

LA INVISIBLE SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS MUJERES PARA  
EL TEDH ANTE LA MATERNIDAD SUBROGADA  
EN LA PRIMERA OPINIÓN CONSULTIVA  
DEL PROTOCOLO N° 16

THE INVISIBLE LEGAL SITUATION OF WOMEN FOR  
THE ECHR TO CROSS BORDER SUBROGATED IN THE FIRST  
ADVISORY OPINION OF PROTOCOL N° 16

GUILLERMO LAZCOZ MORATINOS

*Investigador FPU del Ministerio de Educación y Formación Profesional  
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)*

ORCID ID: 0000-0001-6567-045X

ANDER GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD

*Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público  
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)*

ORCID ID: 0000-0003-0823-0962

Recibido: 14.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5012>

**Resumen:** El TEDH ha inaugurado el procedimiento consultivo enunciado en el Protocolo 16 al CEDH con la emisión de una Opinión Consultiva solicitada por la Cour de Cassation francesa. El TEDH debía afrontar una serie de preguntas sobre los derechos de la mujer contratante de un acuerdo de maternidad subrogada celebrado en el extranjero en lo respectivo a la filiación. Para resolver estas cuestiones era esperable que el TEDH aplicara la perspectiva de género a su labor jurisdiccional, para analizar las consecuencias de la normativa y de su propia jurisprudencia a la luz del derecho antidiscriminatorio, incluso analizando el impacto de estas prácticas sobre las madres gestantes. Sin embargo, el TEDH opta por la vía de la no contestación y la reiteración de doctrina precedente: la obligación de inscribir menores si hay carga genética del hombre contratante y la de encontrar una vía de reconocimiento de la convivencia del menor con la pareja contratante, ignorando el eje de las preguntas formulada por el tribunal francés.

**Palabras clave:** maternidad subrogada internacional, orden público, interés superior del menor, derechos humanos, CEDH.

**Abstract:** The ECHR has opened the consultative procedure enunciated in Protocol 16 to the ECHR with the issuance of an Advisory Opinion requested by the French Cour de Cassation. The ECHR had to face a series of questions on the rights of contracting women of a surrogacy agreement concluded abroad with regard to filiation. To resolve these issues, it was expected that the ECHR applied the gender perspective to its jurisdictional work, to analyze the consequences of the regulations and its own jurisprudence in the light of the anti-discrimination law, including analyzing the impact of these practices on pregnant mothers. However, the ECHR opts for the way of non-contestation and reiteration of precedent doctrine: the obligation to register minors if there is a genetic load of the contracting man and

to find a way to recognize the child's coexistence with the contracting partner, ignoring the object of the questions asked by the French court.

**Keywords:** cross-border surrogacy, public order, best interest of the child, human rights, ECHR.

**Sumario:** I. Introducción. II. El Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. III. Las preguntas de la Cour de Cassation al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. IV. Antecedentes en la jurisprudencia del TEDH. 1. Menneson c. Francia y Labasee c. Francia (Demandas nº 65192/11 y 65941/11). 2. Paradiso y Campanelli c. Italia (Demanda nº 25358/12). V. Estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español. VI. Análisis jurídico de la opinión consultiva de 10 de abril de 2019. VII. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado, una vez más, sobre la denominada<sup>1</sup> maternidad subrogada en relación con el Estado francés. En esta ocasión, la iniciativa correspondió al propio Estado, en concreto a la Cour de Cassation que solicitó una opinión consultiva del TEDH, haciendo uso por primera vez del Protocolo nº 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Convenio o la CEDH) que inaugura un procedimiento consultivo a medio camino entre la cuestión prejudicial del Derecho de la UE y la clásica institución de la opinión consultiva del derecho internacional. Como veremos, las preguntas formuladas por la Cour de Cassation cristalizaban profundas limitaciones de las respuestas jurídicas aportadas hasta el momento por el TEDH en esta materia, limitaciones que parecen perdurar a pesar de la opinión consultiva emitida por el tribunal.

2. Los ordenamientos jurídicos que no admiten o prohíben expresamente estas prácticas se enfrentan a *un problema básico que es común*<sup>2</sup>; un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero – Estado de origen – y que pretende desplegar sus efectos normativos, especialmente los relativos a la filiación del menor nacido en el Estado de origen tras la gestación llevada a término por una mujer, en el Estado de destino del cual son nacionales las parejas que pretenden acceder a la maternidad/paternidad por esta vía. Ejemplo de este problema común han sido las polémicas que, desde la segunda mitad del año dos mil dieciocho, han venido sucediéndose con el Gobierno español en relación con los contratos celebrados en Ucrania y Georgia<sup>3</sup>.

3. Al hilo de la presente introducción, nos parece pertinente rebatir un argumento que ha sido habitualmente esgrimido como solución al problema ante la opinión pública: regular favorablemente la maternidad subrogada en España<sup>4</sup>.

4. Por un lado, gran parte de las parejas de Reino Unido, Australia o Nueva Zelanda, países de origen en los que sí pueden celebrar contratos de gestación por sustitución, siguen tomando la determinación de acudir a terceros países para acceder a estas prácticas, tal y como muestran varios estudios<sup>5</sup>. Sin

<sup>1</sup> Mantendremos por lo general la denominación de “maternidad subrogada” a efectos de unión estilística en referencia a las prácticas que engloban este fenómeno, si bien, para los autores de esta aportación, es un término equívoco que ignora que la maternidad no es un derecho comercializable o disponible pues supone una categoría jurídica cuya adquisición está perfectamente prevista en la legislación española.

