

En esa línea garantística, la supremacía que han adquirido los principios generales del derecho sobre las normas positivas no puede soslayarse habida cuenta que resultan mandatos vinculantes cuya observancia obligatoria abarca a todos los protagonistas de la regulación económica. Es una batalla contra el positivismo legalista (125) que, aunque parece darse solo en el campo de la filosofía del derecho, se reproduce con real intensidad en el ámbito de la actividad regulatoria de la Administración.

VIII. Epílogo

El derecho no constituye una realidad estática sino dinámica y adaptable a las circunstancias históricas, sociales y económicas, pero ello no justifica alterar la esencia ni los fines, normas y principios de la Constitución. En ese escenario, el Estado de Derecho Constitucional constituye un freno legítimo

y opuesto al denominado falso neoconstitucionalismo, que sustituye la voluntad del constituyente por las convicciones ideológicas de los jueces y el decisionismo de los legisladores.

El fenómeno jurídico no es como lo quisiéramos ver sino como realmente es y no se puede ignorar que la evolución ha terminado por reconocer que los principios generales del derecho y, sobre todo, los principios incorporados positivamente a la Constitución prevalecen en los ordenamientos público y privado (126).

La supremacía constitucional (127), la separación e independencia de los poderes y los principios que integran el bloque de legitimidad del Estado de Derecho y, especialmente, el principio de subsidiariedad, que anida en el Estado Regulador y Garante, constituyen principios que son la clave de

bóveda del edificio de la democracia representativa (arts. 1º y 22, CN) (128), que resulta imprescindible preservar para mantener la dignidad de las personas, cualquiera fuera su condición política, económica o social.

Ese Estado Subsidiario tiene por finalidad perseguir el bien común mediante los mecanismos que ponen en funcionamiento la asignación de las competencias establecidas en la Constitución. No esta demás, reiterar que este modelo de Estado debe orientarse a procurar la realización de sus objetivos, preservando incólumes la libertad, la igualdad y la propiedad de las personas, verdaderos fines centrales del derecho, principalmente de los derechos Constitucional y Administrativo, pero también aplicables al derecho privado, junto a la realización armónica de los nuevos derechos sociales y colectivos en el contexto de una justicia social sustentable, regida por el principio de subsidiariedad.

En definitiva, el principalismo no se identifica totalmente con el neoconstitucionalismo en sentido amplio.

La realización de los fines del Estado, en el marco de la ejecución práctica del derecho (cuya dimensión moral es indiscutible) (129), lejos de llevarse a cabo mediante los postulados teóricos del positivismo (ni del garantismo constitucionalista positivo que pretende sucederlo) (130) se concreta a través del principalismo.

Y si bien este último solapa al nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo no llega a identificarse con él y, sobre todo, no se confunde con el falso neoconstitucionalismo que promueve la aniquilación de la democracia representativa y la configuración del Estado Populista.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1929/2022

(125) Tema que abordamos en nuestro libro “Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)”, Reus, Madrid, 2016, ps. 52 y ss.

(126) Véase: DALLA VÍA, Alberto R., “La Constitución y el Código Civil: reflexiones sobre el derecho público y el derecho privado”. SJA 17/06/2015, TR LALEY AR/DOC/4878/2015, punto III, expresa sus reservas en punto al término y la necesidad de evitar mal entendidos, teniendo en cuenta que la expresión nace en el llamado neoconstitucionalismo. Aunque, sin hacer la disección entre el verdadero y el falso, su posición resulta afín a la de Aragón Reyes.

(127) El retraso del derecho europeo en reconocer la supremacía constitucional obedeció, entre otras causas, a la influencia doctrinaria de la obra de Lasalle, a través de la difusión de la conocida conferencia que pronunció en Berlín en 1862 “Sobre la esencia de la Constitución”, en la que definía a la Constitución como una “mera hoja de papel”, sosteniendo que en realidad impone reconocer el sustrato efectivo de poder que subyace en las declaraciones formales. Como se ha señalado, se trata de un reduccionismo “...que la izquierda va a mantener a través de las formulaciones marxistas...” (Cfr. GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo, “La Constitución como norma...”,

ob. cit., p. 130).

(128) Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido su compatibilidad con la llamada democracia deliberativa, al menos en materia de participación de los usuarios en los organismos de control de los servicios públicos; al respecto puede verse SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Alternativas de encuentro en el escenario de la democracia deliberativa”, en Academias. Conocimiento y Sociedad, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, ps. 141 y ss.

(129) Se ha dicho que la filosofía jurídica actual, tanto la proveniente de autores que se apoyan en Kant (como

Alexy, Atienza, Nino, etc.) como los que se basan en Aristóteles y Tomás de Aquino (como Finnis, Viola, Ollero y Vigo postulan “que la razón puede respondernos algunas preguntas de índole moral o axiológica y esas respuestas se traducen en exigencias de índole sustancial, pero también en el plano formal o procedimental” (Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, “La reconciliación...”, ob. cit., p. 71 y ss.).

(130) Vid FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista...”, ob. cit., en el libro *Un debate sobre el constitucionalismo...*, ob. cit., ps. 11-50.

Maternidad subrogada internacional: ¿un “Cuento de la criada” global? (*)



Carlos Martínez de Aguirre Aldaz



Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.

SUMARIO: I. Introducción y planteamiento general.— II. Maternidad subrogada internacional: datos y contratos.— III. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de maternidad subrogada.— IV. Algunas iniciativas internacionales relativas a la maternidad subrogada.— V. Consideraciones conclusivas.

I. Introducción y planteamiento general

1.1. Conceptos previos

Al hablar de maternidad subrogada (o gestación para otro), y, más en concreto, del contrato de maternidad subrogada (o de gestación para otro) estamos hablando, convencionalmente, del contrato por el que una persona, o una pareja (comitentes) encarga a una mujer que lleve a término la gestación de un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, para que se lo entregue a los comitentes después del parto, de manera que figure legalmente como hijo de la persona o pareja que lo encargó, renunciando la madre gestante a la filiación materna que pudiera corresponderle legalmente. La mujer gestante puede aportar únicamente la gestación (y entonces se llama maternidad subrogada gestacional), o también el óvulo (y entonces se llama maternidad subrogada tradicional) y los comitentes

(quienes encargan la gestación y recibirán finalmente al niño) pueden aportar o no sus propios gametos (ovulo y espermatozoide, o solo espermatozoide, por ejemplo, en el caso de tratarse de dos varones); por fin, los gametos pueden también proceder de donante (masculino y/o femenino): como puede verse, las combinaciones posibles son bastante numerosas, lo que complica mucho el panorama, también desde el punto de vista legal. A su vez, el contrato puede ser gratuito (la mujer gestante no obtiene retribución) u oneroso (la mujer gestante obtiene retribución) (1).

De todas estas variantes, me interesa ahora mencionar específicamente la que diferencia entre la llamada maternidad subrogada tradicional y la gestacional. En la gestación subrogada tradicional la mujer gestante aporta tanto el óvulo como el embarazo, de forma que el niño es, genética y gestacionalmente, hijo suyo; en la maternidad subro-

gada gestacional, el óvulo es aportado por la mujer comitente o, en muchos casos, por una mujer donante de óvulos, en cuyo caso la madre genética del niño es la donante del óvulo, la madre gestacional es la mujer gestante, la llamada “madre intencional” o “madre de intención” es la mujer comitente, y la madre legal puede ser una cualquiera de ellas. Desde el punto de vista numérico, y a nivel global, la mayor parte de los hijos nacidos a consecuencia de maternidad subrogada internacional lo son en la modalidad gestacional (recordemos: la madre gestante aporta la gestación, pero no el óvulo) y comercial (es decir, a cambio de dinero), llegando en algunas estimaciones a superar el 98 % del total de contratos de maternidad subrogada (2).

La terminología empleada es hasta cierto punto equívoca, aunque no es este el momento de entrar con detalle en ella. La más usada, habitualmente en español, es la que

da título a este trabajo, aunque se habla también, por ejemplo, de vientres de alquiler, o de gestación por sustitución. En mi opinión, la expresión que mejor refleja la realidad del fenómeno, en la línea de la que es más habitual en Francia (*gestation pour autrui*) es la de *gestación para otro*, ya que lo que hace la mujer gestante es precisamente eso: llevar a cabo una gestación por encargo de otra u otras personas, y para ellos, en el sentido de que el niño nacido a consecuencia de esa gestación será entregado a esa persona o esas personas después del parto (3).

1.2. El auge de la maternidad subrogada como problema global

La maternidad subrogada (y los contratos mediante los que se acuerda) no es un problema de derecho interno, que pueda ser afrontado eficazmente a través de los medios de que dispone cada ordenamiento nacional. El fenómeno de la globalización no solo

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) El título hace referencia a la conocida novela distópica de Margaret Atwood, “El cuento de la criada” (en el original, *The Handmaid’s Tale*), que fue adaptada posteriormente para la televisión.

(1) Puede verse esta distinción, por ejemplo, en el Glosario que acompaña a *Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law* (en adelante, HCCH Permanent Bureau): *A Preliminary report on the issues arising from international surrogacy*

arrangements (10 de marzo de 2012). (disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, último acceso, 16 de mayo de 2022).

(2) *Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe* (en adelante, PACE), *Report on children’s rights related to surrogacy*, (relatora P. de Sutter), p. 3 (disponible en <https://bit.ly/2depDYL>, último acceso, 16 de mayo de 2022): citado en adelante como PACE

Report on children’s rights related to surrogacy; HCCH Permanent Bureau (H. BAKER), *A study of legal parenthood and the issues arising from international surrogacy arrangements* (Marzo de 2014, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>, último acceso, 16 de mayo de 2022), N° 135.

