

## EL TEDH NO DA «CHEQUES EN BLANCO» A LOS PADRES INTENCIONALES: ES LEGÍTIMO QUE EL ESTADO EVITE LA «MATERNIDAD SUBROGADA DE FACTO»

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017, Paradiso y Campanelli v. Italia, núm. 25358/12**

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático. Universidad de Jaén*

*En los antiguos tiempos el dogma de la evolución no existía; entonces, los sabios entendían que los procesos históricos se desenvuelven siempre de acuerdo con la Ley del Péndulo [...]. Nada tiene de extraño que todo oscile [...] que todo evolucione e involucione. En un extremo del Péndulo está la alegría, en el otro el dolor [...]. Esperanza y desesperación, pesimismo y optimismo, triunfo y fracaso.*

Samuel AUN WEOR<sup>1</sup>

*En cuanto a mí (dice Sócrates en su pugna dialéctica con el gran sabio sofista Hippias de Élida), el destino me condena a continuas incertidumbres, y cuando os las muestro a vosotros que sois sabios, solo os merezco palabras de desprecio. Pero si intento decir, como vosotros, que lo más ventajoso es hablar con elegancia y hacer bellos discursos, este hombre (daimon o duende) que me critica sin cesar y del que no puedo librarme, por vivir juntos, inmediatamente me pregunta: ¿cómo puedes juzgar si un discurso es bello (o es justo, o es digno) si no sabes lo que es la belleza (ni lo justo, ni lo digno)?*

Marcos CHICOT<sup>2</sup>

### 1. EL MARCO NORMATIVO (NACIONAL, EXTRANJERO Y EUROPEO): UN PANORAMA DE DIVERSIDAD DE VOLUNTADES SOBERANAS

#### 1.1. «La Ley del Péndulo», principal fuerza animadora del debate político

En España, el debate sobre la regulación legal de la «maternidad subrogada» se mueve según la «Ley del Péndulo». La fuerza que determina sus oscilaciones de lado a lado se crea «a golpe de sentencia», donde se dirime, de forma contradictoria, una agría, aunque incruenta, lucha de intereses de todo tipo, más ideológicos y económicos que propiamente éticos, que se presentan ¿y son? radicalmente opuestos.

<sup>1</sup> AUN WEOR, S.: «La Gran Rebelión», en [http://www.samaelgnosis.net/libros/pdf/gran\\_rebellion.pdf](http://www.samaelgnosis.net/libros/pdf/gran_rebellion.pdf), pág. 23.

<sup>2</sup> CHICOT, M.: *El asesinato de Sócrates*, Planeta, 2016, pág. 452.

El «gobierno judicial» de tan compleja cuestión impide, por su naturaleza, encontrar el punto medio (la virtud reguladora de Aristóteles). Su «ley» es la del vencimiento en juicio, no la de la transacción de los intereses enfrentados. Aquí reside un primer vicio de situación tan inquietante y vacilante.

Cuando solo contábamos con doctrina judicial civil –«jurisprudencia menor»–, incluso una embrionaria doctrina judicial social, favorables a enervar por vía fáctica la prohibición legal de la «maternidad subrogada» (art. 10 [Ley 14/2006](#), sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida), el Consejo de Ministros aprobó un proyecto de reforma de la [Ley 20/2011](#), del Registro Civil, en la que se reforzaba tal prohibición (adición de un párrafo del art. 44). Las noticias venidas de esa «ciudad de la Justicia multinivel» que es Estrasburgo, condenatorias del Derecho francés (SSTEDH de 26 de junio de 2014, en los asuntos [65192/11](#), [Mennesson c. Francia](#) y [65941/11](#), [Labassee c. Francia](#); modulada ante los cambios en la legislación prometidos por el Gobierno, pero mantenida la condena por no haberse realizado todavía, en la [STEDH de 21 de julio de 2016](#), [caso Foulon et Bouvet c. Francia](#), asunto [10410/14](#)), movieron la voluntad política. La fortísima presión del *lobby* integrado por el sector de asociaciones y empresas favorables a esta práctica en España, «empoderadas» y espoleadas por esas sentencias, llevó al entonces (luego caído en desgracia) ministro de Justicia a asumir una regulación más tolerante<sup>3</sup>. ¡Qué efímera fue su vida!

La enmienda fue retirada para hacer palabra de ley la propia de la máxima autoridad judicial nacional, la Sala Civil del Tribunal Supremo, que negó que la jurisprudencia europea fuera aplicable para España por ser muy diferentes las situaciones jurídicas respecto del tema litigioso. A resultas de ello, de la [Ley 19/2015](#), de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, desapareció toda referencia a la cuestión. ¿Silencio elocuente u oportunidad perdida?

