

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año X – Nº 2 – 2º semestre 2022



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año X – N° 2 – Segundo semestre 2022

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
revistairydh@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

**ACERCA DE LA (NO) ADOPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL
SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

Gonzalo G. Carranza¹

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 22 de noviembre de 2022.

Resumen

La gestación por sustitución constituye una práctica cada vez más extendida en el mundo sobre la cual no hay consenso jurídico ni social. Uno de los principales problemas es la determinación de la filiación y los efectos que tal declaración tiene en los/las menores nacidos/as, sobre todo cuando fueron concebidos en un determinado Estado y se plantea su reconocimiento en otro.

Este artículo estudia la gestación por sustitución desde el punto de vista jurisprudencial. Presenta, en primer lugar, la principal doctrina que surge de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. Analiza, luego, el intrincado panorama legal existente en España y los pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, para evaluar si se ha producido (o no) una adopción de los estándares europeos en este país.

Palabras clave: Gestación por sustitución - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Tribunal Supremo de España; interés superior del niño - Derecho a la vida privada y familiar

¹ Investigador postdoctoral en Derecho constitucional del Departamento de Derecho Público del Estado (Universidad Carlos III de Madrid) e Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ, Universidad Blas Pascal). Correo electrónico: gonzalogabriel.carranza@uc3m.es / gonzalocarranza@ubp.edu.ar.

Este artículo forma parte del Proyecto de Investigación UBP “Dilemas jurídicos en torno a la gestación subrogada” (143-20210221-97), cuyos IP son los Profs. Dres. Claudia E. Zalazar y Gonzalo G. Carranza; además, de la Memoria de actividades del Subsidio César Milstein obtenido por el autor en el marco del Programa Raíces del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación del Gobierno de la República Argentina.

Title: ON THE (NON) ADOPTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DOCTRINE IN THE JURISPRUDENCE OF THE SPANISH SUPREME COURT ON GESTATIONAL SURROGACY.

Abstract

Surrogacy is an increasingly widespread practice in the world on which there is no legal or social consensus. One of the main problems is the determination of parentage and the effects that such a declaration has on the children born, especially when they were conceived in one state and recognition is sought in another.

This article studies surrogacy from a jurisprudential point of view. First, it presents the main doctrine emerging from the rulings of the European Court of Human Rights in relation to surrogacy. Then, it analyses the intricate legal landscape in Spain and the pronouncements of the Civil Chamber of the Supreme Court to assess whether there has been an adoption of European standards in Spain.

Keywords: Surrogacy - European Court of Human Rights - Spanish Supreme Court - best interests of the child - right to private and family life

I. Introducción

La gestación por sustitución constituye una práctica cada vez más extendida en nuestras sociedades que pone en jaque tanto la regulación interna como el reconocimiento que se produce en un determinado Estado de los efectos de este tipo de gestación realizada en el extranjero.

En este artículo se presentará, en primer lugar, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que surge de distintos casos de gestación por sustitución resueltos desde el año 2014. Tras este somero repaso por los asuntos y la doctrina que de ellos surge, se presentará de forma sintética el panorama legal existente en España para analizar, luego, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, primero en relación con la saga de 2014-2015 y, luego, en lo atinente a la reciente sentencia de febrero de 2022. Dicho

análisis perseguirá, en último término, evaluar si se ha producido (o no) una adopción de la doctrina que surge de Estrasburgo y, en su caso, tratar de advertir cuáles son los argumentos que llevan dicha doctrina en el ámbito nacional.

II. Una somera aproximación a un problema jurídico de difícil solución

Ante un escenario de profundos cambios en materia de relaciones familiares, nos encontramos cada vez con más y más situaciones que llevan a límites insospechados nuestra capacidad de asombro; situaciones que desafían, además, numerosos paradigmas o dogmas de lo que tradicionalmente se ha entendido por “familia”. Estos cambios nos interpelan y problematizan las ópticas de análisis.

En el ámbito jurídico surgen nuevas preguntas sobre la regulación que han de tener estas nuevas realidades, una de las cuales es la gestación por sustitución, fenómeno sin lugar a duda complejo, lleno de aristas y polos jurídico-obligacionales por atender (y que resolver)². Pero antes de continuar adentrándonos en el asunto, como se ha dicho, complejo, resulta preciso optar por una definición que ayude a poner sobre la mesa los distintos elementos que lo configuran. Así, la gestación por sustitución *“es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”* (LAMM, 2013: p. 24).

Opto, en consecuencia y, en primer lugar, por un término identificativo del fenómeno, desde mi humilde punto de vista, neutral. No desconozco la existencia de otros utilizados a menudo por la doctrina, según la posición filosófica adoptada por el/la autor/a, tales como maternidad subrogada, subrogación uterina, alquiler de útero, madres suplentes, gestación para otros/as, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada,

² Algunas de las preguntas que han surgido a nivel social en esta materia, sobre todo en el entorno español, se encuentran bien sistematizadas en MATIA PORTILLA (2019: 86-89).

maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, entre otros.

En segundo lugar, entiendo que la definición por la que se opta identifica adecuadamente las diversas partes que integran el fenómeno jurídico (persona gestante, persona/s comitente/s, persona nacida), a la vez que trata a la gestación por sustitución como una técnica de reproducción humana asistida, posición que comparto plenamente. El único agregado que me gustaría realizar, y que responde en plenitud a mi particular forma de ver el asunto, es que entiendo más adecuado llamar a la/s persona/s comitente/s, padre/s o madre/s intencional/es, ya que lo que subyace en su decisión es una clara voluntad procreacional, aporte/n o no gameto/s para la formación del embrión. No creo que la autora de la definición elegida en este trabajo esté en desacuerdo con mi posición, sobre todo a la vista de un trabajo suyo prácticamente coetáneo a aquel del que se toma la definición (LAMM, p. 2012).

Hecha la salvedad del término y su definición, resulta trascendental dejar sentado que este artículo no pretende revisar o visitar la literatura de la materia para tratar de aportar elementos al debate, sino que tiene simplemente por objeto analizar las resoluciones del Tribunal Supremo de España, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

III. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, alternativamente, TEDH) ha dictado diversos pronunciamientos relativos a la gestación por sustitución. El gran foco de atención de estos pronunciamientos ha sido la inscripción de el/los de la/s niño/a/s nacido/a/s por esta técnica de reproducción humana asistida y los consecuentes derechos atinentes a su vínculo como hijo/a/s y ciudadanos/as del Estado en cuestión. Sin embargo, como inmediatamente se verá, podría resultar un tanto simplista decir que este ha sido el único asunto estudiado por el TEDH, dada la casuística que impera en la materia y los matices que de ella deriva. Es que, como es sabido, “su labor de protección de los derechos humanos [la del TEDH] es necesariamente casuística, y sus fallos están muy condicionados por las

circunstancias concretas de los asuntos objeto de su conocimiento” (HERNÁNDEZ LLINÁS, 2020: p.196).