<sup>2</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ‘Gestación Por Sustitución y Orden Público’, *InDret*, 2, 2017. p. 190

<sup>3</sup> La polémica en prensa: *Decenas de familias españolas, atrapadas en Ucrania con sus bebés de “vientre de alquiler”*. Diario El Mundo, 28 de agosto de 2018. *Varias de las familias españolas en Ucrania contrataron la gestación en una clínica investigada por tráfico de niños*. Diario 20 Minutos, 31 de agosto de 2018. Y más recientemente, *Nueva pesadilla en Kiev: otras 30 familias españolas atrapadas con sus bebés*. Diario El Confidencial, 29 de marzo de 2019.

<sup>4</sup> Es más, la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, en su exposición de motivos habla de que estamos ante la mejor solución, la más garantista. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, nº 145-1, 8 de septiembre de 2017.

<sup>5</sup> K. HORSEY and others, *Myth Busting and Reform Surrogacy in the UK*, 2015; V. JADVA, H. PROSSER, y N. GAMBLE,

ir más lejos, el conocido caso “Gammy” que dio la vuelta al mundo, el bebé tailandés con síndrome de Down abandonado por sus padres de intención australianos<sup>6</sup>. Esta realidad nos lleva a considerar que la situación *de facto* que se produce en Estados prohibicionistas, sigue concurriendo en Estados regulacionistas y, todo ello, a pesar de tener acceso a estas prácticas en su propio país e incluso tener que enfrentarse, en muchos casos, con múltiples obstáculos legales a la hora de reconocer los efectos de la filiación del menor en sus países de origen, y que pueden llegar al extremo de ser objeto de persecución penal<sup>7</sup>.

5. Por otro lado, estas decisiones de los particulares continúan representando riesgos de explotación, denunciados por el Parlamento Europeo<sup>8</sup>, de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo de mujeres en situación de vulnerabilidad con fines financieros, que los Estados de origen no pueden ignorar, por mucho que en su fuero interno determinadas prácticas de maternidad subrogada sean reguladas favorablemente. Así, el pasado noviembre de 2018, el Gobierno australiano manifestó la importancia de proteger el interés superior de los menores, así como la protección de las mujeres gestantes de explotación en prácticas de maternidad subrogada internacional, y que en su acción para el desarrollo de un convenio internacional en el seno de la Conferencia de La Haya los derechos de menores y mujeres gestantes debían considerarse una prioridad<sup>9</sup>. En este sentido, es preciso abordar la cuestión desde una óptica, en primer lugar, de respeto a los principios de los Derechos Humanos, tanto para analizar las consecuencias de este nuevo mercado para las mujeres – sin duda para las madres gestantes, pero también, como se plantea en el objeto de la opinión consultiva ante el TEDH, de las mujeres que pretenden adoptar al bebé una vez nacido – y para los menores.

6. Cabe subrayar, en este sentido y en este momento, que la jurisprudencia del TEDH que suele utilizarse como argumento para proponer la legalización de esta práctica en absoluto invita a regular positivamente la misma, ni supone una validación de esta como práctica conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos –aspecto nunca analizado por el TEDH–, sino que se concentra en analizar las obligaciones de los Estados parte de registrar o no a los menores con la filiación de las personas contratantes del acuerdo de maternidad subrogada en el extranjero.

7. La evidencia sugiere, por tanto, que la solución a esta problemática no está en la regulación interna favorable de estas prácticas, al contrario, independientemente de la postura interna del Estado en cuestión – tanto si es favorable como prohibicionista –, seguiremos necesitando respuestas satisfactorias en materia de Derecho internacional privado (DIPr.) para afrontar los efectos de los contratos celebrados en el extranjero. Lo cual no quiere decir, eso sí, que el DIPr. esté desconectado de los valores materiales del ordenamiento, en particular, la cláusula de orden público internacional está constituida por los principios fundamentales del Derecho español<sup>10</sup>.

‘Cross-Border and Domestic Surrogacy in the UK Context: An Exploration of Practical and Legal Decision-Making’, *Human Fertility*, 2018, 1–12 <<https://doi.org/10.1080/14647273.2018.1540801>>; I.S. RODINO, S. GOEDEKE, y S. NOWOWEISKI, ‘Motivations and Experiences of Patients Seeking Cross-Border Reproductive Care: The Australian and New Zealand Context’, *Fertility and Sterility*, 102.5 (2014), 1422–31 <<https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2014.07.1252>>.