Ahora que la Sala Social del Tribunal Supremo ha decidido apartarse de raíz de la posición de su Sala Civil, en relación con las prestaciones de seguridad social «por maternidad subrogada» (SSTS de [25 de octubre](#) y [16 de noviembre de 2016](#)), volverá a virar el viento político, reactivándose la maquinaria político-parlamentaria. Cierto, la proposición no de ley (PNL) presentada en marzo de 2016 por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos (que acaba definirse como «liberal» y [pero] «progresista») en la Asamblea de Madrid ([PNL 51/2016](#), [RGEP 2399](#)) para instar al Gobierno a regular la maternidad subrogada –en su denominación tecnicificada de «gestación por sustitución»– fue rechazada, tras varias «rebeliones» de conciencia en las filas del Grupo Popular que había comprometido su apoyo<sup>4</sup>. Curiosamente, el «frente del No» se sustentó tanto por el Grupo Socialista cuanto por Podemos, que presentaron enmiendas a la PNL a fin de impedir que la liberalización supusiera mercantilización de la mujer. El rechazo de las mismas, calificadas como

<sup>3</sup> Vid. «Justicia se compromete a adecuar la legislación para facilitar la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos de "vientres de alquiler"», en *noticias.juridicas.com* (Actualidad, 10 de julio de 2014).

<sup>4</sup> Vid.: «Tres diputados dejan en evidencia el poder de Cristina Cifuentes en el PP de Madrid», en *www.elmundo.es* (Madrid, 18 de marzo de 2016).

«inasumibles» por la asociación/grupo de presión «Son Nuestros Hijos», por contener pretendidamente «[información errónea, por lo que tienen de considerar a la mujer poco capaz, por relegar al menor y por incluir principios machistas](#)»<sup>5</sup>, llevó al fracaso de la PNL. Pero la jurisprudencia social—aquí sí, pues son ya dos sentencias, a diferencia de la civil donde permanece única y discutida— parece que tendrá «efecto Lázaro» y resucitará el debate<sup>6</sup>, si bien de suerte incierta por el aplazamiento *sine die* del mismo en el último Congreso Nacional del PP.

Esta inversión de papeles constitucionales, donde la jurisprudencia lidera la regulación y el legislador queda a expensas de su decisión, no solo lleva a esta anomalía (vicio) del papel de suplencia—más bien de corrección, en el caso del orden social—jurisprudencial de la función legislativa, sino a un segundo, todavía más perverso: se invierte de raíz la pirámide jurídica. El escalón más bajo, las circulares y prácticas administrativas, se convierte en la punta de lanza—también de iceberg—. En este sentido, la práctica administrativa también ha ido oscilando a resultados de la posición jurisprudencial.

Brevemente, debe evidenciarse que, si en febrero de 2014, después del jarro de agua fría de la sentencia civil, se paralizaron las inscripciones en el Registro Civil de niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución, a raíz de las sentencias del TEDH, la situación práctica—la realidad de las cosas, por encima y al margen, y muy al margen, de la ley— volvió a cambiar. La DGRN emitió una circular el 11 de julio de 2014 por la que se autorizaba a los cónsules españoles a seguir aplicando la [Instrucción de 5 de octubre de 2010](#). Esta circular, criticada y defendida casi a partes iguales por una copiosísima doctrina civilista, absolutamente fracturada<sup>7</sup>, a diferencia de la laboral, casi unánime en su decantación de favor, sigue a día de hoy siendo la «auténtica ley» en esta materia, aunque su carácter *ultra vires* es de libro.

En contra de la misma, además de la Fiscalía, la administración de Seguridad Social se había venido oponiendo sistemáticamente al reconocimiento de prestaciones de «maternidad subrogada», por entender que lo que prohíbe la ley civil no lo puede amparar la ley social (arts. [177 y ss. TRLGSS](#)). Pero la administración no solo debería vincularse a la ley sino al Derecho (arts. 9.1, 103 y 106 [CE](#)), y por tanto a la jurisprudencia (art. 124 [CE](#)) le habría hecho doblar la rodilla, pese

<sup>5</sup> Vid. «[Carta abierta a Clara Serra de Marta López, presidenta de la asociación por la gestación subrogada en España](#)», en [www.sonnuestroshijos.com](#) (22 de marzo de 2016).

<sup>6</sup> Para la actualidad del debate vid. «[El debate de la maternidad subrogada divide a PP y PSOE](#)», en [www.elmundo.es](#) (Política, de 29 de enero de 2017).

<sup>7</sup> Vid. DURÁN AYAGO, A.: «[Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestión por sustitución en España](#)», *Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 2015, págs. 50 y ss., disponible en [www.millenniumdipr.com](#); más crítico MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F.: «La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2014, págs. 289-329; CERDÁ SUBIRACHS, J.: «La insostenible legalización *de facto* de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN», *Diario La Ley*, núm. 4893/2011.

al aliento épico que supusieron las SSTJUE de 18 de marzo de 2014<sup>8</sup>. Estas –una vez más– excitaron la rebelión en suplicación; rebelión ahora sofocada, no obstante los votos particulares y las aperturas de estos, así como la sentencia civil, desde la lógica de la norma del caso concreto, a las denegaciones por constatación de fraude de ley, que el orden público internacional y el interés superior del menor no podrían amparar. Pero, como es sabido, el INSS ha preferido tirar la toalla (*vid.* [Consulta núm. 29/2016, de 29 de diciembre de 2016](#)).

En suma, en lo que «de verdad cuenta», la práctica (el «ser»), no la norma (el «deber ser» actual, mañana... se verá), el círculo –vicioso– se ha cerrado: centenares de niños «subrogados» –se calcula que unos 1.000– pueden llegar libremente a España, ser inscritos y reconocidos, y beneficiarse del amoroso cuidado paternal/maternal con la cobertura de la seguridad social. Negocio redondo.