A continuación, se presentarán cronológicamente algunos de estos pronunciamientos, los más significativo desde mi humilde punto de vista, con una mención sucinta de la situación fáctica y de la doctrina del Tribunal y con referencias a otros estudios que los han analizado con mayor profundidad, por si fuera de interés para el/la lector/a.

i. 2014: STEDH *Menesson c. Francia*

El primer caso que inicia la saga es la STEDH *Menesson c. Francia*, de 27/06/2014³. En este asunto un matrimonio heterosexual de origen francés decide acudir a California, tras varios intentos fallidos de fertilización *in vitro*, y realizar allí una gestación por sustitución con aportación de gameto masculino y óvulo donado. Se suscribe un contrato de gestación por sustitución (plenamente válido en aquel Estado de Norteamérica) y, tras el nacimiento, se determina por sentencia judicial la paternidad genética y la maternidad legal de las dos niñas nacidas. El padre acude al Consulado francés, que deniega otorgar el pasaporte a las niñas, al entender que, si bien quedaba acreditado por sentencia su vínculo genético, no ocurría lo mismo respecto de la madre, que no había dado a luz a las niñas.

En el interín se llevan a cabo diversas investigaciones, se interpone el caso ante los tribunales franceses, llegando en última instancia ante el TEDH, al entender los demandantes que no pueden obtener de Francia el reconocimiento de la filiación establecida legalmente en el extranjero, situación que atenta contra el interés superior del niño. Denuncian, en consecuencia, violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en particular el respeto a la vida privada y familiar.

³ Al respecto, pueden consultarse, entre otros, LAMM (2013: 120-123), LAMM Y RUBAJA (2016), FLORES RODRÍGUEZ (2014), DURÁN AYAGO (2014), GARCÍA SAN JOSÉ (2018: pp. 109-111), HERNÁNDEZ LLINÁS (2020: pp. 187-191).

En primer lugar, el TEDH evalúa la presunta violación de la vida familiar. Al respecto, entiende que el hecho de que los tribunales franceses no hayan reconocido el vínculo filial no ha impedido que estos puedan vivir en familia; es más, no se ha acreditado en los procesos judiciales previos que los solicitantes hayan tenido que pasar dificultades prácticas que les hayan impedido disfrutar de una condición familiar equivalente a la de cualquier otra familia francesa. A expensas del Tribunal Europeo, el Estado, con decisiones como estas, ha hecho uso válido del margen de apreciación nacional que ha de respetarse. En consecuencia, rechaza esta pretensión de los demandantes (apartado 94).

Respecto de la segunda violación aludida, la de la vida privada, el TEDH recuerda, en el apartado 86 de la sentencia, que “el respeto a la vida privada exige que toda persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, lo que incluye su filiación”. Frente a esta afirmación, entiende que las niñas se encuentran en un estado de “inseguridad jurídica” ya que los tribunales franceses, si bien reconocen la legalidad de la decisión judicial californiana, niegan sus efectos jurídicos en el Estado francés, desconociendo en consecuencia la nacionalidad de las niñas.

El TEDH no desconoce que Francia, con este tipo de actuaciones, “desea disuadir a sus nacionales de recurrir en el extranjero a un método de procreación prohibido en su territorio”. Sin embargo, señala el TEDH, “de lo anterior se desprende que los efectos del no reconocimiento en el Derecho francés de la relación paternofilial entre los hijos así concebidos y los padres de intención no se limitan a la situación de estos últimos (...): también conciernen a las propias niñas” (apartado 99). Es que una importante parte de su identidad, el reconocimiento de su parentesco y la consecuente nacionalidad reconocida por el Estado se ve afectada. Así, primando el interés superior del niño, el Tribunal entendió, finalmente, que sí existió una violación de la vida privada reconocida en el art. 8 CEDH.

Respecto del análisis que se realiza en esta sentencia y, como a continuación se verá, de las demás, resulta trascendente recalcar el papel del TEDH como órgano jurisdiccional internacional. Así, por un lado, el TEDH

debe asegurar la protección efectiva y real (no ilusoria) del CEDH, “tomando en consideración las condiciones de vida actuales y nuevos modos en los que el disfrute de dichos derechos puede ser impedido, aun cuando no estuvieran previstos originariamente (interpretación teleológica o províctima)”. Por otro, el TEDH ha de respetar la identidad de los casi cincuenta Estados que forman parte del Convenio, “en particular estando en juego cuestiones moralmente sensibles respecto de las cuales aún no existe un consenso europeo” (GARCÍA SAN JOSÉ, 2018: p. 108).

Este doble tipo de control se realiza en este pronunciamiento y en muchos de los demás. El TEDH no solo evalúa la adecuación de las actuaciones al marco del Convenio: sopesa también las decisiones nacionales bajo el prisma del margen de apreciación nacional.

ii. 2014: STEDH *Labassee c. Francia*

La saga en materia de gestación por sustitución a nivel del Convenio continúa con la STEDH *Labassee c. Francia*, de 26/06/2014 (se resuelve, como se aprecia, el mismo día que el primer caso)⁴. Aquí nos encontramos, también, ante un matrimonio heterosexual que lleva a cabo este tipo de gestación en Minnesota (Estados Unidos), naciendo una niña que no es reconocida por Francia. En esta ocasión, al igual que en *Mennesson*, se emplea material genético del padre y un óvulo donado.

La demanda apuntaba prácticamente en los mismos términos que el caso anterior: vulneración del art. 8 CEDH, en particular, violación de la vida familiar y de la vida privada. El TEDH realiza idéntica aproximación y llega a similar conclusión: no aprecia vulneración de la vida familiar, aunque sí de la privada de la niña.

iii. 2016: STEDH *Foulon y Bouvet c. Francia*

⁴ *Vid.*, entre otros, LAMM Y RUBAJA (2016), DURÁN AYAGO (2014), GARCÍA SAN JOSÉ (2018: 109-111), HERNÁNDEZ LLINÁS (2020: 187-191).

La STEDH *Foulon y Bouvet c. Francia*, de 21/07/2016⁵, continúa el recorrido jurisprudencial. Las gestaciones por sustitución de estos casos acumulados tuvieron lugar en la India, donde el consulado francés denegó, una vez más, la inscripción de las personas nacidas por esta técnica. Los solicitantes, que aportaron material genético, entendieron que han sido víctimas de una situación similar a la de *Mennesson y Labassee*, por lo que consideraron en consecuencia la vulneración del art. 8 CEDH en lo respectivo a la vida privada y familiar.

En lo que podría sin problema identificarse como una sentencia corta, de simple aplicación de jurisprudencia, el TEDH reconoce la violación del Estado francés de la vida privada de las personas nacidas por gestación por sustitución, pero no (una vez más) de la vida familiar.