<sup>6</sup> L.R. SCHOVER, ‘Cross-Border Surrogacy: The Case of Baby Gammy Highlights the Need for Global Agreement on Protections for All Parties’, *Fertility and Sterility*, 102.5 (2014), 1258–59 <<https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2014.08.017>>. p. 1258

<sup>7</sup> RODINO, GOEDEKE, y NOWOWEISKI. *op. cit.* p. 1429

<sup>8</sup> Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual

sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)). Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+PDF+V0//ES>

<sup>9</sup> Australian Government response to the House of Representatives Standing Committee on Social Policy and Legal Affairs report: Surrogacy Matters. Noviembre, 2018. Disponible en: <https://www.ag.gov.au/Publications/Pages/AustralianGovernment-responsetothehouseofrepresentativesstandingcommitteeonsocialpolicyandlegalaffairsreport.aspx>

<sup>10</sup> A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ‘Gestión Por Sustitución y Derecho Internacional Privado. Más Allá Del Tribunal Supremo y Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.’, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7.2 (2015), 45–113. p. 107

8. En este contexto, las decisiones del TEDH juegan un papel determinante sobre las posibles soluciones jurídicas a esta problemática común – *las autoridades del Estado español deben conocer y respetar la ratio decidendi del TEDH en los significativos casos relativos a contratos de gestación por sustitución*<sup>11</sup> –, lo cual justifica nuestro objeto de estudio. Aunque es evidente que los efectos de una opinión consultiva del Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos no son equivalentes a los de una sentencia, es igualmente notorio, tal y como justificaremos más adelante, que las preguntas formuladas por la Cour de Cassation son de pleno interés para el ordenamiento jurídico español<sup>12</sup>. Además, dado que estamos ante la primera opinión consultiva sobre la que el TEDH se ha pronunciado haciendo uso de este mecanismo de diálogo interjudicial, tanto la naturaleza de este novedoso instrumento como el precedente histórico marcado por el dictamen, merecen igualmente nuestra atención.

9. En definitiva, sobre este *problema básico que es común*<sup>13</sup>, la finalidad del estudio es poner de manifiesto las dificultades jurídicas a las que se ha enfrentado el TEDH con las preguntas planteadas por la Cour de Cassation, conscientes de que, por un lado, abordar la solución de los problemas que constituyen el objeto del DIPr. desde una perspectiva de género se convierte en una necesidad imperiosa<sup>14</sup> y, por otro lado, que en esta materia ninguna de las soluciones que permite el ordenamiento jurídico es de fácil compatibilidad constitucional<sup>15</sup>.

## II. El Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos

10. La entrada en vigor el 1 de agosto de 2018 del Protocolo nº 16<sup>16</sup> al Convenio Europeo de Derechos Humanos supuso una importante novación procedimental en el sistema de protección de los Derechos Humanos en el continente europeo. Este instrumento internacional ha supuesto la inclusión de un nuevo mecanismo de diálogo interjudicial entre los altos tribunales de los estados parte en el Convenio.

11. El contenido material del protocolo supone la apertura de un procedimiento consultivo a activar por las altas esferas judiciales designadas por cada Estado parte para la concreción e interpretación, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de los derechos y libertades reconocidos en la CEDH.<sup>17</sup> En este sentido, la entrada en vigor del mismo supone, para los diez Estados que han manifestado su consentimiento definitivo en obligarse al mismo, la obtención de una vía para la implementación y por tanto perfeccionamiento de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Así, para HINOJO ROJAS<sup>18</sup>, este instrumento internacional está presidido por cuatro pautas, a saber, la reforma del sistema de protección de Derechos Humanos en el viejo continente, la extensión competencial del propio TEDH, el diálogo entre diferentes tribunales, estatales e internacionales y, por último, la constatación de que el principio de subsidiariedad rige las relaciones entre los Estados parte y las instituciones del Consejo.

<sup>11</sup> D. GARCÍA SAN JOSÉ, ‘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’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 2018, 103–30 <<https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.04>>. p. 107

<sup>12</sup> Así, la propia Opinión consultiva subraya en su párrafo 26 *in fine* que un interés secundario de la misma, tras la respuesta a las preguntas, es “surtir a las jurisdicciones nacionales de orientaciones sobre cuestiones de principio relativas a la Convención y aplicables a casos similares”, en ADVISORY OPINION concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>.

<sup>13</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ. *op. cit.* p. 190

<sup>14</sup> C. VAQUERO LÓPEZ, ‘Mujer, Matrimonio y Maternidad: Cuestiones de Derecho Internacional Privado Desde Una Perspectiva de Género’, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10.1 (2018), 439–65 <<https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4129>>. p. 465

<sup>15</sup> M.L. BALAGUER, *Hij@s Del Mercado*, Feminismos (Ediciones Cátedra, 2017).

<sup>16</sup> Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de derechos Humanos, [https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf)

<sup>17</sup> M. HINOJO ROJAS, “El Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 34, 2018, p. 676.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 675.

12. Esta vía consultiva incorporada al Convenio<sup>19</sup> supone una vía intermedia, híbrida, entre los procedimientos consultivos clásicos y propios de las instituciones judiciales internacionales y el más ajustado modelo de la cuestión prejudicial en el ámbito del Derecho de la UE.

13. En efecto, si bien el procedimiento consultivo tradicional para el Derecho internacional es la formulación de consultas al órgano judicial competente por parte de Estados o de órganos de instituciones internacionales –o aquéllos con el *ius representationis* adecuado– para la correcta interpretación de Tratados u otras fuentes de derecho internacional, el régimen previsto en el Protocolo nº 16 se aleja de esta vía –ya considerada, por otra parte, en las posibilidades que tienen los Estados parte de plantear consultas procedimentales al TEDH y enunciados en el artículo 43<sup>20</sup>–.

14. Así, el Protocolo diseña un sistema incoado por un alto tribunal de alguno de los Estados parte, es decir, un tribunal peticionario y emisor de la consulta y un tribunal receptor, internacional, que deberá responder a la cuestión planteada que debía formar parte de un litigio ya en curso ante la jurisdicción del tribunal estatal.