## 1.2. ¿Cuál es el modelo de regulación dominante? La prohibición no es *rara avis*, sino «ley mayoritaria», siendo moneda común las regulaciones restrictivas

Negocio redondo, claro, siempre que la liberalizada, *de facto* (práctica administrativa) o de Derecho (jurisprudencia social), decisión de procreación por sustitución se externalice en el mercado extranjero. La libertad de decisión del llamado –eufemísticamente o con neo-lenguaje funcionalista– «padre/madre de intención» se compra –subrogación comercial– o se contrata –subrogación altruista– con empresas especializadas en el mercado internacional de servicios de gestación. Su intervención –previo pago– es necesaria también para asegurarse de que el proceso se hace con los «*requerimientos particulares de los padres de intención*», de nuevo eufemismo o neo-lenguaje que quiere decir *encargo (o compra) «a la carta»* del bebé/bebés contratados «a voluntad»<sup>9</sup>. En otro caso, sin esa dimensión transnacional, sin ese recurso a estas «sociedades *offshore*» para la maternidad subrogada, la situación prohibitiva se mantiene y el riesgo de ser condenados penalmente, como ilustra la experiencia española de la «operación princesita» según expusimos en el [Foro de Debate](#) dedicado a esta cuestión (núm. 406)<sup>10</sup>.

El factor normativo-institucional «extranjero» es determinante para esta liberalización *de facto*. Y aquí surge el tercer vicio del debate nacional en esta materia, que consiste en una absoluta falacia. La opción, más bien la diatriba reguladora –se defiende esta nueva forma de maternidad con un discurso de descalificación de la prohibitiva por obsoleta imposición de una arcaica moral, además de creadora de incertidumbre jurídica–, se arma en torno a un reduccionismo ético: la respuesta exige tomar postura por una opción que, de un lado, sustituya la decisión ética –la

<sup>8</sup> Asuntos [C-167/12](#) y [C-363/12](#).

<sup>9</sup> *Vid.* «[Precios en gestación subrogada](#)», en [www.babygest.es](http://www.babygest.es).

<sup>10</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «[Prohibida la "nacional", ¿protegemos la "gestación/maternidad subrogada internacional" con prestaciones sociales?](#)», en *RTSS.CEF*, núm. 406/2017, págs. 199-2010.

regla prohibitiva— por otra meramente técnica —la regla permisiva conforme a la evolución de la ciencia—, para modernizar la vida social, de un lado, y para acabar con el «limbo jurídico de los niños gestados por subrogación internacional», cuya filiación (no su alma, como en el limbo cristiano) quedaría en suspenso por la prohibición de inscripción (en el concepto original religioso por «no ser bautizados»), perjudicando el interés del menor por la conducta de los padres («pecado original» paterno en la versión cristiana).

Una vez más, el análisis desde una visión más razonada y compleja, menos idealizada, y no desde el prejuicio o pretexto (interesadamente favorable a la legalización) nos muestra otra cosa. Sucintamente expondremos algunas claves delimitadoras del «contexto normativo» mayoritario en esta materia, visto también en su momento más reciente. De un lado, para quienes idealizan esta vía de hacer realidad el sueño o el deseo —que no el derecho, pues no existe como tal— de maternidad-paternidad, lo primero que suele leerse en las páginas favorables a la «gestación por sustitución» es el precio y en todas dicen que es el tratamiento de reproducción asistida más caro. La recomendación no es dirigirse al más barato, sino al más seguro que, por lo tanto, es también el más caro. El primer puesto lo ocupa Estados Unidos (un país de radical tradición liberal y cultura conservadora), con una horquilla que va desde un mínimo de 100.000 hasta un máximo de 150.000 euros (en torno al 20% es para la mujer gestante), aunque las agencias recomiendan añadir un porcentaje (20%) para «imprevistos». Por supuesto, cuando se habla de Estados Unidos suele omitirse que es solo en ciertos estados (sobre todo California), porque otros (como el más cosmopolita de Nueva York), lo prohíben, incluso penalmente<sup>11</sup>.

En países como Tailandia, Camboya o India, el precio de la gestación subrogada baja notablemente —entre 20.000 y 30.000 €—, por lo que fueron destinos preferidos para «turismo reproductivo» (el ahora eufemísticamente denominado «asistencia internacional para servicios de procreación») de muchos «padres intencionales». Sin embargo, la tensión generada entre la «cultura tradicional» (patriarcal y machista) y la «cultura moderna» (explotadora y de cosificación) de la maternidad, llevó a la misma «Ley del Péndulo» anteriormente señalada, de modo que la etapa de liberalización está siendo sustituida por otra «neo-prohibitiva», si bien para los extranjeros, no para los nacionales, y, en estos casos, con un gran número de restricciones —suele descartarse a homosexuales y parejas de hecho—, quedando solo para matrimonios con problemas de fertilidad. Un retorno a la regla de prohibición que también se ha producido en México.