Hasta aquí, una serie de notas comunes: todos los casos presentan a Francia como demandada; se trata de parejas heterosexuales; y hay aportación de material genético de uno de los demandantes. En cuanto a la labor interpretativa llevada a cabo por el TEDH, GARCÍA SAN JOSÉ explica que “[p]ara constatar la proporcionalidad de la injerencia, el TEDH sopesa una serie de circunstancias en cada caso que conoce, a fin de reconocer un mayor o menor margen de apreciación a los Estados, estableciendo el siguiente silogismo: cuando un amplio margen de apreciación debe ser reconocido a los Estados, el TEDH debe mostrar una autolimitación judicial no pretendiendo sustituir a las autoridades nacionales en la valoración de las medidas adoptadas en una sociedad democrática para alcanzar el fin legítimo perseguido” (2018: p. 110). Pero, *contrario sensu*, “cuando a la luz de los factores relevantes del caso el TEDH entiende que debe reconocer un margen de apreciación nacional reducido, la conclusión es, al contrario: procede a mostrar un activismo judicial províctima de la injerencia en el ejercicio de los derechos reconocidos, de manera que solo razones particularmente relevantes serán suficientes para justificar la compatibilidad de la injerencia con las obligaciones derivadas del Convenio”.

⁵ Al respecto, pueden consultarse, entre otros, GARCÍA SAN JOSÉ (2018: 111-112), OCHOA RUIZ (2019: 182-183).

iv. 2017: STEDH *Laborie c. Francia*

En la STEDH *Laborie c. Francia*, de 19/01/2017, el TEDH continúa su línea jurisprudencial en materia de gestación por sustitución. Se trata de un caso cuyo inicio tuvo lugar en Karhov, Ucrania, con posterior desconocimiento consular del vínculo filiatorio de las personas nacidas. Como en los anteriores asuntos, se aduce vulneración del art. 8 CEDH (vida privada y familiar).

Recurriendo nuevamente al “copia y pega”, el TEDH trae a colación la doctrina del precedente y entiende que “no puede concluir de otra manera” (apartado 30). En consecuencia, reconoce violación de la vida privada de los niños nacidos por gestación por sustitución, pero no de la vida familiar, a la luz del art. 8 CEDH.

Me permito advertir que no he incluido este caso junto a los anteriores, ya que de las circunstancias fácticas de la sentencia no se deducen datos relativos al material genético aportado. Se indica, solamente, que “[l]os certificados de nacimiento emitidos el 30 de noviembre de 2010 por las autoridades ucranianas indican que el primer solicitante es su madre y que el segundo solicitante es su padre” (apartado 6).

v. 2017: STEDH *Paradiso y Campanelli c. Italia*

Unos días más tarde se dicta la STEDH *Paradiso y Campanelli c. Italia*, de 24/01/2017⁶. El caso guarda origen en Rusia, donde nació una persona por gestación subrogada (consecuencia de la unión de gametos donados) y continúa en Italia. Los padres intencionales quisieron inscribir al niño nacido en su país de residencia y recibieron el rechazo de las autoridades, al entender que se trataba de una situación prohibida por el Derecho italiano. Como consecuencia del rechazo de las autoridades, se puso al menor a disposición de los servicios sociales, al considerarlo en estado de abandono

⁶ Al respecto pueden consultarse, entre otros, FARNÓS AMORÓS (2017), DÍAZ CREGO (2017), GARCÍA SAN JOSÉ (2018), RUIZ MARTÍN (2019).

y fue posteriormente entregado en acogida, con destino a adopción, a una nueva familia, con la que permaneció desde su entrega.

Los padres intencionales, que no aportaron material genético (aspecto de relieve en comparación con los anteriores casos analizados) interpusieron los distintos procesos judiciales y llegaron al TEDH, aduciendo violación del art. 8 CEDH. Sin embargo, el Tribunal entendió que la argumentación vertida no apuntaba al mismo objetivo que en los casos precedentes: en este, lo que se pretendía era evaluar si las medidas adoptadas por las autoridades italianas que derivaron en la separación del niño de los padres intencionales vulneraban o no el Convenio.

Este caso presenta otra particularidad en relación con los anteriores. El TEDH (Gran Sala) entendió que no hubo vulneración de la vida familiar precisamente porque no existió “*familia*” en sentido estricto: no había vínculo genético, la duración de la relación no había sido duradera y el vínculo, a nivel general, presentaba altos rasgos de incertidumbre. A su parecer, la relación de paternidad aludida por los comitentes (que, el TEDH insiste constantemente, no era genética) era débil y había merecido la consideración de ilegal por las autoridades italianas. Es que “[p]ara el TEDH el mero hecho que los comitentes estuvieran desde el inicio en Rusia, no era una razón de peso para entender que se había formado dicho vínculo” (RUIZ MARTÍN 2019: 785). Esta misma autora sistematiza dos cuestiones relacionadas con la determinación de la existencia del vínculo familiar que surge de la doctrina del Tribunal en este caso (p. 786-787): la duración del vínculo es trascendental, aunque no se decanta el TEDH porque necesariamente tenga que existir un tiempo predeterminado por ley; y, la valoración del vínculo no ha de realizarse de conformidad a la relación emocional, sino de acuerdo con la duración y calidad de la misma (este último ítem se sopesa atendiendo, por ejemplo, el cuidado brindado al/ a la menor).

Pero en relación con la vida privada, el Tribunal entiende que sí hubo una vulneración, pero no de la vida del niño, sino de la vida de los padres. Argumenta el TEDH de la siguiente manera: “En el presente caso, el Tribunal observa que los demandantes tenían una intención genuina de convertirse en

padres, inicialmente mediante intentos de concebir mediante fertilización in vitro, luego mediante la solicitud y obtención de la aprobación formal para adoptar y, por último, recurriendo a la donación de óvulos y el uso de una madre sustituta. Una parte importante de sus vidas se centró en realizar su plan de convertirse en padres, para poder amar y criar a un hijo. En consecuencia, lo que está en juego es el derecho al respeto de la decisión de los demandantes de convertirse en padres (...), y el desarrollo personal de los demandantes a través del papel de padres que deseaban asumir frente al niño” (apartado 163). El Tribunal consideró, en definitiva, que las decisiones adoptadas por las autoridades italianas vulneraron la vida privada de los demandantes (apartado 165).

vi. 2019: SSTEDH C. y E. c. Francia y D. c. Francia

Unos años más tarde se dictaron las SSTEDH C. y E. c. Francia, de 19/11/2019 y D. c. Francia, de 16/07/2020⁷. En estos casos nos enfrentamos al problema de que las autoridades francesas denegaron la inscripción en el Registro de los datos un niño nacido por gestación por sustitución en el extranjero. En el primer asunto acumulado había aportación genética del padre, pero no de la madre; en el segundo, había aportación de material genético de la madre intencional.

En el primer asunto el TEDH declaró la inadmisibilidad de las solicitudes por considerarlas manifiestamente infundadas y reconoció que el propio Estado brindaba la posibilidad a las madres intencionales no genéticas a ser reconocidas como madres mediante la adopción del hijo del otro cónyuge.