15. En este punto es necesario cuestionarse la posibilidad de la Corte de no responder a las preguntas planteadas por los altos tribunales nacionales o incluso modificar la pregunta hasta el punto de ofrecer respuestas a cuestiones no planteadas. Atendiendo a la literalidad del Protocolo en su artículo 2.2, una vez superado el filtro del Colegio<sup>21</sup> y aceptada la solicitud del Alto Tribunal Nacional, la Gran Sala “emitirá opinión consultiva”. No parece, por tanto, que en la redacción del instrumento se hubiera contemplado la posibilidad de un *non liquet* siendo necesaria la respuesta. Aún existiendo opiniones contrarias a esta posibilidad en base a la discrecionalidad del Tribunal<sup>22</sup>, es más probable que asistamos a formas paralelas de *non liquet* por parte del Tribunal mediante la habitual alusión al “margen de apreciación” del contenido del Convenio de los Estados, tal y como ha realizado ya en procedimientos contenciosos<sup>23</sup>. Como se verá, es esta segunda aproximación por la que se ha inclinado el tribunal en la emisión de su primera opinión consultiva, la no respuesta a la consulta planteada sin negarse de plano a tratar elementos conexos. El procedimiento para esto ha sido la modificación, por el Tribunal, del enunciado de las preguntas a resolver.

16. No existe fundamento jurídico específico alguno que permita directamente en este procedimiento la reformulación por parte del Tribunal de las cuestiones objeto de procedimiento consultivo. Es más, la propia Opinión consultiva de abril de 2019 parece querer subrayar esta imposibilidad cuando afirma que “su rol se limita a ofrecer una opinión en relación con las preguntas que le han sido transmitidas”<sup>24</sup>. En los párrafos siguientes, sin embargo, el tribunal amplía parcialmente esta concreción cuando indica que debe limitar su labor al estudio de los puntos conexos con el litigio principal intentando, además, ofrecer orientaciones generales al resto de jurisdicciones nacionales para su consideración

<sup>19</sup> El contenido del protocolo forma parte, una vez entrado en vigor, del propio Convenio para las partes que han ratificado, interpretándose, en suma, de manera conjunta.

<sup>20</sup> CEDH, artículo 43: Opiniones consultivas 1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos. 2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio. 3. La decisión del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal se adoptará por mayoría de los representantes con derecho a intervenir en el Comité.

<sup>21</sup> Que sí puede denegar la emisión de la Opinión consultiva de manera motivada. Ver: art. 2.1 Protocolo nº 16 CEDH y art. 93.4 del Reglamento de procedimiento del TEDH.

<sup>22</sup> M. HINOJO ROJAS, *op. cit.* p. 699

<sup>23</sup> D. MORONDO TARAMUNDI, “Abuso y aporías en el conflicto de derechos a no sufrir discriminación” *Cuadernos Europeos de Filosofía de Derecho*, nº 28, 2013, pp. 185-186

<sup>24</sup> ADVISORY OPINION concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001), par 25. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>.

en casos similares<sup>25</sup> para, como se observará, terminar formulando de nuevo las preguntas y condicionando la respuesta. Cabe preguntarse, en este sentido, la repercusión de esta competencia auto incorporada, la de modificar las preguntas recibidas desde los tribunales nacionales en un proceso consultivo<sup>26</sup>. Recuérdese que este tipo de modificación de las preguntas las realizó la Corte Internacional de Justicia al resolver su polémico Dictamen consultivo sobre la independencia de Kosovo, alterando la titularidad de la declaración de independencia respecto a la pregunta formulada por la Asamblea General ONU así como el sentido –de negativo a positivo– de la pregunta respecto al respeto o violación del Derecho Internacional. Esta decisión del tribunal fue muy criticada tanto por los votos particulares como por una parte importante de la doctrina habida cuenta de la evidencia que aquella modificación condicionó y alteró el resultado final de la Opinión Consultiva<sup>27</sup>. Con este precedente, y volviendo al caso que aquí ocupa, no parece sensato ni neutro considerar que el tribunal europeo conoce mejor que el nacional el asunto en cuestión como para reformular la consulta en los términos que él considere. Obviamente, el tribunal proponente ha redactado la pregunta atendiendo a sus necesidades de interpretación del Convenio por lo que esta técnica puede ser una forma velada de aplicar un *non liquet* por parte del TEDH. Queda por analizar las razones últimas, no explícitas en el dictamen, por las que el TEDH ha modificado las preguntas formuladas por la *Cour de Cassation* francesa.

17. Al margen de esto, nótese en cualquier caso que no se dibuja una fórmula clásica de opinión consultiva y que la acción del tribunal petionario en el marco de su labor jurisdiccional en el ámbito del derecho interno parece situar el foco analítico en la analogía con el procedimiento previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al regular la conocida cuestión prejudicial<sup>28</sup> que supone la interpretación vinculante del Derecho UE para su aplicación en un litigio ante los tribunales de un Estado miembro. Sin embargo, la opinión consultiva construida sobre el Protocolo n° 16 de la CEDH tampoco encajaría con esta visión, adoptando un camino propio, híbrido e intermedio, pues la respuesta que vaya ofrecer el TEDH no es vinculante<sup>29</sup> para el tribunal petionario y, por tanto, y al menos en el ámbito de la probabilidad, sería posible una respuesta al litigio principal y originario del procedimiento consultivo con una aplicación diferente a la interpretación que la corte europea haya podido formular sobre el contenido, la aplicación y la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, protegiendo la autonomía y la discrecionalidad del juez nacional<sup>30</sup>.

