de su propia posición procesal²⁸.

Finalmente, es muy agudo el voto particular de los jueces Kjølbros, Koskelo y Yüksel en el asunto *K. K. y otros c. Dinamarca*. Se centran en esta figura y realizan un análisis bastante crítico de la interpretación que sobre el art. 3 CDN hace el TEDH. Para ellos, en primer lugar, este precepto habla de «una» consideración primordial y no «la» consideración primordial, sosteniendo que el interés superior del menor

²⁸ El juez O’Leary, en su opinión separada, señala éste como otro de los problemas que trae consigo la maternidad subrogada: «By entering a surrogacy arrangement abroad which practice is not lawful in their own State, an intended parent embarks on a legally precarious journey. States cannot necessarily be held accountable for what may subsequently unfold and too often the cases before the Court reveal the risk that children become the victims of well-intentioned but desperate and at times conflictual parental projects. However, it is hard not to conclude, from the existing case-law of the Court, that the journey is particularly precarious for non-biological parents and even genetic (not gestational) mothers, in relation to whom the law has not kept pace either of social reality or of science».

debe ser un valor más a ponderar entre todos los que entren en conflicto. A continuación, se centran en la palabra «primordial», poniendo en cuestión qué es lo que realmente significa, negando que pueda concedérsele una interpretación basada en su definición, esto es, entender que primordial es «más importante que cualquier otra cosa» (§ 93). De este modo, no se puede entender que, cuando entren en conflicto distintos bienes jurídicos, entre los cuales se encuentre el interés superior del menor, no puedan tomarse en consideración los restantes, algo que no siempre ha hecho el TEDH²⁹. En definitiva, concluyen, no les parece conveniente privar a los Estados parte de ningún ápice de su margen de apreciación nacional en una cuestión tan compleja como la de los vientres de alquiler a través de la interpretación literal del art. 3 CDN, porque ello conllevaría que no pudieran hacer prevalecer su Derecho interno en cuestiones de política general. Dicho de otro modo, actuar de esta manera supone que el interés superior del menor anule la capacidad de reacción de los Estados ante problemas de orden público en los que se puedan ver afectados menores, como es el caso de la gestación por sustitución (§ 109).

En conclusión, en lo que respecta al interés superior del menor debemos afirmar que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que ha dado lugar a ciertas controversias desde su incorporación como «una» consideración primordial en la CDN de 1989, hasta el punto de que el propio Comité de los Derechos del Niño debió dedicarle una Observación General. El TEDH, por su parte, ha recurrido a esta figura siempre que, de un modo u otro, un o una menor estaba implicado en el objeto de controversia de un asunto. A pesar de ser esto cierto, no deja de llamar la atención el peso específico que se le concede en función de si el menor ostenta, o no, legitimación procesal, algo que difiere de la interpretación que del art. 3 CDN realiza el Comité. En ese sentido, es digno de resaltar que, en asuntos como los que estamos analizando, en los que los intereses del Estado tienen una marcada relevancia, el Tribunal de Estrasburgo matice su jurisprudencia anterior respecto al debido modo de actuar que tienen que llevar a cabo las autoridades nacionales en relación a las circunstancias concretas del niño implicado en un litigio, con el objetivo de tratar de justificar un pronunciamiento no condenatorio para el Estado demandado. Así, es clave el hecho de que en los asuntos de *Paradiso y Campanelli c. Italia* y *A. M. c. Noruega* se haya abordado la posible vulneración del art. 8 CEDH sólo respecto del matrimonio y de la madre intencional, respectivamente, sin incluir de un modo

²⁹ § 96: «Even in the context of Convention rights that are not of an absolute nature, it can hardly be correct to argue that the protection of the best interests of a child should mean that in individual cases no other considerations can be taken into account under any circumstances, or that those interests must always be regarded as more important than anything else. In reality, the Court has clearly not followed such an absolute approach. For instance, in cases of opposition between the interests of the child and those of one or both parents, it requires that the domestic authorities should seek to reconcile the rights of the parties instead of only paying attention to the individual best interests of the child. Actually, there are instances where the Court has expressly criticised the domestic authorities for ‘focusing on the interests of the child’ (...).».