En el segundo asunto entendió que Francia no sobrepasó el margen de apreciación nacional y no hubo violación consecuente del art. 8 CEDH en lo atinente a la vida privada del menor. Básicamente, entendió que la existencia de un vínculo genético no exige del Estado la necesaria traslación

⁷ Al respecto, se recomienda consultar FARNÓS AMORÓS (2022: pp. 40-42).

de los datos de un certificado de nacimiento expedido en el extranjero a su Registro civil. Por encima del vínculo genético se encuentra, para el Tribunal, el hecho de que la persona nazca del cuerpo de la mujer que aduce ser su madre.

vii. 2021: SSTEDH *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia y S.-H. c. Polonia*

En el año 2021, y dejando de mencionar algún otro caso menos relevante dictado en el interín, se dictaron dos sentencias. La primera, STEDH *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*, de 18/05/2021⁸. La segunda, STED S.-H.c. *Polonia*, de 16/11/2021. Analicemos sucintamente los dos asuntos.

El primero se refiere al no reconocimiento de una relación paterno filial de una pareja homosexual (que no aportó material genético) y un niño nacido en Estados Unidos como consecuencia de una gestación por sustitución. En este caso el Registro islandés denegó la solicitud de inscripción del niño por lo que, con carácter automático, se rechazó su carta de ciudadanía, considerándolo un ciudadano extranjero, a la vez que menor no acompañado.

En el caso el TEDH atendió, en primer lugar, si hubo o no vida familiar. Así, recuerda que, de acuerdo con su jurisprudencia, “Las disposiciones del artículo 8 [del CEDH] no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. El derecho al respeto de la ‘vida familiar’ no salvaguarda el mero deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia, o al menos la relación potencial entre, por ejemplo, un hijo nacido fuera del matrimonio y su padre natural, o la relación que surge de un matrimonio genuino, incluso si la vida familiar no ha sido aun plenamente establecida, o la relación entre un padre y su hijo legítimo aunque se demuestre, años después, que no ha tenido base biológica, o la relación que surge de una adopción lícita y genuina” (apartado 57). Para determinar si hubo o no vida familiar, el Tribunal pone sobre la mesa un dato de sumo interés: mientras se sustanciaban los procedimientos judiciales en Islandia, los padres por

⁸ Para profundizar, véase OCHOA RUIZ (2021) o FARNÓS AMORÓS (2022).

intención se divorciaron y uno de ellos continuó con la tramitación de la guarda del menor. A la luz de la doctrina de Paradiso y Campanelli, el TEDH entendió que en el caso sí había vida familiar, atendiendo la larga duración de la relación habida, la calidad de los vínculos ya formados y los estrechos lazos afectivos forjados por uno de los padres intencionales, aquel que continuó con la guarda del menor (apartado 62). Pero con independencia de la existencia de “vida familiar”, el TEDH entendió que no hubo injerencia alguna del Estado que supusiera vulneración del art. 8 CEDH. Por el contrario, “el Estado demandado tomó medidas para que la tercera parte demandante fuera acogida por la primera y segunda parte demandante, y parece que la adopción conjunta de la tercera parte demandante era una opción abierta para ellos hasta su divorcio. Tras su divorcio, el Estado demandado celebró un nuevo acuerdo de acogida con el primer solicitante, que se fijó con la condición de que el segundo solicitante siguiera disfrutando de la misma custodia sobre él. Por lo tanto, el Estado demandado tomó medidas para garantizar que los tres demandantes pudieran continuar llevando una vida familiar, a pesar del no reconocimiento de un vínculo parental y a pesar del divorcio de los demandantes primero y segundo. Si bien la Corte reconoce que el no reconocimiento ha afectado la vida familiar de los solicitantes, el disfrute de esa vida familiar también fue salvaguardado por la permanente adopción del régimen de acogimiento familiar, lo que debe considerarse como un alivio sustancial de la incertidumbre y angustia aducida por los solicitantes” (apartado 71).

En relación con la presunta violación de la vida privada, el TEDH entendió que, a la luz de la demanda, los recurrentes presentaron similares argumentos a los que dieron en la queja efectuada contra la injerencia del Estado en la vida familiar, por lo que descartó cualquier violación al respecto.

En relación con este asunto, se ha analizado recientemente la relevancia que tiene el vínculo genético en las gestaciones por sustitución transfronterizas. Al respecto, se ha dicho que este caso “constituye una oportunidad perdida para revertir una doctrina que (...) tiene unos efectos especialmente perversos en las mujeres dada la importancia tradicionalmente

atribuida a la regla *mater semper certa est*. En el caso, en lugar de destacar la existencia de vida familiar de facto y permitir que en determinados contextos este extremo pase por delante del dato genético, siempre en interés del menor, el TEDH refuerza implícitamente la línea jurisprudencial mantenida desde *Mennesson*. Así, siempre que exista vínculo genético entre al menos el padre de intención y el menor la GS transfronteriza puede desplegar efectos en el Estado de origen, por mucho que la práctica esté prohibida a nivel interno y sea contraria a la legislación nacional. Por el contrario, en ausencia de dicho vínculo, no reconocer legalmente la filiación es una decisión que cae dentro del margen de apreciación de cada Estado” (FARNÓS AMORÓS, 2022: 50).

El segundo caso de 2021, *S.-H. c. Polonia*, presenta como demandantes también a una pareja homosexual residente en Israel, ambos con ciudadanía israelí, pero uno de ellos, el Sr. S., también tiene ciudadanía polaca. Un detalle de color es que nunca vivió en aquel país. Ambos hombres celebraron un contrato de gestación subrogada en Estados Unidos, naciendo dos niños gestados con aportación de material genético del Sr. S. y óvulo donado. Los Tribunales californianos declararon padres (naturales, conjuntos e iguales) de los gemelos a los Sres. S. y H.

Con posterioridad al nacimiento los Sres. S. y H. se presentaron ante las autoridades polacas para solicitar la ciudadanía para sus hijos, teniendo en cuenta el vínculo genético existente con uno de los padres. Tal pretensión fue denegada por las autoridades, atendiendo que la gestación por sustitución no constituye práctica legal en Polonia y que, de conformidad con las leyes polacas, los niños eran hijos de quien los había dado a luz. Las autoridades polacas adujeron también que, de acuerdo con la presunción de paternidad de su legislación civil, el padre había de ser el esposo de la mujer gestante. Interpuestas las distintas reclamaciones administrativas y judiciales, llegaron finalmente al TEDH.