18. Dicho de otra manera, el hecho de que los dictámenes consultivos del TEDH en aplicación del Protocolo n° 16 no sean vinculantes implica necesariamente que no tienen consecuencias directas en el orden jurídico estatal pues no generan obligaciones para los Estados y, por tanto, los resultados directos más evidentes se asemejan a los resultantes de la aplicación del proceso consultivo “normal” del artículo 47 de la CEDH en el que, sin el nacimiento de nuevas obligaciones, surge un contenido *soft law* pues deben los Estados en todo caso, tener en cuenta los pronunciamientos del Tribunal<sup>31</sup>.

19. Ahora bien, sería erróneo considerar el contenido de las opiniones consultivas como meras sugerencias pues el Tribunal es el máximo órgano interpretador del Convenio, tal y como estipula el artículo 32<sup>32</sup>, por tanto, el significado último del artículo 5 del Protocolo no puede hacerse sino en consideración de

<sup>25</sup> *Ibidem*, pars. 25-26.

<sup>26</sup> Recuérdese que esta misma modificación de las preguntas las realizó la Corte Internacional de Justicia

<sup>27</sup> Ver: C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia: La opinión consultiva de 22 de julio de 2010, Revista Electrónica de estudios Internacionales, vol. 21, 2011, pp. 15-19.

<sup>28</sup> Ver: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 267.

<sup>29</sup> Protocolo n° 16 al CEDH, artículo 5: Advisory opinions shall not be binding.

<sup>30</sup> J.J RUIZ RUIZ, “El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n° 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 42, 2018, p. 463

<sup>31</sup> A. PAPROCKA y M. ZIÓLKOWSKI, “Advisory opinions under Protocol N° 16 to the European Convention on Human Rights”, *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, pp. 289-290.

<sup>32</sup> CEDH, artículo 32: Competencia del Tribunal 1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47.

y en relación de todo el Convenio. De esta manera, las opiniones consultivas en aplicación del Protocolo nº 16 se configurarán, y la respuesta a la Cour de Cassation del estado francés es la primera oportunidad en la que hacerlo, como “declaraciones autorizadas del Tribunal sobre el estándar de protección de los derechos y libertades garantizados por la Convención.”<sup>33</sup>. En los términos expresados en esta primera Opinión Consultiva del TEDH “el tribunal no es competente para dedicarse a un análisis de los hechos, ni para analizar la pertinencia de los puntos de vista de las partes relativas a la interpretación del derecho interno a la luz del derecho de la Convención, ni para pronunciarse sobre el resultado del procedimiento”<sup>34</sup> siendo la subsidiariedad el eje sobre el que estructurar este novedoso procedimiento. En este sentido, el posicionamiento del TEDH respecto a una determinada noción no obliga directamente ni resuelve desde luego el fondo del asunto principal pero ciertamente marca el comportamiento esperado, y esperable, de los órganos judiciales estatales pues, en base al principio de subsidiariedad, son ellos los destinatarios de la función de garantía del efectivo disfrute de los derechos y libertades enunciados en la Convención.

**20.** Así, las respuestas que ofrece TEDH en este procedimiento consultivo son una contestación dirigida a la Cour de Cassation francesa pero la extensión de su impacto puede superar, en mucho, los límites territoriales de la República francesa. En efecto, la plasmación de la interpretación de la Convención por parte del tribunal debe suponer, y seguro que así se comprobará<sup>35</sup>, una indicación a otros órganos judiciales europeos de cómo resolver el mismo tipo de asuntos, incluso si, como es el caso de España, no forma parte del mecanismo recogido en el Protocolo nº 16. En lo más específico, las respuestas a las preguntas que *infra* analizaremos sobre las consecuencias para las mujeres de las prácticas conocidas como gestación o maternidad subrogada, tendrán un efecto en las decisiones futuras de los tribunales españoles.

**21.** La naturaleza de este tipo de opinión consultiva es conflictiva y, estando ausente la característica de la obligatoriedad directa, puede suponerse que implica más una mera cuestión incidental<sup>36</sup> si bien el objetivo de este procedimiento es considerablemente más ambicioso. Precisamente este mecanismo pretende a largo plazo minimizar la litigiosidad ante el TEDH mediante la respuesta a cuestiones nuevas y que puedan activar numerosos litigios en diferentes Estados<sup>37</sup>. Se pretende una respuesta “pronta y rápida”<sup>38</sup> a través de un procedimiento ágil, garantista y con capacidad de extensión. No se pretende, simplemente, ayudar a resolver la cuestión principal objeto del proceso judicial ante el tribunal peticionario estatal, pues la responsabilidad de la resolución del mismo sigue manteniéndose en su sede, sino que además de colaborar con una solución a aquel conflicto jurídico mediante una correcta aplicación e interpretación de la CEDH se quiere aumentar la producción de jurisprudencia sobre las cuestiones más candentes, clarificando asuntos conexos ante diferentes jurisdicciones<sup>39</sup>.