(3) El problema no se da solo en español: véase, por ejemplo, SMOLIN, D. M.: “Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the

Regulation of the Surrogacy Industry’s Global Marketing of Children”, 43 *Pepperdine. Law Review* n° 43 2016; disponible en <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2/>, último acceso 17 de mayo de 2022), pp. 279 y ss. Entre nosotros, pueden verse las reflexiones de JOUVÉ DE LA BARREDA, N., “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética* XXVIII, 2017/2ª (disponible en <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>, último acceso 17 de mayo de 2022), pp. 154 y ss.

le ha afectado, sino que en cierta medida ha sido la causa de su florecimiento. Las medidas adoptadas por cada ordenamiento nacional para afrontar esta cuestión de acuerdo con sus propios planteamientos, sobre todo cuando son prohibitivos o restrictivos, resultan muchas veces ineficaces. En efecto, la maternidad subrogada internacional se ha convertido en una actividad comercial en auge (4), lo que puede ser atribuido a la confluencia de factores científicos, demográficos, legales y sociales (5):

a) Desde el punto de vista científico, los avances experimentados por las técnicas de reproducción humana asistida han posibilitado, inicialmente, y después facilitado el recurso a la maternidad subrogada, de forma que quienes quieren tener un hijo y no pueden tenerlo por razones patológicas o funcionales, pueden ahora conseguirlo, pero con las ventajas añadidas sobre la adopción de que, al menos en algunos casos, puede existir un vínculo genético entre ellos (o uno de ellos) y el niño, así como que el niño se integra en la vida familiar con los comitentes desde su mismo nacimiento. Con todo, hay que subrayar también que la mayoría de los supuestos de maternidad subrogada internacional responden a la llamada “subrogación gestacional”, en la que, como ya se ha indicado, no hay vínculo genético entre uno o ambos de los padres comitentes, y el niño (6);

b) Desde el punto de vista sociológico, la creciente aceptación legal y social de modelos de parentalidad ligados a las llamadas nuevas formas de familia, destacadamente en los países occidentales, se ha traducido en un aumento de modelos de familia estructuralmente (y no patológicamente) estériles (7): me refiero sobre todo a las parejas del mismo sexo (8), pero también podrían incluirse algunas llamadas familias monoparentales (típica, pero no exclusivamente, hombres solos que quieren ser padres y recurren a este método). Todo ello ha provocado un notable incremento de la demanda de maternidad subrogada, especialmente en los países desarrollados;

c) Desde el punto de vista social, tanto la universalización de Internet, que hace más fácil acceder a información sobre recursos relativos a la maternidad subrogada internacional, como los medios que permiten viajes internacionales más rápidos y baratos, han jugado un papel importante (9): en la actualidad es muy fácil saber con quién contactar, dónde ir, qué hacer para concluir un contrato de maternidad subrogada internacional, y una vez concluido el proceso, o durante el mismo, viajar al país de que se trate para recoger al niño;

d) Desde el punto de vista legal, los distintos países han afrontado la cuestión de la maternidad subrogada de formas muy diferentes, desde la prohibición o restricción severa (incluso convirtiéndola en delito), hasta su admisión sin restricciones, pasando por una mayoría de países que carecen de regulación específica. El *Informe de la Relator*

tora Especial [de Naciones Unidas] *sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños* (15 de enero de 2018: en adelante, *Informe de la Relatora especial 2018*), centrado especialmente en maternidad subrogada y tráfico de niños, se resume la situación legal de la siguiente forma:

“La legislación nacional por la que se rige la gestación por sustitución recorre el espectro que va de prohibir a permitir. Estas variaciones se dan de un país a otro, aunque a veces también dentro de un mismo país, pues es normal que la gestación por sustitución se rija principalmente por el derecho local (en los casos de Australia, los Estados Unidos y México). Las jurisdicciones más prohibicionistas, como Alemania y Francia, vetan todas las formas de gestación por sustitución, ya sean comerciales o altruistas, tradicionales o de gestación plena. La mayor parte de las jurisdicciones en las que se legisla la gestación por sustitución, como Australia, Grecia, Nueva Zelandia, el Reino Unido y Sudáfrica, prohíben la modalidad ‘comercial’, ‘con ánimo de lucro’ o ‘remunerada’ de la práctica, a la vez que permiten, de forma explícita o implícita, la variedad ‘altruista’. Solo unos pocos Estados permiten explícitamente la gestación por sustitución de carácter comercial por parte de aspirantes a progenitores nacionales y extranjeros, con lo cual optan por ser centros de gestación por sustitución de carácter comercial en los ámbitos nacional e internacional. Camboya, la India, Nepal y Tailandia y el Estado mexicano de Tabasco son ejemplos de Estados o jurisdicciones que, habiendo servido de centros de contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada, recientemente han adoptado medidas para prohibir o limitar los contratos de ese tipo, por lo general ante prácticas abusivas. Sin embargo, la Federación de Rusia, Georgia y Ucrania y algunos estados de los Estados Unidos llevan ya bastante tiempo decantándose por seguir siendo centros de contratos de maternidad subrogada de ámbito internacional” (Nº 15) (10).

Estas diferencias de regulación a nivel internacional han propiciado el llamado “turismo reproductivo” (11): los padres comitentes, habitualmente de buena posición económica, procedentes de Estados en los que la maternidad subrogada está prohibida o sujeta a fuertes restricciones, viajan a países en los que se admite, y cuyo derecho interno considera a los padres comitentes como padres legales del niño, para celebrar contratos de maternidad subrogada. Más tarde, ya nacido el niño, vuelven con él a su país de origen para intentar que su propio Derecho les reconozca como padres. Ello suscita numerosos problemas, como resalta el *Informe de la Relatora especial 2018*: “Esos viajes eluden deliberadamente las leyes prohibicionistas y plantean dilemas a las jurisdicciones en cuestión. Las autoridades y los tribunales competentes se enfrentan a

menudo a una situación en que, consumados los hechos, se les pide que validen contratos internacionales de maternidad subrogada que son ilegales en una jurisdicción o en ambas. El dilema se ve agudizado por el imperativo de proteger los derechos de estos niños nacidos de vientres alquilados. La comprensión que suscitan los aspirantes a progenitor, movidos por el deseo de formar una familia, complica aún más el problema. La preocupación por las madres de alquiler, especialmente por quienes ejercen su capacidad de actuar en contextos de especial vulnerabilidad a la explotación como consecuencia de la pobreza, la impotencia, la falta de educación y diversas formas de discriminación, agudiza los dilemas a los que hacen frente los Estados”.

Estos problemas afectan de modo especial a los niños nacidos como consecuencia de estos contratos, cuyas relaciones de filiación son muchas veces frágiles desde el punto de vista legal, de forma que en numerosas ocasiones están bajo el cuidado de personas que no son consideradas legalmente sus padres en el Estado en el que viven; en algunos casos, pueden llegar a ser apátridas, atrapados en el Estado en el que nacieron y sin posibilidad de abandonarlo pero, a la vez, sin permiso para quedarse (12).

1.3. Cuestiones y plan de la exposición

Parte importante de los problemas derivados de la maternidad subrogada internacional son problemas nacionales, pero no es posible resolverlos eficazmente solo a nivel nacional: si se les quiere dar una respuesta eficaz, es preciso adoptar medidas de alcance internacional. Desde este punto de vista, cabe hacer dos consideraciones:

a) Por un lado, los Estados que prohíben la maternidad subrogada se encuentran con que, como consecuencia de las posibilidades que ofrece la maternidad subrogada internacional, no logran proteger el bien que pretendían, y pierden la oportunidad de llevar a cabo con las garantías jurídicas que estimen oportunas una actividad que satisficiera la demanda de algunos ciudadanos (13);

b) Por otro lado, cualquier regulación nacional de carácter prohibitivo o restrictivo puede tener una eficacia muy limitada, ya que en la práctica, el umbral de lo permitido quedará establecido por las legislaciones más permisivas: en efecto, como veremos, es algo que ya está pasando ya que los ciudadanos de los Estados que prohíben la maternidad subrogada acuden para llevarla a cabo a Estados que la permiten, volviendo después a su propio país y exigiendo el reconocimiento de la filiación en su propio ordenamiento legal (14). Como señala el *Informe de la Relatora especial 2018*, “la exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques

permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos” (Nº 23).

Es verdad que alcanzar la completa unanimidad, a nivel internacional, es casi imposible, pero un acuerdo global sobre la maternidad subrogada podría enviar un mensaje claro, también a los países que admitan esta práctica y no se adhieran a dicho acuerdo, en forma similar a lo que ha ocurrido con el *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional* (La Haya, 29 de mayo de 1993).

Al respecto, ha habido algunas iniciativas tanto a nivel europeo (Parlamento Europeo, Consejo de Europa) como global (Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, Naciones Unidas): entre ellas destaca el *Informe de la Relatora especial 2018*, del que se tratará en el apartado IV de este trabajo.

Por otro lado, algunas decisiones administrativas y sentencias procedentes de países que prohíben o restringen la maternidad subrogada, dictadas tratando de proteger sus normas nacionales sobre esta materia (normas consideradas habitualmente como integrantes de su propio orden público), han sido recurridas ante tribunales internacionales de derechos humanos: este es el caso, destacadamente, de Europa, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado un número pequeño, pero significativo, de sentencias relativas a esta materia: de ello se tratará con algún detalle en el apartado III.

Antes de entrar en tales cuestiones, parece oportuno dar algunos datos (numéricos y no numéricos) que pueden ser útiles a la hora de valorar los contratos de maternidad subrogada internacional: ello se hará inmediatamente, en el apartado siguiente.

II. Maternidad subrogada internacional: datos y contratos

Como ya se ha indicado, la maternidad subrogada ha experimentado un notable incremento en los últimos años (15), que parece estar ralentizándose debido a cambios legales producidos recientemente en países que habitualmente eran destino de este turismo reproductivo (por ejemplo, en India, Tailandia o Méjico); tales cambios, motivados por los abusos que se han producido en dichos países, se han dirigido a restringir la maternidad subrogada, bien limitándola a sus propios ciudadanos, bien rechazando la maternidad subrogada comercial (16). No es fácil saber exactamente el número de niños que nacen anualmente como consecuencia de estos contratos: se ha propuesto una cifra estimada de 20.000 al año, con tendencia al alza (17). En relación con la tipología de estos contratos, la mayor parte de los hijos nacidos a consecuencia de maternidad subrogada

(4) De “booming, global business” es calificado por el HCCH Permanent Bureau: *Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements* (11 de marzo de 2011: disponible en <https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>, último acceso, 16 de mayo de 2022), Nº 11.

(5) HCCH Permanent Bureau, A Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, cit., nº. 4.