El TEDH evaluó si la negativa de las autoridades polacas, que afectó al reconocimiento del vínculo paternofilial y derivó en el desconocimiento de la ciudadanía polaca de los menores, supuso una vulneración de la vida privada de los demandantes, a la luz del art. 8 CEDH. Tras su análisis,

concluyó que no hubo tal injerencia, por cuanto los efectos negativos que tuvieron las decisiones de las autoridades polacas no sobrepasaron el umbral de gravedad para plantear una cuestión en virtud de tal precepto. Eso, sumado a que no demostraron ante las autoridades judiciales ni ante el TEDH que hayan existido circunstancias personales que supusieran un impacto severo, de notable entidad en sus vidas. Tampoco reconoció el Tribunal injerencia en la vida familiar por parte de Polonia: “dado que la familia de los solicitantes reside en Israel, la imposibilidad de obtener la confirmación de la adquisición de la ciudadanía polaca no les ha impedido disfrutar, en el país donde viven, de su derecho al respeto de su vida familiar. Los solicitantes y sus futuros padres tienen ciudadanía israelí y su relación legal está reconocida en Israel. No parece que el hecho de que los solicitantes no sean reconocidos como ciudadanos polacos tenga alguna relación con su vida familiar, por ejemplo, en caso de muerte o separación de sus futuros padres. Por lo tanto, cualquier riesgo potencial para su vida familiar debe considerarse en este caso particular como puramente especulativo e hipotético y solo podría materializarse si se establecieran en Polonia” (apartado 75).

viii. La doctrina del TEDH

De la jurisprudencia del TEDH surgen, entonces, varias notas distintivas. Como se ha visto, la atención primordial viene dada por el respeto de la vida privada, con foco en la atención de los niños nacidos por esta técnica de reproducción humana asistida. El Tribunal, partiendo del interés superior del niño, reconoce que la vida privada del art. 8 CEDH incluye el derecho a su identidad. A su vez, este derecho a la vida privada, por conexión de la identidad, supone que los Estados deban inscribir a los/las niños/as nacidos por gestación por sustitución, incluso cuando ello contraviene el marco normativo interno. Esta doctrina se aprecia en particular en los primeros casos, aunque hay una irrupción en *S.-H. c. Polonia*, justificada, si se quiere, en la inexistencia de un vínculo de residencia de los padres intencionales y en la constatación de que los niños disponen de otras nacionalidades (dos en su

caso: israelita y norteamericana), por lo que la decisión nacional no supondría una afectación relevante.

El TEDH realiza, además, varias alusiones a la vida familiar, definiendo algunos contornos específicos que llevan a identificar qué se entiende por tal concepto a la luz del Convenio. Prima, en este sentido, y como se ha visto en los distintos casos, la relación duradera y de calidad antes que el propio vínculo biológico.

Se ha visto lo complejo que resulta para el TEDH el análisis de los casos en los que ningún padre/madre por intención comparte material genético con el/la/los/las niño/a/s nacido/a/s por gestación por sustitución. Se trata de asuntos complejos, de los que no es posible extraer aún una respuesta única del TEDH. No dudo que se planteen más casos de este tipo y que pronto podamos hablar de doctrina en el asunto.

A nivel general, el TEDH espera de los demandantes un acto consciente de argumentación que ha de ser sostenido en todas las presentaciones hasta llegar a Estrasburgo en relación con la violación de la vida privada, por un lado, y de la vida familiar, por otro. No entra al análisis de ambos ámbitos de la vida amparados por el art. 8 CEDH si no se realiza una exposición contundente de la violación advertida, a lo que han de sumarse evidencias lógicas que lleven a su estudio particular.

Si bien en la jurisprudencia del TEDH se advierte claramente la atención brindada a el/lo/s la/s padre/s y/o madre/s por intención y a los/las niños/as nacidos por gestación por sustitución, no se advierte un análisis serio y profundo de la posición adoptada en este fenómeno jurídico por la mujer gestante. Esta, quizá, (y coincidiendo con OCHOA RUIZ, 2019: p. 190) es una de las deudas de la jurisprudencia, que debería ser atendida por el Tribunal.

Tampoco se advierte en la jurisprudencia del TEDH un análisis de la gestación por sustitución como una técnica ligada al comercio ni una atención específica en la dignidad de la mujer gestante.

ix. ¿Ha de aplicarse esta doctrina en España?

El art. 10.2 de la Constitución española resulta contundente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Como bien ha señalado GARCÍA SAN JOSÉ (2018: p. 107), siguiendo a CARRILLO SALCEDO (2003: 63), “[l]a jurisprudencia del TEDH relativa a los derechos reconocidos en el art. 8 del CEDH a particulares en el contexto de la gestación por sustitución hasta la fecha no ha afectado directamente a España —no le alcanza el efecto de *res iudicata inter partes*—, pero sí le concierne de manera indirecta, en cuanto queda sometida al efecto de *res interpretata erga omnes de la ratio decidendi* de las mismas”. Veamos, a continuación, los casos más relevantes habidos en España, para advertir si la doctrina del TEDH ha permeado, o no, en las decisiones internas.

IV. La gestación por sustitución en España

i. A modo de exposición (más que) sintética del marco jurídico básico de la gestación por sustitución en España

En España, la gestación por sustitución se encuentra prohibida. Así lo señala el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que prescribe:

“Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

En definitiva, lo que prima es el aforismo *mater semper certa est*. Pero no solo esto: el Código Penal tipifica varios delitos “que guardan una evidente conexión con la gestación subrogada, como son las de ocultar o entregar ‘a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación’ (artículo 220.2 del Código Penal, CP en adelante) o, mediando compensación económica, entregar ‘a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación’ (artículo 221.1 CP), y ello con independencia de que la entrega del bebe se produzca en el extranjero (artículo 221.2 CP)” (MATIA PORTILLA, 2019: p. 84).

Pero con independencia de estas prohibiciones, que rigen, por así decirlo, el ámbito interno, lo cierto es que la práctica se sigue produciendo en el exterior, con efectos en el país, por la solicitud de numerosos padres y madres por intención de registrar a sus hijos como españoles. Esto, en palabras de MATIA PORTILLA (2019: p. 84), supone un “divorcio entre la regulación normativa del fenómeno y la realidad social” que, como se verá, no pasa desapercibido por el Tribunal Supremo español (TS).

El problema al que se han enfrentado quienes realizan gestación por sustitución en el extranjero es en algún sentido similar al que se advirtió en los casos franceses: la negativa consular de registrar a los/las niños/as, por considerar que la práctica es contraria a la legalidad interna. Al respecto, como consecuencia del caso que se verá a continuación —que llegó al TS—, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que permite la inscripción de los/las niños/as nacidos/as en el extranjero por gestación por sustitución siempre que se den una serie de requisitos que resume DE LA PEÑA PITA (2020: p. 120): presentar una resolución judicial del país en el que se produjo la gestación por sustitución que reconozca el vínculo paterno-filial; la resolución debe sujetarse a reconocimiento en España de acuerdo con el *exequátur*, salvo que concurran dos excepciones, bien que resulte de aplicación un tratado internacional que excluya la necesidad de *exequátur*, bien que el

procedimiento judicial seguido en el extranjero sea análogo a los procesos españoles de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso el Encargado del Registro Civil debe llevar a cabo un control incidental respecto de dicha resolución.

Pero unos años más tarde, el 14 de febrero 2019 para ser preciso, se dictó otra Instrucción que derogaba la de 2010 y amoldaba el asunto a la doctrina del TS que se verá. Sin embargo, “con una celeridad verdaderamente sorprendente, tan pronto como dicha Instrucción trascendió a los medios de comunicación, se dictó una nueva Instrucción de 18 de febrero de 2019, dejando sin efecto la precedente y retomando el régimen establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010” (DE LA PEÑA PITA, 2020: p. 121).