decidido a los propios menores implicados en ambos asuntos³⁰. Dicho de otro modo, entendemos que, en caso de haber incluido un enfoque dirigido a analizar también posibles afectaciones a los derechos de los menores involucrados, el pronunciamiento del Tribunal hubiera sido diverso, de modo que puede generar dudas el hecho de que sea la legitimación procesal la que predisponga el sentido de la resolución y, en los casos que nos ocupan, el hecho de que la interpretación de lo que debe ser el interés superior del menor no responda a aspectos que en otros asuntos sí fueron determinantes.

4. ¿PUEDE EL VÍNCULO GENÉTICO RESOLVER TODAS LAS CUESTIONES SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA?

El último elemento argumental sobre el que pretendemos poner el foco es el relativo al vínculo genético, o su ausencia, entre un padre intencional (o ambos) y

³⁰ V. Hernández Llinás, Laura. (2020). «Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas». *Revista de Derecho Político*, núm. 107, pp. 181-210. Coincidimos con la autora, que centra la cuestión, únicamente respecto al asunto Paradiso y Campanelli c. Italia, en que surgen interrogantes respecto de no haber tratado el problema también en lo concerniente al menor: «El interés superior del menor, cuya fuerza se sobrepuso a la del orden público en los pronunciamientos dirigidos contra el Estado francés [está haciendo referencia a los asuntos Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia], no tuvo en este caso virtualidad suficiente como para deslegitimar las actuaciones del Estado italiano. (...) no fueron objeto de examen las posibles vulneraciones de los derechos del menor, sino exclusivamente los derechos de los padres intencionales. Probablemente, el sentido del fallo hubiera sido distinto si se hubiera considerado al matrimonio italiano legitimado para representar los intereses del menor, de tal forma que las injerencias en los derechos de este último pudieran ser valoradas a la luz del CEDH. (...) fue la decisión de centrar el razonamiento exclusivamente en las injerencias en los derechos de los padres intencionales lo que condujo a aceptar la validez definitiva de una medida que, de haberse examinado desde un enfoque distinto, probablemente habría sido calificada como desproporcionada y contraria al art. 8 CEDH» (pág.195). Esta conclusión es perfectamente aplicable también a lo decidido en el asunto A. M. c. Noruega, incluso con dos argumentos que le otorgan aún más fuerza: en primer lugar, el modo de actuar del matrimonio Paradiso y Campanelli sí supone una vulneración del ordenamiento jurídico italiano, de modo que se puede considerar que quienes vulneran la legalidad sólo por cumplir su deseo de ser padres quizás no estén preparados para serlo, frente a la señora A. M., que lleva a cabo todas las actuaciones pertinentes para cumplir con la legalidad y adoptar al hijo de su (ex) pareja; en segundo lugar, el conflicto primitivo no es entre la demandante y el Estado, sino entre la demandante y su ex pareja, de modo que no se produce ninguna alteración del orden público. Si se hubiera aceptado la legitimación procesal del menor, a través de la representación de la recurrente o, al menos en los procedimientos internos, del Ministerio Fiscal, seguramente los pronunciamientos habrían sido diversos. En definitiva, existe, desde nuestro punto de vista, un conflicto de intereses entre el padre biológico y el menor, puesto que lo que el primero pretende es fundar una familia nueva formada por él, su nueva pareja y el hijo que había tenido con la señora A. M., frente al interés superior del menor, que implicaría prolongar el contacto con la persona que es calificada como primera madre social. Es decir, si extrapolamos el caso al de una pareja que concibe del modo tradicional, el hecho de que se produzca una separación conlleva que, en aras de salvaguardar el mejor interés del hijo común, éste guarde relación con ambos. En el asunto A. M. c. Noruega, el TEDH no ha tenido en cuenta este conflicto de intereses, que es el que da lugar a toda la cadena de litigios que desembocan en el recurso ante Estrasburgo.