(6) HCCH Permanent Bureau, A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, cit., nota 20.

(7) En efecto, las parejas del mismo sexo responden a una estructura interna no procreativa, lo que las hace estructuralmente estériles: sobre esta idea, brevemente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “El Derecho de familia en el mundo occidental: entre la deconstrucción y la reconstrucción”, en ACUÑA SAN MARTÍN, M. - DEL PÍCÓ

RUBIO, J. “Estudios de Derecho familiar”, Talca (Chile) 2017, p. 28.

(8) De hecho, hay páginas web orientadas específicamente a tales parejas: por ejemplo, <https://www.gayparentstobe.com> (último acceso, 17 de mayo de 2022).

(9) HCCH Permanent Bureau, Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, op. cit., 6.

(10) El informe está disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/O15/53/PDF/G2001553.pdf?OpenElement> (último acceso, 17 de mayo de 2022). Hay que advertir que es un panorama cambiante, ya que, como consecuencia de prácticas abusivas desarrolladas en relación con la maternidad subrogada, algunos países que eran destino tradicional de este turismo reproductivo han dejado de serlo, al haber aprobado normas legales más restrictivas (por ejemplo, autorizando solo la maternidad subrogada al-

truista, o limitando el acceso solo a sus propios ciudadanos). Dado que este tipo de prácticas siguen siendo denunciadas, no son descartables nuevos cambios legales en los países que a fecha de hoy permiten la maternidad subrogada.

(11) La denominación es utilizada, por ejemplo, en HCCH Permanent Bureau (H. BAKER), *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, cit. La usa también el Comité de Bioética de España, en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, (19 de mayo de 2017, disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf, último acceso, 17 de mayo de 2022: en adelante, Informe del Comité de Bioética de España), p. 18.

(12) Cfr. HCCH Permanent Bureau (H. BAKER), *A study of legal parentage...* ob. cit., nº 147.

(13) Lo advierte el Informe del Comité de Bioética de España, op. cit., p. 19.

(14) Lo advierte también el Informe del Comité de Bioética de España, op. cit., p. 20. Veremos que estas situaciones son las que están en la base de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.

(15) HCCH Permanente Bureau (H. BAKER), *A study of legal parentage...* ob. cit., nº 125 y ss.

(16) Cfr. SCHURR, C. - MILITZ, E., “The affective economy of transnational surrogacy”, (disponible en <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0308518X18769652>, último acceso, 17 de mayo de 2022), p. 2.

(17) Cfr. *International Social Services, Call for action 2016. Urgent need for regulation of International surrogacy and artificial reproductive technologies*, (disponible en http://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call_for_Action2016.pdf, último acceso, 17 de mayo de 2022).

internacional, lo son en la modalidad gestacional (recordemos: la madre gestante aporta la gestación, pero no el óvulo) y comercial, llegando en algunas estimaciones a superar el 98 % del total de contratos de maternidad subrogada, como ya se ha indicado (18).

Sí hay más datos sobre el coste de la gestación por sustitución para los comitentes. Así, por ejemplo, una página *web* española especializada en maternidad subrogada internacional ofrece los siguientes costes (estimados): Canadá, entre 100.000 y 110.000; USA, entre 110.000 y 160.000; Georgia, entre 50.000 y 60.000; Grecia, entre 75.000 y 85.000; Rusia, entre 60.000 y 80.000; Ucrania, entre 50.000 y 60.000 (19) y (20). Como puede verse, la maternidad subrogada se ha convertido en un lucrativo negocio, cuyo monto total alcanza cifras más que relevantes: así, en la India, antes de las últimas restricciones, se calculaba que el negocio de la maternidad subrogada suponía más de 2200 millones de dólares (21), y en los Estados Unidos se ha propuesto la cifra (estimada) de 6000 millones de dólares anuales (22). A la vista de estas cifras, una conclusión se impone: la maternidad subrogada es, básicamente, mercado y comercio; y no altruismo o solidaridad (23).

La relevancia económica de la maternidad subrogada internacional, junto con la dimensión legal de los contratos mediante los que se instrumenta, explican los planteamientos defendidos por la *American Bar Association*, tal y como han quedado reflejados en el *Informe de la Relatora especial 2018*, N° 27:

“La American Bar Association observa que ‘es innegable que la contratación de servicios de gestación de niños por sustitución a cambio de dinero representa un mercado’. Encomia este ‘mercado’ y observa que ‘los mecanismos basados en el mercado han permitido el funcionamiento eficiente de la gestación por sustitución de ámbito internacional’. La American Bar Association rechaza que se aplique a la gestación por sustitución la norma del interés superior del niño, rechaza la mayor parte de las modalidades de examen de la idoneidad y evaluación de la competencia de los aspirantes a progenitor, rechaza que se impongan límites a la retribución de las madres de alquiler y los donantes de gametos, rechaza que se impongan a las agencias de gestación por sustitución requisitos para la concesión de licencias, rechaza los derechos a las partidas de nacimiento o a información sobre los orígenes personales, rechaza el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993 como ‘modelo de convenio en el ámbito de la gestación por sustitución’ y rechaza los tratados bilaterales en materia de gestación subrogada. La American Bar Association afirma que ‘anda descaminada toda labor

que vaya dirigida a regular el mercado internacional de la gestación por sustitución en sí’. De hecho, propugna que todo instrumento internacional en materia de gestación por sustitución prescinda de la dimensión de los derechos humanos; de ahí que rechace ‘la regulación de la industria de la gestación por sustitución a efectos de reducir las violaciones de los derechos humanos’”.

Constituyendo la maternidad subrogada internacional una verdadera industria, tiene sentido que acabe siendo gobernada por la lógica de los contratos patrimoniales. Esta lógica explica la forma en la que los contratos de maternidad subrogada afrontan determinados conflictos entre los comitentes y la madre portadora: dada la situación de marcado desequilibrio entre ellos, en favor de los comitentes (que son quienes pagan, y mucho), los contratos de maternidad subrogada suelen dar a los comitentes un fuerte control sobre el cuerpo, la salud y las decisiones de la madre portadora durante el embarazo (24). Veamos algunos ejemplos (25):

1. *En relación con la intimidad*: “La sustituta renuncia expresamente al privilegio de la confidencialidad y por este medio dispone la liberación a favor de los Padres Futuros, a su solicitud, del reporte y otros datos obtenidos como resultado de cualquiera y todas las evaluaciones psicológicas, de psicoterapia o médicas o pruebas obtenidas o realizadas según lo previsto por este Acuerdo. La subrogante acepta que los Padres Futuros tengan información psicológica relacionada con su salud mental y cualquier otra información pertinente relacionada específicamente con este acuerdo de subrogación”.

2. *En relación con el aborto*: “La sustituta específicamente acepta terminar antes de dieciocho semanas en la elección y discreción de los futuros padres. Con la excepción de la terminación basada en la selección de género, que no será permitida, el derecho de los Padres Futuros de solicitar la terminación/aborto es absoluto y no requiere ninguna explicación o justificación para la madre sustituta, incluyendo, entre otros, cualquier anomalía genética o se ha determinado un defecto, como parálisis cerebral o síndrome de Down... en la medida en que la subrogante escogiera ejercer su derecho a abortar o no abortar, de una manera incompatible con las instrucciones de los padres subrogados, se entiende que dicha acción puede tomarse como un incumplimiento de este acuerdo” (el contrato emplea expresamente letras mayúsculas en este punto).

3. *En relación con la reducción del número de embriones o fetos*: “Los Padres Futuros se reservan el derecho último de reducir selectivamente antes de la finalización de

la semana veinte [20] de gestación. Los Padres Futuros tienen el derecho exclusivo de determinar el número de fetos para reducir selectivamente teniendo en cuenta la recomendación del médico de la subrogante. El derecho de los Padres Futuros de solicitar una reducción selectiva es absoluto y no requiere ninguna explicación o justificación a la subrogante”.

4. *En relación con las decisiones sobre la vida de la madre gestante*: “Si la madre sustituta está en su segundo o tercer trimestre de embarazo y en el caso de que se requiera equipo de soporte de vida médico para preservar y mantener la vida de la madre sustituta y si así lo solicitan los Padres Futuros, la Sustituta y su esposo acuerdan que la vida de la Sustituta se mantendrá con un equipo de soporte vital durante un período para lograr la viabilidad del feto teniendo en cuenta los mejores intereses y el bienestar del feto... Los futuros padres tomarán la decisión con respecto a cuánto tiempo debe continuar el soporte vital antes del nacimiento del niño, teniendo en cuenta la recomendación del obstetra o perinatólogo y los deseos de la familia de la subrogante. El esposo de la subrogante, o su pariente más cercano, es el único responsable de determinar la hora en que se suspenderá el tratamiento de soporte vital después del nacimiento del niño”.

Estas cláusulas contractuales revelan el dominio efectivo de los comitentes sobre la madre gestante (cuerpo, salud, intimidad, decisiones, incluso relativas al fin de la vida) durante el embarazo: no estamos ante un “alquiler de vientre”, sino de toda la persona, en sus facetas físicas y espirituales (privacidad, salud, decisiones). Este dominio, otorgado a cambio de dinero, puede fácilmente ser considerado como explotación de la madre gestante, especialmente cuando se trata de una mujer vulnerable.

III. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de maternidad subrogada

El “turismo reproductivo” es especialmente activo en Europa. Muchos países europeos que no admiten estos contratos han experimentado los problemas que derivan de la maternidad subrogada internacional, y sus tribunales han intentado proteger su normativa nacional rechazando considerar legalmente a los niños nacidos como consecuencia de tales acuerdos como hijos de los comitentes. En varios casos, y respecto a diferentes países, tales decisiones han sido recurridas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en un número ya relevante de sentencias, tanto de Sala como de la Gran Sala: se trata de los casos “Mennesson v. France” y

“Labassee v. France” (26 de junio de 2014), “Foulon and Bouvet v. France”, (21 de julio de 2016), “Laborie v. France”, (19 de enero de 2017, Comité), “Paradiso and Campanelli v. Italy” (24 de enero de 2017, Gran Sala), “D. v. France” (16 de octubre de 2020), y “Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland” (18 de mayo de 2021) (26); a todas estas decisiones hay que sumar la *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, emitida por el TEDH, a petición de la *Cour de Cassation francesa*, el 19 de abril de 2019, en relación con el caso “Mennesson”. Me centraré a continuación en los casos “Mennesson” [que es idéntico al caso “Labassee”: 3.1; incluiré aquí el contenido de la *Advisory Opinion*, así como algunas consideraciones al hilo del caso “D. v France” (27)], “Paradiso” (III.2) y “Valdís Fjölnisdóttir” (III.3), para finalizar con algunas reflexiones respecto a la jurisprudencia del TEDH sobre maternidad subrogada (III.4).