Sin necesidad de ir más allá, comprobamos fácilmente —basta con un distraído paseo por las numerosas páginas dedicadas a su promoción (no obstante prohibirse generalmente la publicidad de estas agencias)— que en los países en que se ha legalizado la decisión apenas tiene que ver

<sup>11</sup> En Canadá, que admite solo la subrogación altruista —aunque la «compensación por gastos» suele ser la mitad del total—, el precio oscila entre 45.000 y 55.000 euros. En Grecia (máximo 12.000 € para la gestante), Ucrania o Rusia (entre 10.000 y 15.000 € para la gestante) entre 35.000 y 50.000 euros (con un 15% extra para imprevistos). *Vid.* <http://www.babygest.es/paises/>, una magnífica página web en la que se puede hallar toda la información —económica, procedimental y jurídica— relevante de cada país, tanto de los que legalizan esta práctica de reproducción asistida como de los que no.

con la ética, tratándose más de una cuestión ideológica –protección del liberalismo en la toma de decisiones, también de la procreación– y económica –oportunidades de negocio, con un «turismo reproductivo» de calidad–. En cambio, en aquellos que han experimentado un mayor abuso, han vuelto a la prohibición o mayoritariamente a una regulación restringida solo a ciertos nacionales y para determinados supuestos causales (en este grupo también está Israel, que la regula solo para heterosexuales residentes, aunque también se exige vínculo biológico, por exigencia de la «ley judía»). En este sentido, para evitar tentaciones idealizadoras de cualquiera de estas leyes, se ha visto cómo, en la práctica totalidad, las parejas homosexuales y los hombres solos tienen bastante restringido, con la discriminación que ello supone, el acceso a la gestación subrogada, salvo en Canadá (donde se prohíbe la comercial) y en algún estado de Estados Unidos –como California–.

Pero, en cualquier caso, también hay que evidenciar, de otro lado, que la mayor parte de los países sigue acogiendo la opción prohibitiva. Este es el caso, solo por citar algunos ejemplos de nuestro entorno, de Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Suiza, Austria, Noruega, Suecia... Fuera de Europa, otros como Argentina, Japón, algunos estados de Estados Unidos (Nueva York, Arizona, Michigan, etc.). Por supuesto, dejamos fuera países más alejados, de sistemas tradicionales y poco democráticos (Turquía, Arabia Saudí, Pakistán, China, etc.). Aunque ni el tradicionalismo ni el autoritarismo son un freno para que otros países, que por sus precios mucho más reducidos con relación a los Estados Unidos, sí son una alternativa factible, como prueba la práctica judicial. Junto a Rusia –Ley Federal sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, publicada en enero de 2012–, Ucrania, que tiene una legislación más favorable a la gestación subrogada desde 2009, son los destinos favoritos de los europeos por su precio más barato que el norteamericano, como hemos visto, pero tienen una importante restricción: los dos dejan fuera a los homosexuales (matrimonios o no), y a hombres solteros. Países europeos que sí la regulan, como Países Bajos, Dinamarca y Reino Unido, lo hacen también bajo condiciones restrictivas, como es aceptar solo la altruista y sin que el contrato sea título suficiente, exigiendo posterior adopción.

Importante para comprender mejor el caso aquí analizado, y sus consecuencias para una regulación adecuada de este espinosísimo tema, es que tanto Rusia como Reino Unido, que tienen dos modelos de regulación diferentes –una favorable a la comercial y no lucrativa, el otro solo favorable a la no comercial o no lucrativa–, no garantizan la filiación de los padres de intención por el mero contrato de gestación subrogada. Este es simplemente un acuerdo que estipula la transferencia civil de derechos y obligaciones del menor y no un contrato por el que la gestante renuncia al bebé en favor de los futuros padres, pues el bebé no es un objeto motivo de contrato. En Reino Unido, la maternidad legal y los derechos como madre recaen sobre la gestante y su marido o pareja –en caso de que lo tenga–, de modo que los llamados padres de intención tienen que pedir expresamente la paternidad legal. Por ello, es la mujer gestante la que tiene derecho a la baja, no los padres de intención<sup>12</sup>, a diferencia las que adoptan un hijo, lo que, ciertamente, lleva en muchos casos a forzar a las madres intencionales a tener que renunciar a sus puestos de trabajo o coger excedencias sin sueldo para cuidar.

<sup>12</sup> Vid. «Maternidad subrogada en Reino Unido», en [www.babygest.es](http://www.babygest.es).

Justamente, aunque sorprenda, este es el modelo seguido por el Grupo Parlamentario de Podemos en la Asamblea de Madrid para plantar sus enmiendas, como se comentó, a fin de proteger a la mujer gestante: «2. Dentro de los derechos garantizados a las mujeres gestantes, esta ley recogerá [...] el derecho a cambiar de decisión [...] sobre la entrega o no del hijo». Derecho de retracto contestado, en la [carta abierta](#) *ut supra* citada, por el lobby «Son Nuestros Hijos»: «No. No se puede cambiar de decisión y no se entrega a un hijo. Es el hijo de otr@s [...]. Cuando se trata de reproducción en la que hay terceras personas, la filiación es previa al parto y no se puede modificar o impugnar. Así lo recoge la ley española». No deja de ser curioso que se apele a la ley española para evitar incertidumbres sobre el contrato de gestación y no se repare en el «nimo detalle» de que la ley española invalida todo contrato de gestación.