**22.** De esta manera, la extensión y garantía de los derechos y libertades enunciados en la Convención vienen a ser reforzadas mediante este mecanismo que, lejos de ser intergubernamental, construye e instaura un diálogo entre tribunales estatales e internacionales mediante mecanismos de cooperación

<sup>33</sup> A. PAPROCKA y M. ZIÓLKOWSKI, *op. cit.*, p. 290

<sup>34</sup> ADVISORY OPINION concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001), par 25. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=003-6380464-8364383> (traducción propia)

<sup>35</sup> De hecho, hay indicios para pensar que esta resolución ha podido tener ya influencia en una reciente sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán, Bundesgerichtshof (BGH), por la cual se ha impedido reconocer como madre legal a la madre de intención que había aportado su óvulo en un contrato celebrado en Ucrania en el año 2015, rechazando el reconocimiento de la partida de nacimiento ucraniana donde aparecía consignada la pareja alemana como padres del menor. Dicha resolución refuerza el principio *mater semper certa est*, eso sí, dejando abierta explícitamente la vía de la adopción para acceder a la maternidad. Nota de prensa del BGH (23/04/2019): Rechtliche Mutterschaft der Leihmutter bei Anwendung deutschen Rechts. Disponible en: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/2019051.html>

<sup>36</sup> J.J RUIZ RUIZ, *op. cit.*, p. 460

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 460-462

<sup>38</sup> M. HINOJO ROJAS, *op. cit.* p. 699

<sup>39</sup> A. PAPROCKA y M. ZIÓLKOWSKI, *op. cit.*, pp. 285-287

interjurisdiccional<sup>40</sup> que suponen una suerte de “control concentrado de convencionalidad”<sup>41</sup> al hacer partícipe mediante la legitimación activa para incoar el procedimiento a los Altos tribunales de los Estados parte, de la concreción sobre el sentido y el alcance de las disposiciones del Convenio dándole mayor sentido al principio de subsidiariedad.

23. Esta técnica, en suma, y sin poder abordar aquí todos los interrogantes que podrán plantearse, se construye sobre la convicción de que el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos debe mejorarse para tener mayor capacidad de reaccionar ante las nuevas realidades que puedan darse. El primer caso que se ha presentado ante el TEDH para la aplicación del Protocolo n° 16 es, en este sentido revelador: el estudio de las consecuencias jurídicas –y vitales también, precisamente por afectar directamente al núcleo y razón de ser de los regímenes de Derechos Humanos– de estos nuevos contratos mercantiles sobre los cuerpos y las maternidades de las mujeres, sobre las mujeres beneficiarias de esos contratos –pero, ¿menos beneficiarias que los hombres?–, y por supuesto sobre los derechos del no nacido y del recién nacido, deben ser estudiadas a la luz de un ordenamiento garantista internacional, en colaboración con los órganos judiciales estatales. Así, los dictámenes “pueden servir como herramientas para resolver problemas sistémicos que suponen numerosas violaciones de derechos y libertades”<sup>42</sup> como puede ser el caso de los contratos de maternidad subrogada. Esta técnica, en todo caso, pretende servir de garantía en una mejor y más colectiva respuesta a los nuevos desafíos, construida sobre la “disputa discursiva”<sup>43</sup> entre tribunales.

### III. Las preguntas de la Cour de Cassation al Tribunal Europeo de Derechos Humanos

24. Los procedimientos consultivos interjudiciales previstos en el Protocolo n° 16 al CEDH han entrado en vigor para los doce Estados que han manifestado su consentimiento definitivo en obligarse desde que fue depositado el instrumento de ratificación de Francia<sup>44</sup>. Es necesario recordar que el Reino de España siquiera ha manifestado su intención de firmar, mucho menos vincularse definitivamente, dicho Protocolo con la peregrina excusa de que “no existe en la actualidad una opinión favorable a su firma por parte de España (...) considerando que de esa manera se vela mejor por el funcionamiento del sistema de protección de los derechos humanos en las jurisdicciones nacionales”<sup>45</sup>.

25. La entrada en vigor, como se decía, responde a una acción de Francia –de lejos el Estado más grande e importante que se ha incorporado al Protocolo– de dar el impulso definitivo al tratado. Y es también Francia la que, mediante la acción de la Cour de Cassation<sup>46</sup>, inaugura este procedimiento con la formulación de sendas cuestiones al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

26. En este sentido, el TEDH recibía el 16 de octubre de 2018 una solicitud de opinión consultiva proveniente de la Cour de Cassation francesa que, en decisión del 5 de octubre de 2018, decidía

<sup>40</sup> M. HINOJO ROJAS, *op. cit.* p. 686

<sup>41</sup> M. FONDEVILA, “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65/1, Enero-Junio 2017, p. 353

<sup>42</sup> A. PAPROCKA y M. ZIÓLKOWSKI, *op. cit.*, p. 287

<sup>43</sup> J.J. RUIZ RUIZ, *op. cit.* p. 480

<sup>44</sup> La manifestación del consentimiento de Francia cumplió la condición de diez Estados necesarios para su entrada en vigor, el 1 de agosto de 2018. Desde ese momento, otros dos Estados se han sumado al Protocolo. [https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p\\_auth=ElSBaL58](https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=ElSBaL58) (9 abril 2019)

<sup>45</sup> Respuesta del Gobierno a la pregunta escrita de la senadora de Unidos Podemos D<sup>a</sup> MIREN GORROCHATEGUI con fecha 23 de Octubre de 2018, n° entrada 129.591. Nótese que la respuesta se realiza en octubre de 2018 y es el gobierno de PEDRO SÁNCHEZ el que manifiesta esta opinión, coincidente con las acciones del gobierno pretérito presidido por MARIANO RAJOY.