No he de dejar de mencionar que estas Instrucciones se valieron, por parte de la doctrina, de cierta crítica, al entender que constituyen una alteración del sistema de fuentes, permitiéndose, a expensas de LASARTE, por una simple Instrucción aquello que no está permitido por ley. Así, “[t]al catálogo de buenas intenciones no puede ocultar la realidad: la Instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues, en realidad, pretende que cuanto la Ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque solo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de ‘ocurrencias ministeriales de urgencia’” (LASARTE, 2012).

ii. La saga del Supremo

El Tribunal Supremo de España, en particular la Sala de lo Civil, comenzó a tratar el asunto de la gestación por sustitución en el año 2014 mediante una Sentencia de 6 de febrero y, luego, con un Auto dictado a poco menos de cumplirse el año del primer pronunciamiento (2 de febrero de 2015). Lo importante es que estos dos casos, los primeros que llegan al TS, tienen como protagonistas a los mismos actores, primero en casación y, luego, en incidente de nulidad de actuaciones.

El caso comenzó, como algunos de los demás casos que se han visto, en California. Una pareja homosexual de españoles casados solicita en el año 2005 al Registro consular de Los Ángeles la inscripción de sus dos hijos

nacidos por gestación por sustitución. La inscripción se deniega, alegando la ilegalidad a efectos internos de la práctica, vulneradora del art. 10 LTRHA. Se interpone recurso ante la DGRN que resulta finalmente estimatoria (la fecha de la resolución fue 18 de febrero de 2009).

La decisión de la DGRN fue impugnada por el Ministerio Fiscal con razón de posible vulneración del orden público español. El caso llega a los juzgados de Valencia, donde se estima la impugnación. Se apela a la Audiencia Provincial de Valencia, que desestima el recurso de apelación y así se llega al Supremo en casación.

La Sala de lo Civil del TS “aborda la cuestión desde la perspectiva del reconocimiento de resoluciones extranjeras” (DE LA PEÑA PITA, 2020: p. 114). Es decir, centra su atención en aspectos que hacen más al procedimiento seguido que al fondo del asunto. Pero a partir de esta estrategia trae a colación cuáles son los valores, normas y principios que constituyen orden público internacional en el ámbito del Derecho de familia, en particular en lo atinente a las relaciones paternofiliales. Por vía del proceso incorpora, entonces, el fondo. Así, entiende que estas relaciones “tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I [CE] dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39)” (FD 3º 5). A este elenco se suman otros: “la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución). Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social

(art. 10.1 de la Constitución)⁹. Todos estos preceptos actúan como límites, como fronteras infranqueables cuando se quieren reconocer decisiones extranjeras en España. Estos límites son los que amparan la previsión del art. 10 LTRHA. Por lo tanto, el reconocimiento judicial de una decisión relativa a gestación por sustitución no tendría cabida en este país.

Pero de la sentencia surgen otros aspectos de relieve, ya sí más centrados (directamente) en el fondo. Los recurrentes alegan que el interés superior del niño quedaría conculcado por la decisión adoptada por las autoridades españolas de no inscribir a sus hijos. El TS, frente a esto, entiende, en primer lugar, que tal interés constituye un “concepto jurídico indeterminado” “esencialmente controvertido”, al ser una cláusula que expresa un criterio normativo “sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio” (FD 4º 3). El TS entiende, en el caso, que no hay vulneración de tal interés, por cuanto su interpretación “ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma” (FD 4º 6). En definitiva, el TS tira por la borda este argumento de los recurrentes, al entender que, si bien el no reconocimiento registral podría suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, también lo es que “el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor” (FD 4º 8).

Lo del interés del menor se une al criterio que, como se verá, se mantiene como constante en la jurisprudencia del TS: el Tribunal teme que esta técnica lleve a la mercantilización de los menores y de las mujeres gestantes. En el caso de los menores, señala el TS que tal mercantilización “supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta

⁹ Ídem.

contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil” (FD 5º 8).

Un punto que conecta este pronunciamiento con los anteriores analizados, dictados por el TEDH, es que el TS evalúa la posible afectación del art. 8 CEDH. Pero despeja el panorama aplicando la STEDH *Wagner y otro c. Luxemburgo*, de 28/06/2007. Así, señala que “[l]a denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican [de acuerdo con tal STEDH]: (i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.

Finalmente, el TS, rechazando el recurso de casación, señala que su pronunciamiento tendrá efecto sobre los menores, que pueden quedar desprotegidos. Por ello, encomienda al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su consecuente protección. En tal ejercicio el Ministerio habrá de tomar en consideración -señala el TS- la efectiva integración de los niños en un núcleo familiar *de facto*, esto es, el que mantienen con sus dos padres.

Tras esta Sentencia se dicta un año más tarde el Auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones, en el que los recurrentes insisten en su pedido trayendo a colación las sentencias ya dictadas por el TEDH al momento de interponer el incidente, en particular, *Labassee c. Francia y Mennesson c. Francia*, de 26/06/2014 y *Paradiso y Campanelli c. Italia*, de 27/01/2015. El TS finalmente lo desestima.

Con independencia de los resultados, no hay que dejar de pasar por alto que tanto la Sentencia como el Auto cuentan con votos particulares de cuatro magistrados que sí se decantan por estimar el recurso y el incidente. Entienden, en el caso de la Sentencia, que no hay vulneración del orden público español y que el interés superior del niño es particularmente desatendido (siendo, además, gravemente afectado). En el caso del Auto, los magistrados discrepantes tienen en cuenta el contenido del asunto y las resoluciones ya dictadas por el TEDH y concluyen que las diferencias que hay entre este caso y los demás sentenciados por Estrasburgo *“no justifican un tratamiento distinto”* (punto II). Esto, por tres razones. La primera, que todos los casos parten de la prohibición de la gestación por sustitución; pero frente a tal prohibición el niño que nace no puede verse perjudicado en aspectos trascendentales de su vida como son su identidad o ciudadanía. La segunda, que la decisión dada por la STS no se ha operativizado hasta el momento. Ello lleva, naturalmente, a una *“incertidumbre inquietante”* que afecta a los menores y a los padres. La tercera, que se ha constatado la regularidad del proceso de gestación por sustitución realizado en el país en el que tuvo lugar.

Si bien no desatienden las diferencias entre el caso que enjuician y los resueltos por el TEDH, entienden, finalmente, que *“la solución alcanzada por la mayoría no ha realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que tome en consideración primordial no solo el interés superior de los menores, que fundamenta en lo sustancial las resoluciones del TEDH, sino la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se dé respuesta a su solicitud de inscripción, y, en definitiva, el modelo de protección que resulta de todas ellas desde la óptica actual de los derechos humanos y de una legislación desbordada por una realidad que deja sin contenido las estructuras lógicas y formales del derecho, con el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente y sin inconveniente alguno para nuestro ordenamiento jurídico que, de una forma o de otra, lo está admitiendo a través de vías verdaderamente singulares como son las circulares o las instrucciones de la Dirección General*

de los Registros y del Notariado que han terminado por convertir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal” (punto III)

iii. La STS 1153/2022, de 17 de febrero

Recientemente se ha dictado un nuevo pronunciamiento de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el que se analiza nuevamente la gestación por sustitución, con una solución relativamente similar a la que concluyó el TS en la saga recién analizada. Se trata de la STS 1153/2022, de 31 de marzo.