### 1.3. ¿Hay un genuino orden público internacional europeo? Del abstencionismo europeo a la prohibición del fomento legal del mercado procreativo, nacional e internacional

Esta diversidad tan radical de regulaciones, que no permite reducir el debate al pulso entre «abolicionistas» («liberales») y «prohibicionistas» («conservadores»), pues aquella admite numerosas variantes, siempre con un sentido restrictivo, salvo ciertos estados –no todos– de Estados Unidos. Ni el TJUE ve discriminación alguna ni el TEDH se opone a la libertad de los Estados soberanos para una opción u otra, en defensa del imperativo de «orden público internacional». Esta cláusula no puede servir de «cheque en blanco» para que, sobre la base de esa libertad soberana, y sin la debida ponderación, se vacíen de utilidad los derechos reconocidos en el [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (CEDH; [STEDH de 21 de julio de 2016, caso Foulon y Bouvet c. Francia](#)).

Este dispar y conflictivo marco normativo no desconoce presupuestos comunes, que determinan las políticas de todo Estado, como es la protección prevalente de los derechos e intereses del menor. Si el artículo 2 de la [Convención Internacional de Derechos del Niño](#) (1989) establece el derecho al trato igual de todo menor, al margen de cualquier condición relativa a su origen, sin que pueda perjudicarle la conducta de sus padres, el artículo 3 garantiza la primacía del interés del menor, en concreto no en abstracto. Al respecto, no es baladí recordar que sus artículos 7 y 8 reconocen el derecho de los niños a conocer a su familia biológica y a ser reconocidos por ella. Derecho sí reconocido en el sistema de adopción, que no solo presupone conservar la información –art. 12 [Ley 54/2007](#), de Adopción internacional, en su redacción por la [Ley 26/2015](#), modificadora del sistema de protección a la infancia–, sino el deber de darla (no aparece como tal en la norma estatal, sí en el art. 235-50 de la [Ley 25/2010](#), del libro segundo del Código Civil catalán). El mercado internacional de gestación por sustitución no quiere ni oír hablar de esto, ignorando el derecho del menor.

Por eso, estando claro, y fuera de toda discusión, la prevalencia del interés superior del menor, ni mucho menos se resuelve el problema jurídico; no es un punto de llegada, sino tan solo un punto de partida. Además, ni en abstracto ni en concreto está siempre claro cuál es ese

interés superior, otros derechos fundamentales entran en juego, como los propios de las mujeres gestantes. La reciente experiencia portuguesa lo ilustra: tras muchas vicisitudes, ha visto por fin la luz la Ley 17/2016 –*Lei da Procriação Medicamente Assistida*–, si bien no se trata de ninguna «barra libre», sino de una regulación restrictiva y sobre el modelo no lucrativo<sup>13</sup>.

¿No hay posibilidad de un acuerdo internacional que sitúe correctamente la interacción del «orden público internacional» y el «interés superior del menor»? En el plano del Derecho Internacional Privado no parece, estando estancada la iniciativa desde hace varios años, mientras que el Parlamento Europeo hace de la prohibición su bandera.

En efecto, si la propuesta de convenio internacional sobre la materia sigue frustrada, desde 2012 (**Informe** de la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional)<sup>14</sup>, el **Informe Anual de Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014**<sup>15</sup> es radicalmente –en exceso– prohibicionista. Así, no solo «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», sino que, confundiendo –indebidamente– «mercantilización» –la gestación como objeto de un contrato, incluso oneroso– con «explotación» –representa un abuso de posición dominante de los padres intencionales sobre la mujer gestante que degrada a forma el consentimiento presupuesto– estima que «debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas [...], en particular [...] de las mujeres en los países en desarrollo». Por eso reclama reexaminar la cuestión urgentemente en el «marco [...] de derechos humanos».

Una línea crítica que ha seguido también la Comisión de Asuntos Sociales del Consejo de Europa. Para ello hace una doble constatación. De un lado, verifica «una amplia mayoría en contra de la subrogación con fines lucrativos». Pero, de otro, entiende que «*tampoco deben permitirse los acuerdos de subrogación altruistas, ni se debería alentar a los Estados a que permitan este tipo de acuerdos, si quieren establecer unas normas mínimas con miras a la protección de las madres de alquiler y los niños nacidos por sustitución*»<sup>16</sup>.

Pues bien, así situado el contexto normativo (y de cultura jurídica, no puramente ética) qué mejor que ver la última palabra al respecto de la máxima autoridad judicial en garantías de derechos humanos europea. El TEDH acaba de «re-pronunciarse» y lo hace de manera que puede resultar sorprendente –e incómoda– para quienes instrumentalizan su jurisprudencia al servicio de la liberalización, aún con cautelas, claro, y estigmatizan la posición prohibitiva.

<sup>13</sup> Vid. reparos planteados por el CNECV en [www.cnecv.pt](http://www.cnecv.pt): «Parecer 90/CNECV/2016», de 14 de diciembre de 2016,

<sup>14</sup> Vid. *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, en [hcch.net](http://hcch.net).

<sup>15</sup> Informe de 30 de noviembre de 2015; 2015/2229(INI).

<sup>16</sup> Vid. «Droits de l'enfant liés à la maternité de substitution», en *assembly.coe.int* (rapport/doc. 14140/23 septembre 2016).