el o la menor. Hasta ahora hemos visto que los asuntos sobre gestación por sustitución han sido abordados por el TEDH a través del análisis de posibles vulneraciones al derecho a la vida familiar (de los comitentes y del menor) o al derecho a la vida privada (del menor) sobre la base de que, para éste, constituye un elemento esencial la construcción de la identidad, para lo cual la filiación es un pilar basilar. Así, el margen de apreciación de los Estados es amplio respecto al reconocimiento de los lazos que edifican el núcleo familiar, pero es considerablemente más restringido en cuanto a los vínculos de filiación, en el entendimiento de que el interés superior de los y las menores implicados en estos casos es su reconocimiento. El planteamiento de este apartado, entonces, es de una relevancia evidente, pues ese derecho a la vida privada del menor emana con fuerza cuando existe vínculo genético. En su ausencia, el TEDH ha mostrado mayor facilidad para no condenar a los Estados. No obstante, dirigimos ahora la atención a este aspecto porque la argumentación se sostiene en elementos que pueden dar lugar a controversia en un futuro (y, de hecho, todo parece indicar que así será).

En primer lugar, la evolución de la ciencia va a poner, sin lugar a dudas, en entredicho el principio *mater semper certa est*, esto es, el establecimiento de la filiación materna a partir del parto, de lo que es ejemplo nuestro sistema según lo establecido en el art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida³¹. Respecto a este extremo, contamos ya con el asunto *D. c. Francia*, resuelto por la STEDH, Sección 5ª, de 16 de julio de 2020. Trata de una pareja comitente que suscribe un contrato de gestación subrogada con aporte de material biológico por parte del hombre y de la mujer, aspecto que ya se había anticipado en el Dictamen de 10 de abril de 2019 (§ 47³²). El Tribunal de Estrasburgo no entra a valorar esta circunstancia porque los recurrentes no habían informado a las autoridades francesas de que ella era también madre biológica de la menor, dejando escapar la oportunidad de pronunciarse acerca de un interrogante de enorme calado.

Profundizando en este tema, en los Estados en los que rige el principio *mater semper certa est*, cabe plantearse qué ocurre cuando la madre intencional ha aportado material genético. ¿Cómo es posible que se considere padre al hombre que aporta sus gametos y que, paralelamente, no se considere madre a la mujer que hace exactamente lo mismo (incluso a través de un procedimiento bastante más invasivo que en el caso del hombre)? Y, siguiendo en esta línea, ¿cómo es posible que se reconozca el vínculo genético del hombre de forma directa y a la cónyuge, que en el presente caso ha aportado también su material biológico, se le exija iniciar un proceso de adopción de la hija de su marido? Pues siendo éstas las circunstancias del caso, el TEDH

³¹ «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto».

³² «A pesar de que el procedimiento interno no trata el asunto de un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y concebido con óvulos de la madre comitente, el Tribunal considera importante subrayar que, cuando la situación es similar a la planteada en el presente procedimiento, en tal caso se ejerce con más razón la exigencia de prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre el niño y la madre comitente».

considera que Francia no se extralimitó en su margen de apreciación, de modo que no existió vulneración del derecho contenido en el art. 8 CEDH³³, en tanto que la filiación materna se presentaba, en esta ocasión, desconectada del parto, por lo que había que establecerla judicialmente (§ 77). A pesar de que se plantea una situación de discriminación clara entre el hombre y la mujer, el TEDH rechaza entrar en este aspecto porque, como mencionamos anteriormente, fue planteada de forma extemporánea (§ 82). En conclusión, nos encontramos ante un asunto que proyecta una serie de interrogantes más al ya controvertido problema de la gestación por sustitución, a la que en algún momento deberá dar respuesta Estrasburgo: ¿es viable mantener incondicionadamente la aplicación del principio *mater semper certa est*? ¿Es madre quien aporta los óvulos, del mismo modo que es padre el que aporta el esperma? ¿Podemos considerar que hay más de un tipo de madre a raíz de la evolución de la ciencia? Y finalmente, en caso de que aceptemos, como por otra parte parece lógico en comparación con la situación del hombre, que es madre también quien aporta los óvulos, ¿qué consecuencias puede tener en cuanto a la no aplicación del principio *mater semper certa est* respecto de madres intencionales de menores nacidos a partir de óvulos de donantes anónimas y gestantes que renuncian legalmente a su maternidad?