III.1. *La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014* (“Mennesson c. Francia”), y lo que vino después.

A) En el caso resuelto por la sentencia, el matrimonio formado por Dominique y Sylvie Mennesson, ante sus problemas de infertilidad, decidió recurrir a la maternidad subrogada (prohibida por el Derecho francés) en California, donde esa técnica es legal. El marido aportó los espermatozoides, que fecundaron un óvulo de donante, y los embriones resultantes fueron implantados en el útero de la madre gestante, que dio a luz gemelos. El Tribunal Supremo de California había decretado previamente que los gemelos tendrían como padre genético al Sr. Mennesson, y como madre legal a la Sra. Mennesson. El consulado francés en Los Ángeles rehusó inscribir a los niños en el Registro Civil como hijos de los Mennesson. Después de un largo y complejo proceso judicial, el Tribunal Supremo francés acabó rechazando definitivamente dicha inscripción, sentencia que fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el matrimonio Mennesson y por los gemelos nacidos a consecuencia del contrato de maternidad subrogada.

De este relato me interesa destacar ahora: 1) La existencia de un vínculo biológico entre el Sr. Mennesson, que aportó los gameetos, y los gemelos nacidos como consecuencia de la maternidad subrogada: él es, biológicamente, su padre; 2) La duración de la convivencia entre los niños y el matrimonio Mennesson, que se prolongó durante más de 10 años, si se cuenta hasta la sentencia del TEDH; 3) Que fueron parte en el procedimiento no solo el matrimonio que encargó

(18) PACE Report on children's rights related to surrogacy, p. 3; HCCB Permanent Bureau (H. BAKER), *A study of legal parentage...*, ob. cit., n° 135.

(19) Cfr. <https://www.babygest.es> (último acceso, 17 de mayo de 2022).

(20) Puede encontrarse más información sobre costes de la maternidad subrogada internacional en HCCB Permanent Bureau (H. BAKER), *A study of legal parentage...*, ob. cit., n° 135.

(21) Cfr. PACE Report on children's rights related to surrogacy, op. cit., p. 3; <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-34876458>; <https://www.reuters.com/article/us-india-women-surrogacy/indian-surrogate-mothers-grab-last-chance-to-make-babies-ahead-of-impending-ban-idUSKBN1530FL>: en ambos casos, último acceso, 17 de mayo de 2022.

(22) Cfr. FINKELSTEIN, A. - MAC DOUGALL, S. - KINTOMINAS, A. - OLSEN, A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking*, Report of the Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic Columbia (disponible en https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_

[june_2016.pdf](https://www.bbc.com/news/world-asia-india-34876458), último acceso, 17 de mayo de 2022), p. 6.

(23) Así, gráficamente, Pasquau Liaño, M. “Gestación subrogada: no es solidaridad, es mercado”, *Revista Contexto* 123 (2017), p. 2 (disponible en <http://ctxt.es/es/20170628/Firmas/13629/ctxt-gestacion-subrogada-vientres-alquiler-ciudadanos.htm>, último acceso, 17 de mayo de 2022).

(24) Cfr. BELLVER CAPELLA, V., “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª (disponible en <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/229.pdf>, último acceso, 17 de mayo de 2022), p. 235; Informe del Comité de Bioética de España, p. 27.

(25) Tomados de LALH, J. “Embarazos contratados expuestos: los contratos de maternidad subrogada no protegen a las madres sustitutas y sus hijos”, disponible en <https://centrodebioetica.org/embarazos-contratados-expuestos-los-contratos-de-maternidad-subrogada-no-protegen-a-las-madres-sustitutas-y-sus-hijos/> (último acceso, 17 de mayo de 2022). Pueden verse contratos similares en http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/contracts.htm, y http://www.surromomsonline.com/articles/ts_contract.htm: último acceso, 17 de mayo de 2022). El Tribunal Supremo español, en

su reciente sentencia 277/2022, de 31 de marzo, incluye en sus antecedentes de hecho cláusulas contractuales similares a las recogidas en el texto, y emplea después su contenido en apoyo de su decisión.

(26) Hay algunos otros casos no admitidos total o parcialmente por el TEDH, y que no van a ser considerados: 1) en el caso “D. and Others v. Belgium” (8 de julio de 2014) el TEDH consideró parcialmente inadmisible el recurso, y decidió excluirlo de la lista de casos pendientes porque la parte admisible del recurso quedó resuelta antes de la sentencia del propio Tribunal; 2) por su parte, los casos “E. v. France” (n° 1462/18 y 17348/18), tampoco fueron admitidos, ya que el TEDH consideró que los recursos eran manifiestamente infundados, y entendió que la negativa de las autoridades francesas no era desproporcionada, ya que el Derecho interno ofrecía la posibilidad de establecer la relación paterno-filial entre los niños solicitantes y su futura madre mediante la adopción del hijo del otro cónyuge; 3) por último, los casos “S.-H. v. Poland” (n° 56846/15 y 56849/15) fueron inadmitidos, ya que no existía ninguna base fáctica para concluir que se había producido una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar de los niños: en el caso en cuestión, los ni-

ños tenían nacionalidad norteamericana, y vivían en los Estados Unidos, y en consecuencia tenían libertad para moverse en Europa aunque no se les reconociera nacionalidad polaca. Por último, no se va a tomar tampoco en consideración la sentencia “A. L. v. France” (7 de abril de 2022, pendiente todavía de adquirir firmeza), relativa a un caso de maternidad subrogada realizada en Francia, país en el que está prohibida. En esta sentencia, dadas las complicadas circunstancias concurrentes, el TEDH no ha entrado directamente en cuestiones relativas a la maternidad subrogada, y ha decidido que la negativa a establecer legalmente la paternidad biológica del demandante (comitente en el contrato de maternidad subrogada) respondía al interés superior del niño, pero también que los tribunales nacionales incumplieron su deber de diligencia excepcional en lo que respecta a la duración del procedimiento, consideración esta última que motivó la condena de Francia.

(27) En la sentencia “D. v France”, el TEDH entendió, aplicando la doctrina derivada de los casos “Mennesson” y “Labassee”, y de su *Advisory Opinion*, que no había habido violación de los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Volveremos brevemente sobre esta sentencia más adelante.

la gestación, sino también los niños nacidos a consecuencia de ella.

En su sentencia, el TEDH analiza si ha habido violación del art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) (28), y llega a la conclusión final de que sí la hubo. En concreto, vale la pena resaltar las siguientes ideas:

1) Que el margen de libertad de los Estados en lo relativo a la admisión de la maternidad subrogada y al reconocimiento de los vínculos de filiación entre los comitentes y los niños nacidos en el extranjero como consecuencia de esa técnica, es muy amplio, dada la falta de consenso europeo sobre tales cuestiones (§ 78).

2) Que la injerencia del Estado francés en la vida privada de los recurrentes mediante su negativa a inscribir la filiación solicitada se ajustó a lo establecido en el art. 8º de la CEDH, ya que se produjo de acuerdo con la ley y persiguió motivos legítimos (en concreto, “la protección de la salud” y “la protección de los derechos y las libertades de los demás”, puesto que la finalidad de la prohibición de la maternidad subrogada es proteger a las madres gestantes y a los niños: § 62).

3) Que, sin embargo, el derecho de los niños a su vida privada se había visto afectado significativamente por la imposibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación, sobre todo con el Sr. Mennesson, teniendo en cuenta que era biológicamente el padre de los gemelos, y la importancia del factor biológico en la configuración de la identidad personal (§§ 99, 100 y 101). En este punto, el TEDH resalta el rechazo por parte del TS francés, y en general de sus órganos judiciales y administrativos, de la posibilidad de establecer legalmente la filiación biológica realmente existente entre el Sr. Mennesson y sus hijos por otras vías (reconocimiento, adopción), así como las consecuencias de la falta de reconocimiento de vínculos legales de filiación entre los comitentes y los niños, desde el punto de vista del Derecho francés: carencia de la nacionalidad francesa (se les considera americanos residentes en Francia), falta de derechos sucesorios, etc.

La conclusión del TEDH es que el derecho de los niños al respeto a su vida privada había sido infringido al impedir el establecimiento de una relación legal de filiación entre ellos y su padre biológico, de forma que se había producido violación del art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esta sentencia está lejos de ser un espaldarazo del TEDH a la maternidad subrogada, sobre la que no se pronuncia, ya que se basa principalmente en la existencia de un vínculo biológico de filiación entre el Sr. Mennesson y los gemelos, vínculo cuya plasmación legal fue impedida por las autoridades francesas. Una de las claves para resaltar en ella es la importancia de la relación biológica determinada por la procedencia de los gametos: si se hiciera un test biológico

de paternidad a los gemelos, resultaría que su padre es el Sr. Mennesson. Sin embargo, el Derecho francés impidió que esa relación biológica tuviera, por cualquier vía, su correspondiente reflejo jurídico (eso sí: lo hizo para impedir el fraude de ley consistente en recurrir fuera de Francia a una técnica de reproducción asistida, prohibida en Francia): esto último es lo que, en definitiva, justifica la condena de Francia.

La doctrina establecida en la sentencia *Menesson* ha tenido repercusiones en diferentes ordenamientos europeos, que Álvarez González resume como sigue: “la recepción de la doctrina del TEDH no fue homogénea, pero al menos sí parece que una cuestión resultaba indiscutida: no reconocer o no prever una fórmula alternativa para que los nacidos puedan establecer jurídicamente su filiación biológica constituía y constituye un atentado a sus derechos fundamentales. Y en la práctica la adopción aparecía como una alternativa posible, aunque no necesaria, para el progenitor de intención sin vinculación biológica” (29).