## 2. RELATO DE HECHOS: CIRCUNSTANCIA PARA LA NORMA DEL CASO CONCRETO

A diferencia de lo exployado del marco normativo, el relato de hechos será más breve, porque ya tuvimos ocasión de dar cuenta del mismo en un *Diálogo anterior*<sup>17</sup>, a propósito de la sentencia de sala dictada sobre el mismo asunto (STJUE de 27 de enero de 2015, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, demanda núm. 25358/12) y que, como analizaremos, es revocada por la Gran Sala. En aquella decisión –los padres intencionales eran una pareja heterosexual que celebró un contrato de subrogación gestacional *en Rusia, sin aportar material genético*–, hubo condena por violación del artículo 8 del CEDH (derecho a la vida en familia). La Sala –que contó con un voto particular de dos magistrados– valoró que la familia comitente o intencional fue privada del derecho a vivir con el hijo por una decisión del Estado italiano, dándolo finalmente en adopción a la familia de acogida, sin que el TEDH considera legítimo, en defensa del interés del menor, el retorno a la familia comitente.

Se recordará que en este caso, que, insistimos, no presenta relación genética alguna entre el hijo y la pareja de padres intencional o comitente (el material genético procedía de donantes), el Estado italiano no solo negó reconocimiento a la afiliación conforme a la ley rusa, sino que persiguió a la pareja por alteración de estado civil y violación de la legislación italiana e internacional sobre adopción. El rechazo jurisdiccional a tal reconocimiento se basó en la falta tanto de transparencia sobre el proceso como de relación genética, priorizando en tal caso la protección del orden público –rechazo de la «*trascrizione dell'atto di nascita redatto in Russia per contrarietà all'ordine pubblico*»–. De ahí la legitimidad de separarlos del hijo y de darlo en acogida –luego adopción– a otra familia, conforme a la legislación de protección de los menores italiana. El TEDH, sin embargo, sobre la base de la existencia de «familia *de facto*» –hecha en los seis meses de convivencia de la pareja intencional con el hijo de subrogación– dará protección a esta sobre la base del citado artículo 8 del CEDH, por equivalente económico, pero, en aras del interés superior del menor, lo dejará con la familia de acogida-adopción, cuyo vínculo era más estrecho. En esta posición, el TEDH recordará su jurisprudencia sobre la inviabilidad de hacer del «orden público [...] una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que *la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al Estado, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo*» (FD 80). Pero el Estado italiano, no conforme con esta decisión de sala, reclamará a la Gran Sala del TEDH, a fin de obtener reconocimiento pleno de la legitimidad de su actuar.

<sup>17</sup> Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: «Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, demanda núm. 25358/2012)», *RTSS.CEF*, núm. 399, junio 2016.

### 3. DOCTRINA JURISDICCIONAL: LOS RAZONAMIENTOS PARA EL FALLO REVOCATORIO

La STEDH (Gran Sala) de 24 de enero de 2017 revoca su decisión de instancia, y ahora declara que no hubo una violación por Italia de los derechos del artículo 8 del CEDH. A su juicio, en este caso, las autoridades italianas sí que habrían alcanzado un equilibrio justo entre los diferentes intereses en juego, manteniéndose dentro del amplio margen de apreciación de que disponen los Estados para regular esta materia. Para ello, recuerda una jurisprudencia básica que ya sentó en su configuración del sistema de filiación por adopción, según la cual no existe en el Derecho Internacional, tampoco en el CEDH, «el derecho a ser padre», de manera que han de prevalecer siempre «los intereses públicos» legítimos –como la prohibición de gestación, que no es exigible según el CEDH, pero tampoco rechazada– sobre la pura voluntad, respecto del mero «deseo de ser padres» de las personas «intencionales». Consecuentemente, en este caso –es importante reseñar la dimensión tópica de la jurisprudencia europea, cernida al caso concreto, si bien en este supuesto tiene el valor de hacer una diferente ponderación que la sala de instancia– era completamente legítimo retirar la custodia del niño, pues «dejar que el niño se quedara con los solicitantes [...] habría equivalido a legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes normas del derecho italiano» (§ 215).

Conviene advertir que la Gran Sala –por once votos a favor y seis en contra– descarta la falta de vida familiar, incluso de hecho (§ 157), entre los peticionarios y el niño, no solo por la ausencia de vínculo biológico entre ellos, sino también por otros factores, unos más específicos –«la corta duración de la relación»–, y otros estructurales para padres intencionales que residen en países donde se prohíbe la gestación por sustitución –«incertidumbre de los lazos desde una perspectiva jurídica»–. Por lo tanto, no bastará para legitimar la elusión de una normativa nacional la pura «existencia de un proyecto parental y la calidad de los vínculos emocionales» creados. Ante tales hechos, en los que se protege el interés superior del menor a una familia estable, y al margen de los problemas de filiación –sobre los que no se pronuncia–, la Gran Sala legitima el interés del Estado a garantizar la efectividad de la prohibición, con una ponderación distinta a la de los casos franceses y opuesta a la de su instancia en el italiano.

### 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO NACIONAL CONCRETO: ¿UN NUEVO VUELCO PENDULAR EN LA ENCRUCIJADA JURÍDICA ESPAÑOLA?

La trascendencia teórica y práctica de esta sentencia es máxima, complicando el ya muy enrevesado panorama jurídico-judicial sobre esta cuestión más jurídica que ético-cultural. Pero ¿hasta dónde? ¿Acaso está en condiciones de propiciar un nuevo vuelco en la práctica, judicial y administrativa, cumpliendo la «Ley del Péndulo» que mueve el debate hasta hoy?