<sup>46</sup> Órgano judicial elegido, junto al Conseil Constitutionnel y el Conseil d’Etat, por el Estado francés como “alto tribunal” competente para incoar el procedimiento consultivo interjudicial en la Declaración que acompañaba al instrumento de adhesión al Protocolo n° 16, depositado el 12 de abril de 2018. [https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/declarations?p\\_auth=ElSBaL58&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_enVigueur=false&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_searchBy=state&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_codePays=FRA&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_codeNature=3](https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/declarations?p_auth=ElSBaL58&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=FRA&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=3)

detener el litigio principal que debía resolver –sobre unos hechos basados en el caso *Menneson*, que abordaremos más adelante– hasta que el TEDH aclarase el contenido, la interpretación y la aplicación del artículo 8, en lo referido al registro y filiación de menores por las mujeres partícipes, en calidad de adquirientes, de un contrato de maternidad subrogada. Específicamente, el alto tribunal francés planteaba dos cuestiones –y media–:

1) *En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un Etat-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? A cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ?*

2) *Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ?*

27. Como puede verse, la cuestión pretendía concretar el ámbito y el alcance de la extensión del artículo de la Convención, en relación con las inscripciones de menores surgidos de contratos de gestación subrogada y que, a raíz de una Sentencia del TEDH, están siendo inscritos como hijos/as de los firmantes de contratos incluso en aquellos países donde esta práctica es considerada ilícita, nula o directamente está prohibida. Específicamente, la Cour de Cassation se plantea si un Estado puede denegar, dentro de los límites del artículo 8, la inscripción como madre a la mujer contratante en el país de gestación del bebé, negándose entonces a trasladar el contenido del acta de nacimiento extranjero, aunque admita la transposición de esa misma acta para el padre biológico y también firmante del contrato de gestación subrogada al ser además, padre biológico. Sobre esta misma cuestión, el alto tribunal galo se plantea si es posible diferenciar derechos a la mujer que pretende inscribir en base a la presencia o no de carga genética en el menor. De esta manera, dos son las preguntas que debía resolver en primer lugar el tribunal: la obligación de aceptar el reconocimiento en el extranjero como madre de intención a la mujer contratante y pareja del padre biológico, por una parte; y, sobre esta idea, si existe diferencia en la respuesta a la pregunta anterior en el caso de que la carga genética del bebé sí sea la de la mujer contratante. En este sentido, el tribunal francés pretende que la corte europea especifique el ámbito de su propia jurisprudencia<sup>47</sup> pues es a raíz de ésta de donde surge la obligación de reconocimiento de la filiación de bebés surgidos de prácticas ilícitas para el ordenamiento francés<sup>48</sup>. De esta manera, el tribunal galo parece querer que el TEDH analice las consecuencias de sus propias decisiones y su respeto al principio de igualdad entre hombres y mujeres, cuestión que ha dejado de lado al analizar estas prácticas de “adquisición” de descendencia.

28. Como puede verse, la segunda pregunta, para el caso de que alguna de las respuesta a las primeras cuestiones fuera afirmativa, a saber, que sí pueda un Estado diferenciar entre ambas situaciones, la corte francesa solicita conocer la opinión del TEDH sobre la adecuación al Convenio, y más concretamente al artículo 8<sup>49</sup> del mismo, de la posibilidad de que esta mujer, que no habría visto satis-

<sup>47</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado las siguientes sentencias en esta materia: Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014, caso **Menneson c. Francia (65192/11)** y **Labassee c. Francia (65941/11)**, sentencia TEDH de 27 de enero de 2015 – primera instancia – y sentencia de la Gran Sala TEDH de 24 de enero de 2017 en el caso **Paradiso y Campanelli c. Italia (25358/12)** y sentencias TEDH de 21 de julio de 2016, caso **Foulon c. Francia (9063/14)** y **Bouvet c. Francia (10410/14)**.

<sup>48</sup> Y el español, de hecho.

<sup>49</sup> CEDH, artículo 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

fecha su voluntad de ver trasladado el contenido del acta de nacimiento extranjero, pueda convertirse en madre adoptiva del menor si el padre biológico es su pareja cumpliendo entonces la interpretación jurisprudencial el precepto.

**29.** Tal y como exige el Protocolo<sup>50</sup>, un Colegio de cinco jueces de la Gran Sala debe decidir si se acepta o no la solicitud, valorando tanto la cuestión como la documentación aportada por el tribunal peticionario y analizando los requisitos del artículo 1 del Protocolo.<sup>51</sup> La respuesta del Colegio, en el caso que aquí ocupa, fue rápida –tal y como está previsto en este procedimiento– y aceptó la opinión consultiva el 4 de diciembre de 2018, pasando la cuestión, por tanto, a la consideración de la Gran Sala del TEDH.