El panorama, en consecuencia, no parece ser muy optimista para los Estados que pretenden luchar contra esta práctica. El vínculo genético es simultáneamente la razón que obliga a reconocer efectos jurídicos a estos contratos (cuando existe vínculo) y la que les permite no reconocerlos (cuando no existe), con la peculiaridad de que su existencia es un argumento robusto y su ausencia empieza a ser considerada un argumento cada vez más débil, siendo que, si acaba por caer, se abrirá la veda a la gestación subrogada en todas sus expresiones. La jurisprudencia actual puede resolver casos de parejas heterosexuales, de parejas homosexuales (de hombres) y de varones actuando de forma individual; en el momento en el que se dé respuesta al interrogante planteado respecto al principio *mater semper certa est*, la jurisprudencia podrá resolver también casos de parejas homosexuales (de mujeres) y de mujeres actuando de forma individual, siempre y cuando se implante el óvulo de una de ellas en el vientre de la mujer gestante.

De este modo, es necesario preguntarse si el vínculo genético va a poder sostener todo este sistema jurisprudencial, cuestión esencial si tenemos en cuenta el modo en que evoluciona la sociedad, las distintas situaciones que se dan *de facto* y la aparición de nuevas formas de familia. Desde nuestro punto de vista, el lazo biológico ha sido, con mayor o menor acierto, con argumentaciones más o menos fuertes, la verdadera

³³ «70. La Cour retient ainsi que l'adoption de l'enfant du conjoint constitue en l'espèce un mécanisme effectif et suffisamment rapide permettant la reconnaissance du lien de filiation entre les première et troisième requérantes.

⁷¹. En conséquence, en refusant de procéder à la transcription de l'acte de naissance ukrainien de la troisième requérante sur les registres de l'état civil français pour autant qu'il désigne la première requérante comme étant sa mère, l'État défendeur n'a pas, dans les circonstances de la cause, excédé sa marge d'appréciation» (§§ 70 y 71)».

ratio decidendi en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre gestación subrogada. Y sostenemos esta afirmación sobre la base de que el margen de apreciación nacional, además de partir de una premisa errónea (ya comentada), ha permitido a las autoridades nacionales decidir no aceptar las consecuencias de actos realizados en fraude de ley cuando no ha habido aporte de material genético (por ejemplo, en *Paradiso y Campanelli c. Italia*), pero se lo ha impedido en aquellos asuntos en los que sí lo hubo (asuntos *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, como los paradigmáticos de entre todos los ya mencionados a lo largo de este trabajo).

No obstante, ya se han ido alzando voces que cuestionan esta forma de resolver. Es interesante en este punto abordar el asunto *Valdís Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia*, resuelto por la STEDH, Sección 3ª, de 18 de mayo de 2021. En este caso nos encontramos ante un matrimonio formado por dos mujeres, que acude a Estados Unidos para ser madres de una bebé a través de gestación por sustitución. No existe vínculo alguno entre ninguna de las dos y la menor y las tres son demandantes ante el TEDH. Estamos, por tanto, ante un caso con tintes similares a los del asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*. A pesar de esto, hay que resaltar que el modo de actuar de las autoridades islandesas dista mucho del llevado a cabo por las italianas. En el caso islandés, si bien se denegó la inscripción de la niña como hija de este matrimonio (a partir de la virtualidad del principio *mater semper certa est*), lo cierto es que en todo momento se facilitó la convivencia de la menor con sus madres intencionales, procurando reconocer de algún modo la relación entre las tres (aunque no pudo ser a través de la adopción por distintas circunstancias, la niña tenía una tutora legal, perteneciente a las autoridades islandesas, y estaba dada en acogida permanente a una de las dos madres).