Una vez más, y predicando la reflexión seria y prudente que exige tan magna cuestión –lo que creo brilla por su ausencia no ya solo en el debate político español actual, sino también en la decisión mayoritaria de la Sala Social del Tribunal Supremo, que ha visto en el interés superior del menor una patente de corso para crear una prestación social sobre presupuestos jurídicos débiles–, conviene huir con igual intensidad y rapidez tanto de las tesis minimalistas como de las maximalistas. Las primeras reducen a la nada el valor de esta sentencia porque aquí no media «relación biológica» alguna entre el hijo y los padres de intención o comitentes, al no aportar material genético. Los segundos ven en ella una definitiva señal para consolidar la resistencia del modelo prohibicionista ante los envites de los poderosos grupos de presión en este ámbito, que quieren hacer de las leyes solo un sistema de garantías del mercado, aportándole la seguridad y transparencia que precisan los contratos de gestación subrogada.

Pero la debida lectura, detenida y articulada, de la doctrina de la [Sentencia del TEDH](#), muy ponderada a mi juicio, más que la de instancia y mejor fundada que el voto particular que también la acompaña, cómo no, no permitiría una visión tan reduccionista, ni en un sentido ni en otro. No sería legítima su lectura minimalista porque la ausencia de relación genética no es el argumento único, ni definitivo, en la toma de la decisión –ni puede serlo, por cuanto no es una exigencia de estructura a este tipo de situaciones, pues si se terminara asentando todo el discurso en la relación genética, se dejaría fuera de opciones a quienes sin tenerla, deberían disponer de las mismas oportunidades en virtud del principio de no discriminación–. Tampoco lo sería la lectura maximalista, por cuanto el TEDH no se aparta de su posición clásica de respeto al principio de soberanía nacional en esta materia, de modo que ni impone reconocer la maternidad subrogada ni la prohíbe<sup>18</sup>. Aunque, dicho sea de paso, no deja de servir como excusa a entrar en el fondo, al estilo del «juicio salomónico», ignorando la crítica institucional de autoridades europeas de alto nivel –Parlamento Europeo, Consejo de Europa–.

Descartados los extremos, es necesario valorar adecuadamente su alcance, para el legislador y para el intérprete nacional, a fin de evitar intervenciones acríicas e hiperrealistas. Una óptica servil de la lógica de «*fait accompli*» (hecho consumado), en que incurren la Sala Social del Tribunal Supremo y el INSS, no así la Sala Civil, cuyo rechazo es, a mi juicio, la mejor y mayor lección a extraer de la sentencia del máximo nivel de garantías jurisdiccionales del sistema europeo.

En cualquier caso, parece claro, respecto del legislador, que su autoridad soberana en esta materia requiere más cautela y reflexión, a la hora de una eventual legalización, de las que hay en nuestro país. Dejando por completo fuera los persistentes reparos éticos –que siempre se invocan para desautorizar como regresivo todo lo que no sea aceptar la libertad de decisión de los

---

<sup>18</sup> Me parece precipitada la lectura de la plataforma Women of the World, crítica con estas prácticas, para la que la sentencia «restituye a los Estados europeos la posibilidad de luchar contra la práctica internacional de los vientres de alquiler». Esta política y competencia nunca la había negado. *Vid.* «Tribunal de Estrasburgo en el Caso Paradiso y Campinelli v. Italia: hacia la abolición internacional de los vientres de alquiler», en *profesionalesetica.org* (Actualidad, 27 de enero de 2017).

intencionales padres, haciendo de un legítimo deseo un derecho que no existe, ni siquiera a través de la regulación que proporciona el mercado transnacional–, la «[sentencia Paradiso](#)» modula, sin contrariar de forma radical, la [doctrina «Menneson»](#). El nuevo juicio de ponderación de la Gran Sala se situaría, para hacer una comparación nacional, más cerca de la lectura hecha por la Sala Civil del Tribunal Supremo español que de lo sostenido por el voto particular del mismo. A mi juicio, la Gran Sala del TEDH pone de relieve el error de aquellos que deducían de la jurisprudencia del TEDH un imperativo de filiación obligatoria directa, inmediata e inoponible a través de «gestación por sustitución»<sup>19</sup> y, en consecuencia, todo lo que de ello derivaría, como las suspensiones de contrato de trabajo y las prestaciones de seguridad social. Por tanto, el legislador no puede prescindir, por más liberales que sean sus proponentes ni por más presión del *lobby* mediático y económico que reciban, de la coherente protección de todos los derechos fundamentales en juego: los del menor, por supuesto, pero también de las mujeres gestantes, so pena de legitimar supuestos de mercantilización máxima de la mujer, cuya cualidad procreativa muta en trabajo mercantil, pues el altruismo en esta materia es de credo muy difícil –lo siento, me cuesta creerlo–.