Nos enfrentamos a un caso en el que no se solicita la inscripción del menor, nacido en este caso en México, sino el reconocimiento del vínculo materno de su madre por intención. Pero quien solicita tal reconocimiento no es la madre en sí, sino el padre de la madre (o abuelo del menor nacido). Veamos algunos detalles más del caso. La mujer realiza la gestación por sustitución en México sin aportar material genético ni ella ni la mujer gestante (en consecuencia, el embrión se formó por gametos donados). El niño que nació fue inscrito en México, constando la madre por intención como madre legal, sin mención de otro progenitor. El Registro civil central español deniega la inscripción, pero indica que puede solicitarla fuera del plazo previsto tras haber obtenido reconocimiento judicial o por haber adoptado al menor. En definitiva: el menor tiene nacionalidad mexicana y los apellidos de su madre por intención.

El *íter* sigue en España, donde el padre de la madre por intención interpone demanda judicial de determinación de la filiación materna de esta señora, identificada como Aurelia, por posesión de estado que es rechazada en primera instancia (juzgados de Madrid). El recurso de apelación es estimado en la Audiencia Provincial de Madrid, que declara el vínculo maternofilial, al entender que prima el interés superior del niño y que ha existido una relación de facto asimilable a la filiación. El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación, que es resuelto por esta STS, en el que denuncia infracción del último inciso del art. 131 CC en relación con el art. 10 LTRHA.

Básicamente, el Ministerio Fiscal alega que la sentencia recurrida “determina una filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio y en contra del artículo 10 LTRHA y del art. 131 del Código Civil, pues el apartado segundo de este último precepto legal excluye de la declaración de la filiación manifestada por la constante posesión de estado el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada, en este caso por el apartado segundo del artículo 10 LTRHA” (FD 2º 2). Esta interpretación -entiende el Ministerio Fiscal- sería contraria a la doctrina del Supremo ya sentada en la saga analizada. Asimismo, señala que ha de rechazarse la vulneración del interés superior del niño en el asunto y que ha de tomarse en consideración como bienes jurídicos afectados el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor.

La estimación del recurso por parte del TS se basa en dos argumentos principales. El primero, que la gestación por sustitución comercial, como sería la del caso, vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y los convenios internacionales sobre Derechos Humanos. En particular, vulnera el art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que procura actuaciones estatales destinadas a impedir el secuestro, venta o trata de niños para cualquier fin o de cualquier forma. Para tomar en consideración este argumento el TS trae a colación el “Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”, en el que se interpreta que la expresión “para cualquier fin o en cualquier forma” resulta comprensiva de la gestación por sustitución. La gestación por sustitución comercial —entiende el TS— vulnera, además, los derechos de la mujer gestante (que recibe en la Sentencia la consideración de “madre gestante”). Es que “[t]anto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad” (FD 3º 7). Agrega el TS que “[n]o es preciso un gran esfuerzo de

imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano” (FD 3º 8). No ha de pasar inadvertido, antes de cerrar este argumento del TS, que “el contrato de gestación por sustitución es pasado. Lo es incluso, (...), para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde apenas ha tenido trascendencia en los casos que ha resuelto” (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2022).

El segundo argumento principal gira en torno a la protección del interés superior del niño nacido de una gestación por sustitución. El TS recuerda que en este caso no se está solicitando la inscripción del menor, sino el reconocimiento de la maternidad, es decir, la determinación de la filiación conforme a la normativa española. En este punto el TS no desconoce la clara contradicción que existe entre las prohibiciones españolas en materia de gestación por sustitución y la práctica llevada a cabo por los particulares, que conciben por esta práctica en el extranjero y solicitan su reconocimiento, luego, en España. A partir de esta consideración, trayendo al caso lo resuelto en la saga y la doctrina del TEDH, entiende el Supremo que existe una familia *de facto* y que “la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos” (FD 4º 8). Así lo exige el interés superior del niño y su derecho a la vida privada, de conformidad con el art. 8 CEDH, “*que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro de la cual tiene gran importancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar*”¹⁰. Pero con independencia de este poético preámbulo, el TS llega a la conclusión de que la forma de satisfacer este interés del niño es reconociendo un vínculo filial por medio de la adopción. Entiende que esta decisión satisface el contenido del Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019, que señala que la adopción es una opción viable para la madre comitente siempre y cuando se garantice la prontitud

¹⁰ Ídem.

y eficacia del procedimiento. A merced del TS, no hay obstáculo alguno en términos burocráticos para que la madre por intención sea reconocida como madre por adopción. Esto, sin embargo, desde mi humilde punto de vista, contradice la esencia del vínculo creado por la madre por intención, que se considera madre legal del niño, desde su nacimiento, siendo el vínculo real (aunque no genético) y no por adopción. Mi posición discrepa, entiendo, con asumida por NAVARRO MICHEL (2022: 23), que ha apuntado que “el criterio del interés superior del menor no es una varita mágica que permita generar vínculos jurídicos que sean beneficiosos o útiles al menor, sin ninguna otra consideración”. Desde su óptica, “El interés del menor no puede servir para incumplir la ley o ignorar los mecanismos legales previstos. El cauce legal que puede llevar a la creación del vínculo jurídico de filiación, a falta de relación biológica, es la filiación adoptiva”. En definitiva, señala NAVARRO MICHEL (2022: 26), “Los defensores de erigir la voluntad procreacional como fundamento de la filiación verán en este caso una oportunidad perdida. Sin embargo, las normas aplicables a la reclamación de filiación son las que son, y el interés del menor no lo puede todo”.

En relación con la dignidad del niño y de la mujer gestante, que se trata en esta STS y en la saga, habría que preguntarse, como en su momento realizaron PRESNO LINERA Y JIMÉNEZ BLANCO (2014: pp.18-19), si la concepción que mantiene el TS resulta o no contradictoria con la base que subyace en la dimensión constitucional del término e, incluso, en la órbita del CEDH. Es que, al parecer, utilizando como argumento la dignidad se da lugar a una verdadera desprotección del menor, cuando lo que tal concepto persigue es absolutamente lo contrario. Además, “en cuanto a la dignidad de las madres gestantes, no justifica la mayoría del Tribunal Supremo su presunción de que ha quedado, o puede quedar, menoscabada si se admite la inscripción registral a nombre de otras personas de los hijos que han gestado: en el caso de autos se trató de una gestación llevada a cabo en el Estado de California y sometida a la supervisión de sus autoridades judiciales, sin que existan datos que permitan concluir, como prejuzga el Tribunal, que nos encontramos ante un caso de ‘la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación

de pobreza”, reflexión que considero plenamente trasladable a este supuesto, con el cambio de escenario territorial correspondiente.