B) Como he indicado más arriba, en abril de 2019, el TEDH emitió un Dictamen no vinculante (*Advisory Opinion*), a petición de la *Cour de Cassation* francesa. Las dos cuestiones sometidas por el Alto Tribunal francés al TEDH, y a las que este respondió en su dictamen, traían causa del caso “Mennesson”, y fueron las siguientes (30):

“1. Al negarse a inscribir en el Registro Civil el certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación para otro, en lo que se refiere a la consideración de la ‘madre de intención’ como ‘madre legal’, mientras que acepta la inscripción del ‘padre intencional’, que es el padre biológico del niño, ¿se extralimita un Estado Parte en su margen de apreciación con arreglo al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales? A este respecto, ¿debe establecerse una distinción en función de si el niño ha sido concebido o no con los óvulos de la ‘madre de intención’?

2. En caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos cuestiones anteriores, la posibilidad de que la ‘madre de intención’ adopte al hijo de su cónyuge, el padre biológico, siendo este un medio de establecer la relación legal madre-hijo, ¿garantizaría el cumplimiento de los requisitos del artículo 8 del Convenio?”

En respuesta (que no coincide exactamente con las preguntas formuladas por la *Cour de Cassation*), el TEDH afirma que (31):

“En la situación en la que, como en la hipótesis formulada en las preguntas del Tribunal de Casación, un niño nace en el extranjero por gestación para otro y es el producto de los gametos del padre de intención y de un tercer donante, y cuando la relación Paterno-Filial entre el niño y el padre de la

intención ha sido reconocida en el Derecho interno:

1. El derecho al respeto de la vida privada del niño, en el sentido del art. 8º del Convenio, exige que el Derecho interno prevea la posibilidad de reconocer una relación Paterno-Filial entre dicho niño y la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como ‘madre legal’;

2. El derecho al respeto de la vida privada del niño, en el sentido del art. 8º del Convenio, no exige que este reconocimiento se efectúe mediante la transcripción en el registro civil del certificado de nacimiento legalmente emitido en el extranjero; puede realizarse por otro medio, como la adopción del niño por la madre de intención, a condición de que las modalidades previstas por el Derecho interno garanticen la eficacia y la rapidez de su aplicación, de acuerdo con el interés superior del niño”.

Este dictamen supone, en realidad, un paso más en favor de la aceptación de la eficacia definitiva de los contratos de gestación para otro, aunque la legislación propia del Estado que recibe al niño los prohíba, ya que, aunque no exige el reconocimiento directo e inmediato del vínculo de filiación entre la mujer comitente (en el caso “Mennesson”) y el niño nacido como consecuencia de ese contrato, mediante la inscripción automática del certificado de nacimiento en el Registro Civil nacional, sí exige que ese vínculo se establezca a través de otros medios legales (reconocimiento, adopción), y que ello tenga lugar de forma rápida y eficaz. Esto quiere decir que el resultado perseguido a través de la gestación para otro, finalmente es obtenido, pasando por encima de la prohibición contenida en el Derecho nacional (32).

La opinión del TEDH ha sido objeto de críticas, por entender que los problemas que pueden eventualmente derivar de la falta de reconocimiento de esa filiación, sobre los que reposa la argumentación del Tribunal (véase el Nº 42 de la *Advisory Opinion*), no están al mismo nivel que la dignidad de la persona, o el derecho a conocer el propio origen (33), que son los que resultan comprometidos en los supuestos de maternidad subrogada. Llama la atención, igualmente, la ausencia de la madre gestante en el dictamen del TEDH, no solo por los problemas legales que puede ocasionar a la hora de establecer el vínculo de filiación (por ejemplo, en caso de adopción) (34), sino, y quizá principalmente, por la violación de su dignidad que entrañan estas prácticas, en los términos que ya hemos visto, violación que se ve indirectamente consolidada a través de la opinión del Tribunal. Por último, es igualmente llamativo que el dictamen obvie en su respuesta un dato que fue especialmente relevante en los casos “Mennesson” y “Paradiso”, aunque con eficacia diversa, que es el del tiempo de convivencia entre los comitentes y el niño, tiempo que, de prolongarse, es un factor de especial importancia a la hora de

valorar cuál es el interés superior del menor en el caso concreto.

C) El TEDH mantiene la misma línea argumental propuesta en la sentencia “Mennesson”, y desarrollada en su *Advisory Opinion*, en el caso “D. vs France”, pero con una peculiaridad que debe ser subrayada. Los hechos son semejantes a los de los casos “Mennesson” y “Labasee”, pero con dos diferencias significativas, que vale la pena resaltar ahora: la primera, que la mujer comitente era la madre genética del niño (cosa que no se alegó en los procesos desarrollados en Francia); y la segunda, que en sus decisiones los tribunales franceses aplicaron ya la doctrina “Mennesson”, y acordaron la inscripción del vínculo de filiación entre el varón comitente y el niño. Lo que denunciaban los recurrentes era, precisamente, que no se reconociera automáticamente ese mismo vínculo en relación con la mujer comitente, que era la madre genética (pero no gestacional) del niño, y por tanto la existencia de un trato discriminatorio entre el dado al varón comitente (cuya paternidad había sido establecida automáticamente) y el dado a la mujer comitente (que precisaba recurrir a otras vías, como la adopción). A partir de ahí, y como ya se ha indicado, el Tribunal entendió que no había habido violación de los arts. 8º y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que la diferencia de trato de la que se quejaban los recurrentes en cuanto a los medios de reconocimiento de la relación jurídica entre el padre de intención y el niño, y la madre de intención (que era también la madre genética, pero no fue considerada legalmente como madre en Francia, por no ser la mujer que dio a luz) tenía una justificación objetiva y razonable: más en concreto, al decir del Tribunal, la existencia de un vínculo genético no implica que el derecho del niño al respeto de su vida privada exija que la relación con el padre o madre de intención se establezca específicamente mediante el registro de los datos del certificado de nacimiento extranjero (§§ 50, 58).

Esta última afirmación es la que me parece que debe ser subrayada, porque afronta indirectamente la existencia de una posible doble maternidad biológica en los casos de maternidad subrogada: la genética (mujer que aporta el óvulo) y la gestacional (mujer que lleva a cabo la gestación, y da a luz). El problema consiste en decidir cuál de las dos ha de ser considerada legalmente como madre. El TEDH no se pronuncia directamente sobre esto, sino que se remite a la legislación interna francesa (que considera legalmente madre a la mujer que da a luz), y no la estima contraria en este punto, y con esa elección, al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

III.2. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014: el caso “Paradiso vs. Italia”

En este segundo caso, el matrimonio formado por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, ante sus problemas de infertilidad, decidieron recurrir a la maternidad su-

(28) “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

(29) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución”, en PÉREZ VERA, E. et al. (eds.) El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación, Madrid, Iprolex, 2020, p. 107.

(30) La traducción, relativamente libre, es mía. Recojo a continuación la versión francesa, que es el idioma

en el que se formularon originalmente: “1. En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, en ce qu'il désigne comme étant sa 'mère légale' la 'mère d'intention', alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le 'père d'intention', père biologique de l'enfant, un État-parti excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la 'mère d'intention'? 2. Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention?”.

(31) Nuevamente, la traducción es mía, a partir del original francés, y relativamente libre. Recojo a continuación la versión original francesa de la opinión del Tribunal: “Dans la situation où, comme dans l'hypothèse formulée dans les questions de la Cour de cassation, un enfant est né à l'étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne: 1. Le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la 'mère légale'; 2. Le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les re-

gistres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en uvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant”.

(32) Cfr., en este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución”, ob. cit., p. 118.

(33) Cfr., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución”, ob. cit., p. 113.

(34) Cfr., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución”, ob. cit., p. 119. El complicado supuesto sobre el que recayó la sentencia Valdis Fjölfnisdóttir puede ser buena prueba de ello.

brogada (prohibida en Italia), en Rusia, donde es legal. La esposa viajó a Rusia llevando el líquido seminal de su marido; tras un proceso de fecundación *in vitro*, con óvulo de donante, dos embriones fueron implantados en la madre gestante, que dio a luz un niño en febrero de 2011 (las fechas son importantes, como veremos enseguida). La madre gestante consintió formalmente en que el niño fuera registrado como hijo del matrimonio comitente, expidiéndose por las autoridades rusas el correspondiente certificado de nacimiento a nombre del matrimonio Paradiso-Campanelli. La esposa comitente regresó a Italia con el niño el 30 de abril de 2011. El 5 de mayo de 2011 dieron comienzo en Italia varios procedimientos legales contra el matrimonio, por violación de las leyes italianas relativas a la adopción y las técnicas de reproducción asistida, en cuyo transcurso se denegó la inscripción en Italia del certificado de nacimiento emitido por las autoridades rusas. En agosto de 2011, por decisión de los tribunales italianos, se realizaron test de ADN al esposo y al niño, cuyo resultado fue que no existía vínculo genético entre ambos, de forma que el marido no era realmente el padre biológico del niño. El 20 de octubre de 2011 se dictó una orden de retirada inmediata del niño, que fue puesto al cuidado de los servicios sociales, y cuyo procedimiento de adopción se abrió poco después. El niño recibió un nuevo nombre, y meses después fue adoptado por otra familia. Los tribunales italianos rechazaron todos los intentos del matrimonio Paradiso-Campanelli de recuperar al niño, por lo que estos recurrieron ante el TEDH, el cual, en una primera decisión de Sala (27 de enero de 2015) consideró que se había producido violación del art. 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tal decisión fue recurrida por el Gobierno italiano ante la Gran Sala (35).

De los hechos del caso interesa destacar ahora: 1) La inexistencia de vínculo biológico entre el matrimonio Paradiso-Campanelli y el niño nacido como consecuencia de las técnicas empleadas en Rusia; 2) Que la convivencia entre el niño y los dos esposos duró menos de un año (y de los tres juntos, apenas llegó a los tres meses); 3) Que el niño no fue parte en el procedimiento, por considerar el TEDH, ya desde la sentencia de la Sala del año 2015, que el matrimonio recurrente carecía de legitimación para actuar en nombre del niño.