Respecto a la resolución del caso, hay que mencionar que, aunque las tres habían sido demandantes, lo que alegaban era vulneración a su derecho a la vida familiar, entendiendo el TEDH que no se había producido porque, precisamente, las autoridades habían facilitado en todo momento su convivencia. Es más, la menor ostenta legitimación activa representada por este matrimonio, a diferencia del caso *Paradiso y Campanelli*. El problema de fondo es que no se alegó la vulneración de la vida privada de la menor y el Tribunal de Estrasburgo no entra en esta cuestión. Pero el Juez Lemmens, en su opinión separada, comienza a cuestionar la relevancia del vínculo genético, entendiendo que la relación que se establece entre un menor y sus padres intencionales, aun sin existir vínculos genéticos entre ellos, puede sufrir repercusiones negativas si no es reconocida jurídicamente, llegando a afirmar que el impacto para los niños nacidos a través de esta práctica es el mismo, exista vínculo genético o no, dudando sobre la eficacia de la adopción pues, como ocurre en el presente caso, no siempre resulta una solución viable. En conclusión, en respuesta al interrogante que titula este apartado, no somos del todo optimistas en cuanto a la fortaleza del vínculo genético como soporte de la variada casuística que puede presentarse en un futuro próximo; no obstante, y a pesar de lo comentado respecto a las voces encabezadas por el juez Lemmens, sí parece que el vínculo biológico ha sido el aspecto que,

en el fondo, ha servido al TEDH para trazar la frontera entre la necesidad, o no, de reconocer efectos jurídicos a los contratos de maternidad subrogada, al menos hasta las últimas sentencias.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿EXISTEN ALTERNATIVAS?

Actualmente, se recurre cada vez con más frecuencia a la gestación subrogada comercial internacional. Este hecho tiene como consecuencia que Estados, aun persiguiéndola, hayan debido implementar instrumentos de reconocimiento del vínculo paterno-filial para hijos nacidos así en el extranjero. Tal circunstancia, en los países miembros del Consejo de Europa, surge a partir de la jurisprudencia del TEDH, aunque los distintos puntos clave en las decisiones de Estrasburgo presenten aspectos que, desde nuestro punto de vista, resultan controvertidos.

Pero, ¿existen alternativas? La realidad es que nos encontramos ante un problema global y que, como es lógico, requiere respuestas globales. El juez Dedov así lo señala en su opinión separada en la sentencia sobre *Paradiso y Campanelli*, indicando que debemos plantearnos si «creamos una sociedad dividida entre las naciones desarrolladas y las que no lo están» o si «creamos una base para el desarrollo inclusivo, (...) para la igualdad o no», al entender que el problema afecta a los países menos desarrollados, y dentro de los desarrollados, a las mujeres sin recursos económicos. No obstante, tratando de ser realistas y partiendo de la premisa de que una prohibición global es altamente improbable (entre otros motivos, por los poderosos intereses económicos que la rodean), lo deseable sería que se elaborara un Tratado Internacional, similar al que se realizó respecto de las adopciones internacionales, para regular la materia. El documento debería ser lo más garantista³⁴ posible para las mujeres gestantes, permitiendo, quizás, únicamente la posibilidad de la gestación altruista (circunstancia que chocaría, nuevamente, con esas ambiciones económicas y que, además, podría ser un pretexto para terminar aceptando también la modalidad comercial).

En tanto se consigue llevar a cabo este acuerdo internacional, es evidente que hay que seguir protegiendo a los menores y las menores que nazcan a partir de esta práctica, a los que no se les puede responsabilizar de la actitud de sus padres intencionales, algo que, por otra parte, ha entendido bien el TEDH. Simultáneamente, los Estados deben promover campañas de información y concienciación acerca de los riesgos que para los menores y, sobre todo, las gestantes tienen estos contratos, desde una perspectiva que podríamos denominar jurídico-pedagógica. Además, sería muy interesante abordar la cuestión desde el punto de vista de la plenitud del desarrollo personal, en la idea de que ésta no tiene que depender de la procreación biológica,

³⁴ Muy interesante al respecto la propuesta que realiza el profesor Salazar Benítez en Salazar Benítez, Octavio. (2018). *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, op. cit., pp. 219 y ss.

sobre la base de que ser padre o madre es un proyecto que implica consecuencias mucho más relevantes que el aporte genético. Junto a esto, los Estados deberían también tratar de simplificar al máximo los trámites de adopción, aspecto que, sin duda, evitaría que un porcentaje considerable de personas que terminan por hastiarse ante la complejidad de este proceso acabe acudiendo a los vientres de alquiler.