Para el intérprete, el mensaje es aún más claro, aportándole claves de ponderación a la hora de adoptar soluciones para los casos concretos, en tanto hay una regulación legislativa, e incluso habiéndola, con un sentido más concreto y preciso, a mi juicio, del sentido del límite jurídico en estas situaciones, un tanto relegado por la Sala Social del Tribunal Supremo. Me refiero a la crítica directa de la Gran Sala –especificada con más tino y firmeza en el voto particular concordante– al argumento, razonamiento principal para reconocer de forma directa –por la autoridad del juez nacional máximo– las prestaciones de «maternidad subrogada» a los padres intencionales, basado en legitimar situaciones de hecho propiciadas por las estrategias oportunistas, interesadamente planificadas de forma muy cuidadosa y profesional. Ilustrativo de este error, que incurre en un realismo jurídico extremo, en detrimento del principio de vinculación al Derecho, no ya solo a la ley, sin que el interés superior del menor –prevalente, pero que admite diversas formas de tutela, como evidencia la [sentencia Paradiso](#)– pueda servir de excusa para cubrirlo todo, es el siguiente razonamiento del voto particular al [ATS, Sala Civil, de 2 de febrero de 2015](#), y que, si se lee con detenimiento, es la base de la posición de la Sala Social del Tribunal Supremo:

«La mayoría no ha realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto [...] no solo el interés superior de los menores [...] sino la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando [...] 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 contenidos las estructuras lógicas y formales del derecho [...]».

En suma, el sacrificio de la coherencia de las soluciones jurídicas a favor de la tutela del interés del menor –que siempre, insistamos también, como hacen mayorías y minorías de ambas

<sup>19</sup> HERRERA, M. y LAMM, E.: «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», *La Ley*, Argentina, núm. 122, 2 de julio de 2014 (cita *online*: AR/DOC/2285/2014).

salas, quizás por «mala conciencia de discrepar» de algo que pareciera poco «popular socialmente» (negar filiaciones directas y prestaciones sociales derivadas a padres que solo quieren amorosamente cuidar de «sus hijos», promoviendo, además, la natalidad, hoy tan en horas bajas en España)– se justificaría porque la realidad, que parece neutral respecto de los derechos fundamentales de otra parte del contrato –la mujer gestante extracomunitaria, cuya «fuerza de trabajo procreativo» contratamos «en origen» y sin que haya desplazamiento alguno al país de acogida, como sí sucede en la compra del trabajo doméstico– estaría por encima de la norma. No parece decir eso la [sentencia Paradiso](#), más bien diría lo contrario, agravando la tempestad científica en el orden civil sobre esta materia y, quizás, agitando algo la hasta hoy balsa de aceite que parece la doctrina laboral en esto.

La gran enseñanza de la [sentencia Paradiso](#) es que el interés superior del menor no es un cheque en blanco –tampoco a cargo de la Seguridad Social– y, en consecuencia, no tiene una única dirección. Como también ilustra una sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo alemán (BGH, sentencia de 10 de diciembre de 2014, que precisó que la protección que daba en el caso a la filiación por gestación subrogada podría ser diferente en otras situaciones), ese interés superior debe jugar en concreto, no en abstracto.

Así, en unos casos puede llevar a la filiación conforme al criterio jurídico-contractual (padres comitentes o intencionales); en otros, en cambio, podría mantenerse en el criterio de gestación (mujer gestante), así como, claro está, en criterio estrictamente genético (quienes aportan material genético). La forma en que se establezca la filiación –por reconocimiento de la fijada por la ley del Estado de procreación legitimador del proceso o por adopción, conforme a la ley del país de acogida– no altera la mercantilización de una cuestión que la ley nacional considera fuera de comercio –el hijo como producto contractual y fruto de prácticas de tráfico internacional–, pero sí deja bien claro que el Estado no puede ni tolerar usos oportunistas y estratégicos de la vigente diversidad legislativa. Unos usos que, además, no solo ponen en cuestión un sistema de derechos fundamentales de las personas, también de las mujeres, incluso las no nacionales, sino que generan, como venimos advirtiendo, profundos agravios a favor de quienes tienen mayor poder económico y en contra de quienes –la mayoría– no lo tienen, facilitando una rebelión de una élite económica contra las normas vigentes en un Estado y cuyo incumplimiento, lejos de ocultar, exhiben.

Hay que terminar este *Diálogo*. Antes recordaré lo obvio: el tiempo legislativo, frente a la profunda incertidumbre que está generando la suplencia permisiva jurisprudencia social, en directa oposición con la doctrina de casación civil, es, pues, tan necesario como urgente. Ahora bien, y esta es mi aportación, la necesidad no predetermina, como ahora parece, a raíz de la generosa jurisprudencia social, el sentido de la regulación. El rumbo liberal y contractual que se avista no obedece a bases sólidas, ni teóricas ni de experiencia, sino a la presión que se ejerce por los *lobby* económicos interesados en defender un derecho inexistente: la mera intención de ser padres y la cobertura que da el poder de compra –contratar– constituiría suficiente título para formalizar el «derecho» a ser padre, por lo civil y por lo social. Y, sin embargo, frente a la falacia de los partidos liberales (se tengan expresamente por tales o no, pero actúen en la práctica,

para este punto, como tales), lo cierto es que la mayor conciencia social de nuestro tiempo sobre el problema apunta –como ilustran las últimas leyes de los países con las más diversas culturas y tradiciones– en direcciones opuestas, si no prohibitivas en sentido estricto, sí significativamente restrictivas. En cualquier caso, la decisión reguladora tiene que ser igualitaria: o nadie puede, aunque tenga los recursos necesarios para eludir la prohibición de la maternidad subrogada acudiendo al mercado internacional, caro, pero eficaz, o todos podemos, sin necesidad de salir de las fronteras, abaratando «costes» (que realmente es lo que se dilucida en la lucha por la regulación permisiva, no cuestiones éticas, pura excusa que oculta aquella vertiente económica principal).