En su sentencia de 24 de enero de 2017, la Gran Sala decidió que no se había producido violación del art. 8° del CEDH. De su argumentación cabe resaltar los siguientes aspectos:

1) Aunque la ruptura de la relación entre el matrimonio Paradiso-Campanelli y el niño no era directamente imputable a aquellos, sin embargo, fue consecuencia de una situación de inseguridad jurídica creada por ellos mismos, al llevar a cabo una conducta contraria al Derecho italiano (§ 157).

2) Dada la ausencia de vínculos biológicos entre los recurrentes y el niño, y la corta duración de la convivencia, no se cumplían las condiciones requeridas para entender que existía entre ellos vida de familia en el sentido del art. 8° de la CEDH (§ 157).

3) Las medidas adoptadas por el Estado italiano supusieron una injerencia en la vida privada de los recurrentes, pero se trató de una injerencia realizada conforme a las exigencias del art. 8° de la CEDH —de acuerdo con la ley, para obtener finalidades legítimas y necesaria en una sociedad democrática

para lograr dichas finalidades— (§§ 173-174, 178).

4) No es tarea del TEDH sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la política más apropiada para regular la maternidad subrogada (§ 180).

5) La finalidad de proteger a los niños incluye no solo el caso en concreto de un niño en particular, sino el interés de los niños en general (§ 197).

6) La argumentación de la Gran Sala menciona recurrentemente la ilegalidad de la conducta desarrollada por el matrimonio Paradiso-Campanelli, a la que eran imputables los problemas surgidos, y justifica las decisiones de los tribunales italianos dirigidas a proteger la legalidad nacional (§§ 133, 147, 157, 209, entre otros).

La sentencia de la Gran Sala se vio acompañada por algunos votos particulares, tanto concurrentes (es decir, que comparten la decisión, pero no todos los puntos de la argumentación), como discrepantes. Me interesa subrayar aquí el contenido de uno de los votos particulares concurrentes: el de los Jueces De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek y Dedov, quienes lamentan que el Tribunal no se haya pronunciado expresamente sobre la maternidad subrogada, por entender:

i) Que es incompatible con la dignidad humana, en la medida en que supone tráfico de niños, en el sentido del art. 2° del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (recordemos: “por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”).

ii) Que desconoce la fuerte relación que se crea durante el embarazo entre la madre gestante y el niño que ella lleva en su seno.

iii) Que hace desaparecer de la vida del niño a su madre gestante.

III.3. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de mayo de 2021: el caso “Valdís Fjölnisdóttir y otros vs. Islandia”.

Las circunstancias de hecho de este caso son relativamente más complicadas que las de los casos “Mennesson” y “Paradiso”, como veremos inmediatamente. Dos mujeres islandesas, casadas entre sí, celebraron un contrato de maternidad subrogada en California, usando gametos (espermatozoides y óvulos) de donantes, de forma que el niño nacido a consecuencia del contrato carecía de relación biológica con ambas mujeres. Tras el nacimiento, ambas fueron inscritas en el Registro de California como madres del niño, emitiendo las autoridades californianas el correspondiente certificado de nacimiento a nombre de ambas mujeres, y pasaporte estadounidense en favor del niño, constando documentalmente la renuncia de la madre gestante a efectuar cualquier reclamación relativa a su maternidad legal. Al volver a Islandia, solicitaron la inscripción del nacimiento y de la filiación en el Registro Civil islandés, en los términos del certificado de nacimiento emitido por las autoridades californianas; tal inscripción fue denegada, dado que en el Derecho islandés

se considera madre a la mujer que da a luz, circunstancia que no concurría en ninguna de las comitentes. Como consecuencia, el niño no obtuvo la nacionalidad islandesa, y fue considerado como un menor no acompañado, cuya guarda legal se atribuyó a las autoridades administrativas, y a la guardadora nombrada por ellas, acordándose también que el niño quedara en acogimiento con las mujeres comitentes. Estas últimas interpusieron diversos recursos, y mientras eran resueltos, el niño adquirió la nacionalidad islandesa, como consecuencia de un cambio en la legislación de Islandia. Las comitentes iniciaron también un procedimiento de adopción, pero antes de que tanto los recursos como este procedimiento de adopción fueran resueltos definitivamente, se divorciaron, llegado a un acuerdo, entre ellas y con las autoridades administrativas, para establecer un sistema de acogimiento temporal alternativo del niño con cada una de las comitentes, y sus respectivas nuevas parejas, lo que desembocó finalmente en un acogimiento permanente en favor de una de ellas, con un amplio derecho de relación en favor de la otra. Por otro lado, en el procedimiento de adopción habían ido surgiendo diversos obstáculos, de los que quizá el más relevante tenía que ver con la exigencia de consentimiento de quien era la madre legal para el Derecho islandés (la mujer que llevó a cabo la gestación y dio a luz), y en su caso de su esposo, acompañado de una declaración de los solicitantes de adopción (las dos mujeres comitentes, en este caso) de que no se había efectuado ningún pago para obtener esos consentimientos; pero antes de que estas cuestiones se resolvieran, y como consecuencia del divorcio, ambas comitentes desistieron del procedimiento de adopción. Por su parte, las autoridades islandesas, tanto administrativas como judiciales, rechazaron los recursos de los comitentes dirigidos a obtener la transcripción al registro civil islandés del contenido del certificado de nacimiento californiano, y por tanto de su condición de madres legales del niño. Frente a dichas resoluciones, se interpuso recurso ante el TEDH por las dos mujeres comitentes y el niño.

En su resolución, el TEDH entendió que no hubo violación del art. 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que la negativa de las autoridades islandesas a reconocer a las mujeres comitentes legalmente como madres estaba amparada por una interpretación razonable de la ley, y tenía como objetivo proteger los derechos y libertades de los demás. Del contenido de esta sentencia, me gustaría subrayar los siguientes aspectos:

a) En cuanto a los hechos: i) que en el caso resuelto no existía vínculo biológico alguno (ni genético, ni gestacional) entre las comitentes y el niño, lo que lo aproxima al caso “Paradiso” (de hecho, la sentencia “Paradiso” es mucho más citada como precedente que la sentencia “Mennesson”); ii) que, a diferencia de lo que ocurrió en el caso “Paradiso”, la relación (convivencia) entre las comitentes y el niño no se vio interrumpida por un acto de las autoridades islandesas, ya que el niño quedó en situación de acogimiento con ellas, de forma que desde que nació, e ininterrumpidamente hasta que se divorciaron, vivió con las comitentes; la convivencia sí se vio afectada, en cambio, por el divorcio, pero no la relación estable y continuada con ambas mujeres (§§ 60 y 61).

b) En cuanto a las consideraciones jurídicas: i) el TEDH recuerda que el art. 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar, de forma que el respeto a la vida de familia no protege el mero deseo de fundar una familia, sino que presupone la existencia de una familia (§ 57); ii) recuerda también que su función no es sustituir a las autoridades nacionales

en la determinación de la política más adecuada para regular la compleja y delicada cuestión de la relación entre los comitentes y el niño nacido en el extranjero como resultado de contratos de maternidad subrogada, prohibidos en el Estado demandado (§ 61); iii) aunque el Tribunal reconoce que el no reconocimiento de la relación de filiación entre el niño y las comitentes ha afectado a la vida familiar de los demandantes, el disfrute de dicha vida familiar quedó suficientemente salvaguardado por el carácter permanente del acogimiento familiar, lo que debe considerarse que alivia sustancialmente la inseguridad y la angustia denunciadas por las demandantes (§ 71).

Como puede verse, los dos factores relevantes de que hemos venido hablando (existencia o no de una relación biológica, y duración de la convivencia entre las comitentes y el niño) también se encuentran presentes en la decisión del caso “Valdís Fjölnisdóttir”. Como en el caso “Paradiso”, la ausencia de esa relación biológica acaba desembocando en el no reconocimiento de una relación legal de filiación entre las comitentes y el niño. Y a diferencia del caso “Paradiso”, la larga convivencia entre el niño y las comitentes, y la consolidación de la situación de convivencia (con una de ellas) y de relación estable y permanente (con la otra) a través del acogimiento permanente, permite por un lado afirmar que sí ha habido vida de familia, pero que esa vida de familia no se ha visto sustancialmente afectada por la falta de reconocimiento legal de un vínculo de filiación.

III.4. Recapitulando, y concluyendo

A partir de la doctrina sentada en las sentencias que se han traído a colación en las páginas precedentes, así como en la *Advisory Opinion*, cabe hacer algunas consideraciones:

1. En primer lugar, el TEDH no se ha pronunciado explícitamente sobre los contratos de maternidad subrogada. Antes bien, tras reconocer que es una materia sobre la que no hay consenso, de forma que los Estados gozan de una amplia capacidad de decisión (“Mennesson” § 78, “Paradiso” § 182, 194), afirma que no es función del Tribunal sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la política más apropiada para regular la maternidad subrogada (“Paradiso” § 180, “Valdís Fjölnisdóttir” § 67).

2. Las sentencias del TEDH tienen que ver más que con la maternidad subrogada en sí, con los problemas que plantea la maternidad subrogada llevada a cabo por un nacional de un país que la prohíbe en otro país que sí la admite, y que pretende después que la filiación derivada de esa maternidad sea reconocida legalmente en su país de origen: es decir, con el turismo reproductivo. En relación con este problema, el TEDH es consciente de que el libre reconocimiento de dicha filiación equivaldría dejar sin efecto la prohibición o el rechazo de la maternidad subrogada (“Paradiso” § 211, 215; “Mennesson” § 84; la cuestión está meramente aludida en “Valdís Fjölnisdóttir” § 61). En el caso “Paradiso” este planteamiento, unido a las circunstancias a las que me referiré inmediatamente, es decisivo; en cambio, en la sentencia “Mennesson” tiene menos fuerza, también por el concurso de circunstancias diferentes, mientras que carece de especial relevancia argumental en el caso “Valdís Fjölnisdóttir” (quizá porque, finalmente, el Tribunal no decide en favor del reconocimiento de los vínculos de filiación).