En definitiva, es evidente que nos encontramos ante una práctica controvertida que, en determinadas circunstancias, supone un alto riesgo de que, principalmente, la mujer gestante y el bebé sufran importantes lesiones a su dignidad y a sus derechos fundamentales. Únicamente teniendo esto como premisa, ya se trata *per se* de una cuestión con la entidad suficiente como para producir un debate serio, a nivel internacional, que tenga por objetivo proteger a estas personas del modo más eficaz posible. De lo contrario, perpetuaremos situaciones que son negativas para los y las menores, los padres y madres intencionales, las gestantes y los propios Estados, y cargaremos de una responsabilidad inmerecida a órganos judiciales internos y Tribunales como el TEDH, instituciones que, en puridad, no deberían ser las llamadas inicialmente a buscar soluciones satisfactorias.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel. (2015). «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos». *El notario del siglo XXI*, núm. 63.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. (2017). *Hijos del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*, Madrid, Cátedra, 220 páginas.
- BELLVER CAPELLA, Vicente. (2015). «¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones...». *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, pp. 19-52.
- DELICADO-MORATALLA, Lydia. (2021). «'El embarazo es una máquina, no una mujer'. Deshumanización y sexismo misógino en el planteamiento favorable al 'trabajo gestacional'». *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. 10, pp. 41-50.
- GIMENO REINOSO, Beatriz. (2023). «Gestación comercial y derechos fundamentales de las mujeres». *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, vol. 8, núm. 2, pp. 136-158.
- GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal y VALDÉS MARTÍNEZ, María del Carmen. (2017). «Voluntad procreacional». *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, pp. 75-96.
- HERNÁNDEZ LLINÁS, Laura. (2020). «Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas». *Revista de Derecho Político*, núm. 107, pp. 181-210.
- NUÑO GÓMEZ, Laura. (2020). *Maternidades S. A. El negocio de los vientres de alquiler*, Madrid, Los libros de la Catarata, 127 páginas.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. (2021). «Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante», en Carrio Sampedro, Alberto (Ed.).

- Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid, Marcial Pons, pp. 109-130.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. (2017). «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos». *Revista de Derecho Político*, núm. 99, pp. 79-120.
- (2018). *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Madrid, Dykinson, 288 páginas.
- SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo. (2015). «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, pp. 224-231.
- SCOTTI, Luciana Beatriz. (2013). «El reconocimiento extraterritorial de la ‘maternidad subrogada’: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas». *Pensar en Derecho*, núm. 1, pp. 267-289.
- SERRANO OCHOA, M^a Ángeles. (2023). «El interés superior del menor como eje vertebrador de la futura regulación de la gestación por sustitución solidaria en España». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 129, pp. 117-144.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. (2017). «Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo». *Cuadernos de bioética*, vol. 28, núm. 93, pp. 219-228.
- VERGARA LACALLE, Óscar. (2022). «El relato de la gestación subrogada: una contribución narrativa al debate ético y jurídico sobre su eventual institucionalización». *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 12, núm. 4, pp. 908-944.

Title:

Weaknesses of the ECHR’s jurisprudence on surrogacy: the margin of appreciation, the best interests of the child and the genetic link

Summary:

1. INTRODUCTION: SURROGACY IN CONTINUOUS DEBATE. 2. THE RECURRENT RECOURSE TO THE NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION: REALITY OR A FLIGHT FORWARD? 3. THE BEST INTERESTS OF THE CHILD AT STAKE 4. CAN THE GENETIC LINK RESOLVE ALL SURROGACY ISSUES? 5. BY WAY OF CONCLUSION: ARE THERE ALTERNATIVES?