Pues bien, habiendo visto el caso, cabe preguntarse si no ha existido, una vez más (teniendo en cuenta los votos particulares de la saga), un desconocimiento de la doctrina de Estrasburgo, posición que discreparía con la asumida AGÜERA PERÁLVAREZ (2022), quien ha entendido que la STS se ha dictado “en consonancia con los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Lo que se aprecia entre líneas en esta STS es que el TS entiende que su decisión resulta acorde con el margen de apreciación que reconoce el TEDH. No entra a valorar de forma detenida, ni en esta Sentencia ni en el conjunto de pronunciamientos de la saga, la posible vulneración de la vida privada y de la vida familiar a la luz del art. 8 CEDH y de las decisiones ya adoptadas por el TEDH.

Si bien es cierto que se trata de un caso en el que no hay aportación de material genético y, como se ha visto, en situaciones como estas Estrasburgo no ha sido del todo claro, también lo es que nos encontramos ante casos en los que existe una vulneración, desde mi punto de vista, de la vida privada de los menores, sobre todo si se atiende al vínculo jurídico que han de tener con sus padres, que es desconocido ante la denegación de la inscripción, así como el vínculo que han de tener con el lugar en el que viven y con la nacionalidad que se ha transmitido de sus padres/madres por intención desde el momento mismo en que dieron a luz. Esta injerencia del Estado atenta contra su identidad, que queda a merced de un proceso de revictimización constante de niños y niñas. Me posiciono, en consecuencia, a favor de los votos particulares que existieron en la saga y que se echan en falta en esta última STS: la aplicación de la doctrina del TEDH es, desde mi modesto punto de vista, desatendida bajo la atención de que el margen de apreciación nacional lo puede todo. No creo que falte razón a la posición minoritaria de entender que no se aprecia, en estos casos, una debida aplicación de la doctrina de Estrasburgo, por ejemplo, con el reconocimiento de una vulneración de la vida privada de los menores y las

consecuencias jurídicas que tal reconocimiento tiene para el TEDH, que discrepan sobremanera de las consecuencias reconocidas en España.

V. Conclusiones

La gestación por sustitución constituye una práctica sobre la que no hay consenso jurídico. La aceptación legal de esta técnica en unos Estados se enfrenta a la barrera legal existente en otros, con una victimización constante de el/la/los padre/s y madre/s por intención y del/de la o de los o las niño/a/s nacidos.

La respuesta dada por el TEDH no se aleja mucho del panorama general. No ha existido un reconocimiento general de la gestación por sustitución y su doctrina se muestra ambivalente, según las particularidades del caso, en relación con la vulneración de la vida privada o de la vida familiar reconocidos por el art. 8 CEDH. Si bien se puede hablar de una tendencia generalizada a reconocer la vulneración de la vida privada del/de la o de los o las niño/a/s nacidos por gestación por sustitución, al conectarla con la identidad y el vínculo familiar y de nacionalidad, lo cierto es que en relación con la vulneración de la vida privada familiar nos encontramos ante un panorama de incógnitas, con una concepción de “vida familiar” sujeto a características que desatienden el enlace afectivo-emocional que surge entre quienes desean ser padre/s o madre/s y quien/es nacen bajo ese afecto.

En el caso español se produce una traslación del problema, con la adaptación (que no adopción) de la doctrina del TEDH basada en la autopercepción del margen de apreciación nacional como barrera para evitar la verdadera adopción de aquellos extremos más claros de la doctrina de Estrasburgo. Me refiero, por ejemplo, a la vulneración de la vida privada personal del/de la o de los o las niño/a/s nacido/a/s por gestación por sustitución, que parece quedar desatendida bajo el pretexto del orden público internacional en materia de derecho de familia, que afectaría la dignidad de la/s persona/s nacida/s y de la mujer gestante, más basado en admoniciones generales que en el análisis concreto de estos extremos en cada uno de los asuntos.

Queda un largo camino por recorrer, tanto a nivel europeo como nacional, para advertir cambios que lleven a una solución verdaderamente ponderada y adecuada de este asunto. Soy consciente, sin embargo, que ninguna solución satisfará los intereses de todos los implicados, ni mucho menos los de las distintas posturas que se pueden tomar al respecto.

VI. Bibliografía

AGÜERA PERÁLVAREZ, E. (2022). Determinación de la filiación en la gestación por sustitución. *Diario La Ley*, núm. 10116.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2022). Gestación por sustitución y Tribunal Supremo Español. *Diario La Ley*, núm. 10069.

CARRILLO SALCEDO, J. A. (2003). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.

DE LA PEÑA PITA, F. (2020). La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: una asignatura pendiente. En SORIANO I PIQUERAS, V. (coord.): *Homosexualidad y derecho*. Madrid. Sepín. Pp. 111-125.

DÍAZ CREGO, M. (2017). Paradiso y Campanelli c. Italia: ¿un pronunciamiento europeo contra la gestación por sustitución? *REDE. Revista española de derecho europeo*, núm. 64, pp. 185-200.

DURÁN AYAGO, A. (2014). Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, pp. 277-282.

FARNÓS AMORÓS, E. (2017). "Paradiso y Campanelli c. Italia" (II): los casos difíciles crean mal derecho. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 40, pp. 231-242. DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2017.40.19174>

FARNÓS AMORÓS, E. (2022). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación

por sustitución transfronteriza. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 56, pp. 29-54.

DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2022.56.40620>

FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014). Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11. *La Ley Derecho de Familia*, 07/07/2014.

GARCÍA SAN JOSÉ, D. (2018). La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, pp. 103-130. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.04>

HERNÁNDEZ LLINÁS, L. (2020). Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas. *Revista de Derecho Político*, núm. 107, pp. 181-210. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.107.2020.27187>

LAMM, E. (2012). La Importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 24, pp. 76-91.

LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona.

LAMM, E. Y RUBAJA, N. (2016). Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 37, pp. 149-170. DOI: <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16156>

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria. *Diario La Ley*. Núm. 7777.

MATIA PORTILLA, F. J. (2019). ¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país? *Revista de Derecho Político*, núm. 105, pp. 81-125. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25269>

NAVARRO MICHEL, M. (2022). La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 56. Pp. 5-28. DOI: [10.1344/rbd2022.56.40741](https://doi.org/10.1344/rbd2022.56.40741)

OCHOA RUIZ, N. (2019). La creación de nuevos derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso de la maternidad subrogada. En: LUCAS ESTEVE, A. (dir.), *La gestación por sustitución*. Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 171-192.

OCHOA RUIZ, N. (2021). Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia, demanda nº 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9.

PRESNO LINERA, M. A. Y JIMÉNEZ BLANCO, P. (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *REDE: Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, pp. 9-44.

RUIZ MARTÍN, A. M. (2019). El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 11, núm. 2, pp. 778-791. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5020>