3. De la doctrina emanada del TEDH resulta la importancia tanto de la existencia de una relación biológica de filiación (lo resalta especialmente la *Advisory Opinion*, § 36) como del tiempo efectivo de convivencia

(35) A estos efectos conviene recordar que, para el examen de los asuntos que se le someten, el TEDH actúa bien en Salas de siete jueces, bien en la llamada Gran Sala, de diecisiete jueces: en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier

parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. Eso es lo que hizo Italia en este caso, y la decisión de la Gran Sala, contraria a la de la Sala, es la que va a ser comentada a continuación.

entre los padres comitentes y el niño o niños nacidos como consecuencia de la maternidad subrogada. En el asunto “Mennesson”, tales circunstancias son decisivas, y son las que justifican la decisión final del TEDH: uno de los recurrentes era biológicamente padre de los gemelos, y la convivencia entre el matrimonio Mennesson y los niños duró casi catorce años. Sin embargo, en el asunto “Paradiso” las cosas eran muy diferentes: no había relación biológica entre el niño y el matrimonio Paradiso-Campanelli, y la convivencia no había llegado a durar ni un año, de forma que el Tribunal entiende que no hay, de hecho, vida de familia (§ 157). Desde esta perspectiva, fue clave la rápida intervención de las autoridades italianas en la retirada del niño y su adopción por otra familia, obteniendo así un equilibrio (que el Tribunal ha considerado adecuado) entre el legítimo interés del Estado en salvaguardar principios básicos del Derecho italiano y el interés del niño. Por último, en el caso “Valdís Fjölnisdóttir”, por un lado, no existía vínculo biológico entre el niño y las comitentes, y por otro el tiempo de convivencia efectivo (tras el divorcio, en los términos del acuerdo al que llegaron las comitentes) fue largo, y estuvo dotado de estabilidad fáctica y jurídica: todo esto permite al TEDH concluir que la decisión de las autoridades islandesas de no reconocer la filiación que constaba en los documentos extranjeros no era merecedora de reproche. En esta línea, la *Advisory Opinion* enfatiza la importancia de que los procedimientos por medio de los que se pueda establecer el vínculo de filiación entre (en el caso) la mujer comitente y el niño, sean rápidos y eficaces (§ 54).

En este punto, vale la pena resaltar la importancia que el Tribunal concede a la existencia de relación biológica de filiación (presente en “Mennesson”, ausente en “Paradiso”), frente a planteamientos que parecen pretender rebajar dicha importancia, o incluso hacerla desaparecer, en relación con los vínculos legales de filiación (36).

4. Es posible identificar, en el conjunto de las sentencias del TEDH, dos líneas decisorias en cierta medida divergentes:

a) La representada por la sentencia *Mennesson*, y la *Advisory Opinion* emitida en relación con este mismo caso, cuya consecuencia final es la consolidación en el Derecho nacional de los resultados que perseguían los comitentes a través del recurso a la maternidad subrogada en el extranjero, eludiendo así su prohibición en el Derecho nacional, al menos cuando hay relación biológica entre uno de los comitentes y el niño: en efecto, el TEDH afirma (con toda claridad en la *Advisory Opinion*) que, una vez establecido el vínculo legal entre el comitente-progenitor biológico, y el niño, debe ser establecido también un vínculo de filiación entre el niño y el comitente no relacionado biológicamente con él, aunque haya suavizado esta exigencia al afirmar que no es necesario que ello ocurra a través del reconocimiento automático del certificado de nacimiento extranjero, pudiendo realizarse por otras vías (principal, pero no únicamente, adopción).

b) La representada por los casos “Paradiso” y “Valdís Fjölnisdóttir”, cuyo resultado final es la falta de reconocimiento legal de vínculos de filiación entre los comitentes y el niño, pero con la importantísima diferencia, ya mencionada, de que en el primer caso el TEDH consideró que no había llegado a ha-

ber verdadera vida de familia, dada la rápida reacción de las autoridades italianas y la separación del niño de los comitentes, mientras que en el caso “Valdís Fjölnisdóttir” la convivencia se mantuvo, de acuerdo con las autoridades islandesas, y por tanto hubo vida de familia suficientemente estable desde el punto de vista legal.

5. Por último, y en relación con el caso “D. vs. Francia”, el TEDH parece no poner reparos a que los Derechos nacionales, a la hora de elegir entre la maternidad genética y la gestacional (ambas biológicas) para determinar la maternidad legal, opte por la gestacional, siguiendo el criterio (muy habitual en la legislación comparada) de que legalmente es madre la mujer que da a luz: esta opción tiene la clara ventaja de que es, en sí misma, la más evidente y de prueba más fácil e inmediata, lo ofrece mayor seguridad desde el punto de vista jurídico.

IV. Algunas iniciativas internacionales relativas a la maternidad subrogada

En el ámbito internacional cabe mencionar algunas iniciativas referentes a la maternidad subrogada, tanto a nivel europeo como global. De ellas, voy a detenerme en dos, una de ámbito europeo (IV.1.), y otra de alcance global (IV.2.).

IV.1. La Resolución del Parlamento Europeo sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto

El 7 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo adoptó una *Resolución sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto* (37), cuyo número 115 “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”. Ha llamado la atención que esta Resolución, que tan claramente condena la maternidad subrogada, proponga únicamente la prohibición de la llamada maternidad subrogada gestacional (en la que el óvulo procede de la mujer comitente, o de una donante, de forma que la madre gestante no está relacionada genéticamente con el niño fruto de este acuerdo) (38). En todo caso, hay que subrayar que la Resolución condena todas las formas de maternidad subrogada (y no solo la gestacional), así como que la maternidad subrogada más practicada a nivel internacional es la que es a la vez gestacional y comercial (39).

IV.2. El Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños

El Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por la relatora especial sobre venta y explotación sexual de niños, en enero de 2018 (40), tras ofrecer una breve información acerca de las actividades desarrolladas por la relatora

(Nº 1 a 6), contiene un estudio monográfico sobre maternidad subrogada —que denomina habitualmente “gestación por sustitución”— y venta de niños, así como algunas recomendaciones relativas a la forma de impedir el tráfico de niños mediante la maternidad subrogada (Nº 7 a 78). No es posible dar cuenta detallada de dicho estudio en estas páginas: me limitaré a subrayar algunos de los contenidos del mismo que, en mi opinión, son más relevantes.

1) El informe se presenta como una consecuencia lógica del informe previo sobre adopciones ilegales (Nº 8), y examina principalmente en qué casos un contrato de maternidad subrogada constituye venta de niños desde el punto de vista de la legislación internacional de derechos humanos. Las repercusiones de la maternidad subrogada sobre los derechos de las mujeres quedan fuera del estudio, salvo cuando afecten tanto a los niños como a las mujeres, o salvo algunas violaciones de derechos que pueden servir para ilustrar cuestiones relativas a la regulación legal y su cumplimiento.

2) El estudio subraya la división existente a la hora de determinar cuál sea la mejor forma de afrontar la maternidad subrogada internacional: ya sea a través de la regulación tanto de la subrogación altruista como de la comercial, o de la prohibición de ambas, o de la admisión de una (la altruista) y la prohibición de la otra (la comercial) —Nº 20—.

3) Para evitar los problemas derivados de esa falta de acuerdo, el informe identifica “un refugio seguro basado en una premisa sencilla: todos los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y a crear salvaguardias para su prevención. Aunque el imperativo de prohibir y prevenir la venta de niños no ofrece respuestas a todos los debates de política que rodean a la gestación por sustitución, sí limita el alcance de los enfoques admisibles” (Nº 22).

4) El informe alerta contra el riesgo de que tanto los Estados como la comunidad internacional lleguen a legalizar o normalizar la venta de niños y otras violaciones de los derechos humanos al regular la maternidad subrogada. Y más específicamente, en relación con los problemas derivados de la maternidad subrogada internacional, el informe afirma que “la exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos” (Nº 23).

5) El estudio resalta la conexión existente entre adopción internacional y maternidad subrogada internacional, pero no tanto para considerar la adopción internacional como un mecanismo apto para legalizar la situación de los niños nacidos a consecuencia de una gestación de sustitución, sino para indicar que muchas de las soluciones legales ofrecidas para afrontar legalmente la maternidad subrogada internacional podrían, de ser aceptadas, legitimar prácticas que en otros campos, como en de la adopción, son consideradas ilícitas (Nº 24). El informe indica que hay un riesgo real de que desapa-

rezcan algunos de los avances producidos en el desarrollo legal de los derechos de los niños, incluidos los que han tenido lugar en el campo de la adopción (Nº 25), sobre todo teniendo en cuenta la insistencia con que la industria de la maternidad subrogada y sus defensores intentan que prácticas y reglas rechazadas por la comunidad internacional respecto a la adopción internacional, sean aceptadas en relación con la maternidad subrogada (Nº 26). En esta línea, el estudio recalca que hay algunos principios relativos a los derechos humanos que son aplicables tanto a la adopción como a la maternidad subrogada, entre los que se incluyen la prohibición de la venta de niños, el interés superior del menor como consideración primordial, la inexistencia del derecho al hijo, la necesidad de una estricta regulación y limitación de las transacciones económicas en estos ámbitos, los derechos a la identidad y a conocer el propio origen, y la protección frente a la explotación (Nº 28).

6) Una parte significativa del informe está dedicada a demostrar que la maternidad subrogada comercial, tal y como se desarrolla habitualmente en la práctica, constituye venta de niños, tal y como es definida en la normativa internacional de derechos humanos, ya que concurren los tres elementos que definen la venta de niños, de acuerdo con el art. 2.a del *Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (41): hay remuneración u otro tipo de retribución (pago), hay transferencia de un niño, y hay intercambio de la retribución por la transferencia del niño (Nº 42 y ss.).

7) El informe se opone frontalmente al uso de expresiones como “derecho a procrear” (terminología ausente de los textos internacionales de derechos humanos) o “derecho al hijo”, que no existe en el Derecho internacional: “un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un ‘derecho a tener un hijo’ suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño en condiciones de igualdad. Debe resistirse con firmeza el enfoque basado en el ‘derecho a tener un hijo’, pues se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con derechos humanos” (Nº 64).