Resumen:

La regulación de la gestación subrogada constituye, en la actualidad, un encendido debate a nivel doctrinal, con reputados juristas a favor y en

contra, y un indudable contenido constitucional. En él se abordan aspectos como la dignidad de las personas, las condiciones socioeconómicas de origen, los derechos fundamentales o las fuentes del Derecho. Uno de los elementos que más relevancia está adquiriendo es la jurisprudencia de distintos órganos judiciales, entre la que destaca la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entra en diálogo constante con las instituciones de los Estados parte del Consejo de Europa. En la resolución de los casos que han llegado hasta él, el Tribunal de Estrasburgo ha debido guardar un complejo equilibrio entre los distintos intereses que entran en litigio. Por un lado, los de las personas que, a pesar de conocer que en sus Estados se trata de una práctica prohibida (o reconocida como nula desde un punto de vista jurídico), llevan a cabo un contrato de gestación subrogada, a partir del cual se convierten desde un punto de vista social en padres de un bebé; junto a éstos, están los propios derechos del menor, su interés superior y las condiciones de vida necesarias para poder crecer con normalidad. Por otro lado, se encuentran los intereses del Estado, que persiguen como un objetivo legítimo la protección de los niños y de las niñas nacidos bajo este método y de las mujeres gestantes. El TEDH ha sustentado la resolución de sus asuntos sobre gestación subrogada en tres aspectos principalmente: el margen de apreciación nacional, el interés superior del menor y la existencia o ausencia de vínculo genético entre los padres intencionales y los menores nacidos por subrogación. En el presente artículo analizamos estos tres aspectos, destacando de ellos puntos que, desde nuestro punto de vista, presentan carencias argumentales, como la ausencia del presupuesto habilitante, las diferencias respecto de la jurisprudencia anterior en situaciones que guardan cierta similitud y finalmente, tras defender que es el vínculo genético el que parece ser el verdadero protagonista de la *ratio decidendi*, planteamos los interrogantes que creemos que pueden aparecer en un futuro relativamente próximo, si tenemos en cuenta que la maternidad subrogada es una práctica a la que se acude cada vez con mayor frecuencia. Como conclusión, apuntamos algunas alternativas que pueden servir de auxilio a los Estados para luchar contra esta práctica, en el caso de que persistan en la idea de no regularla, y señalamos algunas soluciones que, desde nuestro punto de vista, pueden ser efectivas.

Abstract:

The regulation of surrogacy is currently a heated debate at doctrinal level, with renowned jurists for and against, and an undoubted constitutional content. Aspects such as the dignity of persons, the socio-economic conditions of origin, fundamental rights and the sources of law are addressed. One of the most relevant elements is the jurisprudence of different judicial bodies, including that of the European Court of Human Rights, which is in constant dialogue with the institutions of the member states of the Council of Europe.

In deciding the cases that have come before it, the Strasbourg Court has had to strike a complex balance between the different interests at stake. On the one hand, there are the interests of the persons who, despite knowing that surrogacy is prohibited (or recognised as legally null and void) in their own country), enter into a surrogacy contract and thus socially become the parents of a child; alongside these are the child's own rights, his or her best interests and the living conditions necessary for him or her to grow up normally.

On the other hand, there are the interests of the state, which pursue as a legitimate objective the protection of children born under this method and the protection of pregnant women. The ECHR has based its rulings on surrogacy on three main aspects: the national margin of appreciation, the best interests of the child and the existence or absence of a genetic link between the intended parents and the children born through surrogacy. In this article we analyse these three aspects, highlighting points which, from our point of view, present argumentative shortcomings, such as the absence of the enabling assumption, the differences with respect to previous case law in situations which have a certain similarity and finally, after defending that it is the genetic link which seems to be the true protagonist of the *ratio decidendi*, we raise the questions which we believe may appear in the relatively near future, if we take into account that surrogacy is a practice which is increasingly resorted to. In conclusion, we point out some alternatives that may help States to fight against this practice, in case they persist in the idea of not regulating it, and we point out some solutions that, from our point of view, may be effective.

Palabras clave:

Gestación subrogada; TEDH; margen de apreciación; interés superior del menor; vínculo genético

Keywords:

Surrogacy; ECHR; margin of appreciation; best interests of the child; genetic link