8) El informe acepta que la llamada maternidad subrogada altruista no entraña venta de niños, pero alerta acerca de la existencia de sistemas organizados de maternidad subrogada etiquetados como “altruistas”, pero que habitualmente incluyen retribuciones sustanciales para las madres, y pagos importantes a los intermediarios. El uso de categorías abiertas y genéricas, como “sufrimientos morales” o “servicios profesionales” para justificar tales retribuciones y pagos, debe ser considerado, al decir del informe, como un indicador de que estamos en presencia de una maternidad subrogada comercial (Nº 69).

9) En cuanto a los problemas a que deben enfrentarse los ordenamientos que prohíben o restringen la maternidad subrogada, el informe señala que “en vista del riesgo de venta de niños en las modalidades regulada y no regulada, los Estados no deberían reconocer automáticamente las órdenes de patria potestad o las partidas de nacimiento cursadas por Estados extranjeros en relación con modalidades comerciales de gestación por sustitución, sino examinar

(36) Uno de los mejores ejemplos puede ser el informe redactado en Francia para el Ministerio de Asuntos Sociales y de la Salud y el Ministerio de la Familia por I. THERY - A. M. LEROYER: “Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle”, París 2014, disponible en http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_

thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf, último acceso, 18 de mayo de 2022.

(37) Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2015-0470&language=ES&ring=A8-2015-0344> (último acceso, 18 de mayo de 2022).

(38) Cfr. *PACE Report on children's rights related to sur-*

rogacy, op. cit. p. 28: la relatora considera que la llamada maternidad subrogada tradicional (en la que la madre gestante es también la madre genética, porque ha aportado el óvulo) es la peor forma de maternidad subrogada.

(39) Cfr. *HCCH Permanent Bureau (H. BAKER), A study of legal parentage...*, ob. cit., nº 35; *PACE Report on children's rights related to surrogacy*, op. cit., p. 3.

(40) El Informe está fechado el 15 de enero de 2018. Las sesiones del Consejo de Derechos Humanos tuvieron lugar en febrero y marzo de 2018.

(41) “Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

detenidamente el procedimiento tramitado en el extranjero. El Estado de los aspirantes a progenitor se encarga de realizar determinaciones del interés superior después del parto, proteger los derechos del niño de identidad y de acceso a los orígenes personales y efectuar evaluaciones independientes de la patria potestad, así como de indagar sobre el tratamiento dispensado a la madre de alquiler y su consentimiento con posterioridad al parto. El Estado de los aspirantes a progenitor solo debe concederles la patria potestad y la responsabilidad paterna al término de esas evaluaciones sobre la base del interés superior del niño. No debe castigarse ni discriminarse al niño por las circunstancias en que nació, y han de protegerse los derechos de los niños nacidos de vientres de alquiler. Corresponde a los Estados interesados, que son el de los aspirantes a progenitor y el Estado en que nace el niño, velar por que no se produzca apatridia” (Nº 70).

V. Consideraciones conclusivas

No es fácil obtener conclusiones generales de cuanto ha quedado expuesto. Sin embargo, cabe identificar algunos rasgos y tendencias significativos:

1) El primero puede resumirse en una sola palabra, que es “división”: la maternidad

subrogada genera debate y división a todos los niveles (geográfico, político e ideológico, legal y judicial...), dada la relevancia de las cuestiones que están en juego (la dignidad y derechos de mujeres y niños, pero también mucho dinero...).

2) Esta división hace que sea muy difícil llegar a un acuerdo global sobre la maternidad subrogada internacional, así como acerca de la forma en que los Estados (y principalmente los Estados que la prohíben o limitan) han de afrontar la situación de los niños nacidos en el extranjero como consecuencia de los contratos internacionales de gestación por sustitución. En relación con ello, cabe hacer dos ulteriores consideraciones:

2.1) En tanto no se llegue a un acuerdo, las regulaciones nacionales prohibitivas o restrictivas corren el riesgo de tener una eficacia muy limitada, ya que el umbral de lo aceptable y la efectividad de las leyes nacionales que regulan estas prácticas vendrán determinados por la regulación nacional más permisiva que exista a nivel internacional, siempre que ofrezca unas garantías legales mínimas a los comitentes (42).

2.2) Parece haber un creciente consenso en que una respuesta nacional a estas situaciones que se base exclusivamente

en el interés individual del niño implicado individualmente en ella es insuficiente, ya que tal cosa podría desembocar en la aceptación del tráfico de niños. De ahí que el interés de los niños, en abstracto, deba ser tomado en consideración. Por eso el Informe de la Relatora especial de Naciones Unidas sugiere que los Estados no deben reconocer automáticamente las decisiones relativas a la paternidad o maternidad, o los certificados de nacimiento procedentes de otros Estados en caso de maternidad subrogada comercial, sino que deben verificar cuidadosamente los procedimientos desarrollados en el extranjero para evitar la venta de niños. Esta parece ser, también, la postura del TEDH, que, incluso en los casos en los que entiende que debe establecerse un vínculo legal de filiación entre uno de los comitentes y el niño, cuando no están relacionados biológicamente, no considera que deba hacerse necesariamente por medio del reconocimiento automático de la filiación, tal y como resulta del certificado de nacimiento emitido por el Estado de origen del niño.

3) Hay una creciente preocupación acerca de en qué forma los contratos internacionales de maternidad subrogada pueden afectar a los derechos de mujeres y niños, y sobre el riesgo de venta de niños y de cosi-

ficación y explotación de mujeres vulnerables (43).

4) Puede ser de gran utilidad tomar la adopción, y muy destacadamente la adopción internacional, como modelo para afrontar los problemas derivados de la maternidad subrogada internacional, y sus riesgos, ya que tales problemas son, en muchos casos, similares a los que se plantean en la adopción internacional: las normas adoptadas para evitar abusos y venta de niños, y proteger los derechos de las mujeres y los niños implicados en adopciones internacionales, pueden ser usados como una referencia a la hora de redactar las normas relativas a la maternidad subrogada internacional. Sin embargo, hay una diferencia básica entre ambos fenómenos, que debe ser subrayada: mientras la adopción, en sí misma, es indudablemente una forma legítima y justa de llegar a ser legalmente padre o madre, hay muy serias dudas de que pase lo mismo con la maternidad subrogada, que necesariamente requiere el “uso” de una mujer como madre gestante, “uso” que fácilmente puede devenir en “abuso”. Por ello, mientras que la prohibición de la adopción internacional carece de sentido, la completa prohibición de la maternidad subrogada es una posibilidad que puede, y debe, ser considerada como una opción razonable.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1931/2022

(42) Así lo apunta el Informe del Comité de Bioética de España, op. cit., p. 20.

(43) En este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo español, 277/2022, de 31 de marzo, a partir de los arts. 1 y 2 del Protocolo Facultativo sobre la venta

de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, del Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que mues-

tre abusos sexuales de niños, del Informe del Comité de Bioética de España, así como del contenido de los contratos de maternidad subrogada que se emplearon en el caso resuelto por la sentencia, concluye que la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los dere-

chos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos (Fundamento de Derecho Tercero).

Comité Científico de Árbitros

Prof. Dr. Guido Alpa, Università di Roma-Sapienza, Italia.
Prof. Dra. Úrsula C. Basset, Universidad Católica Argentina, Argentina.
Prof. Dr. Luis María Bunge Campos, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dr. Juan Carlos Cassagne, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dr. Giuseppe Conte, Università degli Studi Firenze.
Prof. Dra. Irene Coppola, Università degli Studi di Napoli Federico II, Italia.
Prof. Dra. Lucila I. Córdoba, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dr. Gregor Christandl, Universität Graz, Austria.
Prof. Dra. Carmen Domínguez, Pontificia Universidad Católica de Chile.
Prof. Dr. Anatol Dutta, Ludwig Maximilians Universität, Alemania.
Prof. Alfredo Ferrante, Università di Pisa, Italia.
Prof. Dr. Augusto Ferrero Costa, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.

Prof. Dr. Hugues Fulchiron, Université Jean Moulin Lyon 3, Francia.
Prof. Dra. Débora Gozzo, Universidade São Judas Tadeu, Brasil.
Prof. Dr. Carlo Granelli, Università degli Studi di Pavia, Italia.
Prof. Dr. Esteban Gutiérrez Dalla Fontana, Universidad Católica de Santa Fe y Universidad Nacional del Litoral, Argentina.
Prof. Dr. Jérémy Houssier, Université de Reims Champagne-Ardenne, Francia.
Prof. Dra. Viviana Kluger, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dr. Alejandro Laje, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dr. Carlos Laplacette, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Prof. Dr. Nenad Lhaca, Sveučilište u Rijeci, Croacia.
Prof. Dr. Carlos Martínez de Aguirre, Universidad de Zaragoza, España.
Prof. Dra. Adriana Morón, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
Prof. Dra. Silvia Nonna, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Prof. Dra. Romana Pacia, Università degli Studi di Trieste, Italia.
Prof. Ubaldo Perfetti, Università degli Studi di Macerata, Italia.
Prof. Dr. Carlo Pilia, Università degli Studi di Cagliari, Italia.
Prof. Dra. Beatriz Ramos Cabanellas, Universidad de la República Oriental del Uruguay y Universidad Católica del Uruguay, Uruguay.
Prof. Dr. Pablo Sanabria, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Prof. Dr. Fulvio Santarelli, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Prof. Dr. Francesco A. Schurr, Universität Liechtenstein, Liechtenstein.
Prof. Dr. José W. Tobías, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Prof. Dr. Stefano Troiano, Università degli Studi di Verona, Italia.
Prof. Dr. Leandro Vergara, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Prof. Angelo Viglianisi Ferraro, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria, Italia.
Prof. Dra. Sandra Winkler, Sveučilište u Rijeci, Croacia.
Prof. Dr. Alessio Zaccaria, Università degli Studi di Verona, Italia.

Árbitros sorteados para seleccionar las publicaciones de este número



Prof. Dra. Úrsula C. Basset, Universidad Católica Argentina, Argentina.



Prof. Dr. Carlos Laplacette, Universidad de Buenos Aires, Argentina.



Prof. Dr. Stefano Troiano, Università degli Studi di Verona, Italia.



Prof. Dra. Débora Gozzo, Universidade São Judas Tadeu, Brasil.



Prof. Dra. Adriana Morón, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.



Prof. Dr. Leandro Vergara, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