**30.** De esta forma, y como puede verse, la tarea a la que se enfrentaba el TEDH no era sencilla. No se trataba de resolver la adecuación al Convenio de las técnicas y contratos que se realizan en las prácticas conocidas como gestación o maternidad subrogada e, incluso, vientres de alquiler. Las cuestiones planteadas son, por una parte, mucho más concretas al abordar la compleja noción de la inscripción y la filiación de menores surgidos de prácticas jurídicas en el extranjero pero, al mismo tiempo, insinúa cuestiones cruciales y mucho más complejas y generales como el respeto a los Derechos Humanos de las madres gestantes y su nulo control por los Estados firmantes de la Convención, la diferencia de trato entre los hombres y mujeres firmantes, en calidad de adquirentes del menor, de contratos de gestación subrogada y, por supuesto, las posibles vías que deben ofrecerse a los menores para el disfrute total de sus derechos reconocidos en la Convención.

**31.** Es ya habitual en el tratamiento del TEDH sobre esta cuestión ignorar la perspectiva de género, a saber, la afectación del derecho y de la acción jurisprudencial a la igualdad. Las preguntas formuladas por el tribunal francés permitían al tribunal “escapar” de la rigidez del procedimiento contencioso y afrontar la crucial cuestión de las consecuencias jurídicas estas prácticas para las mujeres implicadas: madres gestantes y mujeres contratantes.

**32.** La inclusión en la acción de la justicia de la perspectiva de género no es ya una cuestión depositada a la buena voluntad de los órganos judiciales, sino que se está consolidando como una obligación de jueces y juezas. Sobre esta idea, la Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023 del propio Consejo de Europa define la cuestión en estos términos: “la igualdad de género conlleva los mismos derechos tanto para mujeres y hombres, y niñas y niños, así como igual visibilidad, empoderamiento, responsabilidad y participación en todos los ámbitos de la vida pública o privada”<sup>52</sup> pero un planteamiento simplemente formal, de enunciado de derechos, no conlleva automáticamente la igualdad material como también ha reconocido la Unión Europea<sup>53</sup>.

**33.** De esta forma, y en relación pacífica con otros instrumentos internacionales que han ido consolidando la obligación de incorporar esta perspectiva a la acción de la justicia<sup>54</sup>, la Estrategia del Consejo de Europa recoge, dentro de las medidas del sexto objetivo estratégico del documento<sup>55</sup> el empeño en la “transversalización de género en todas sus áreas estratégicas... a través de la movilización

<sup>50</sup> Art. 2.1 Protocolo n° 16: Un collège de cinq juges de la Grande Chambre se prononce sur l’acceptation de la demande d’avis consultatif au regard de l’article 1. Tout refus du collège d’accepter la demande est motivé.

<sup>51</sup> M. HINOJO ROJAS, *op. cit.* p. 696

<sup>52</sup> Consejo de Europa, *Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023*, aprobada por el Consejo de Ministros en marzo de 2018, p.2 punto 2, <https://rm.coe.int/prems-093718-fra-gender-equality-strategy-2023-web-a5-corrige/16808e0809>

<sup>53</sup> S. JACQUOT, *L’égalité au nom du marché ? Émergence et démantèlement de la politique européenne d’égalité entre les hommes et les femmes*, Bruselas, P.I.E. Peter Lang, 2014, pp. 131-132.

<sup>54</sup> A. GUTIÉRREZ-SOLANA, “El uso del pañuelo islámico en el trabajo a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE. ¿Cuestión de discriminación religiosa, por razón de género o de discriminación múltiple?, *El sistema judicial al servicio de la ciudadanía*, Servicio Editorial de la UPV/EHU y CGPJ, Bilbao, 2019, pp. 100-123.

<sup>55</sup> Consejo de Europa, *Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023, Objetivo estratégico 6: Lograr la transversalización de género en todas las políticas y medidas*, punto 70, p 22

y la contribución... del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”<sup>56</sup> entre otras instituciones. Así, debe entenderse esta indicación, tal y como se desprende de la propia estrategia, en el sentido del pronunciamiento del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas cuando formuló la incorporación de la perspectiva de género a las políticas institucionales internacionales: “el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros”<sup>57</sup>.

**34.** Las consecuencias de los contratos de maternidad subrogada no pueden analizarse exclusivamente, aun siendo prioritario y primordial, respecto a los derechos de los menores —e incluso es cuestionable que su interés sea siempre favorable al reconocimiento de los efectos de los contratos en materia de filiación—. Una aproximación garantista requiere de un examen holístico de los derechos afectados. Es más que evidente que la práctica habitual de estos comportamientos implican graves deficiencias en la protección y respeto de los Derechos Humanos de las madres gestantes, afectando al núcleo mismo del régimen internacional del Derecho internacional de los Derechos Humanos como es la dignidad. Es también evidente que la aplicación automática de la jurisprudencia del TEDH sobre esta cuestión ha dejado fuera del foco los derechos de la mujer contratante que no aportó carga genética y que su consideración es material y formalmente diferente a la del hombre. El TEDH tenía la oportunidad abierta con las preguntas de la Cour de Cassation de abordar esta práctica no sólo en aplicación del art. 8 del CEDH sino en aplicación concurrente del art. 14 y todo el acervo legal del CE sobre igualdad de mujeres y hombres. Como se verá, no sólo no lo ha hecho, sino que se ha negado, expresamente y mediante la modificación de las preguntas, a responder a las cuestiones que más concretamente señalaban la diferencia de aplicación de la CEDH a padres y madres contratantes.

**35.** Como veremos, en su jurisprudencia el TEDH no legaliza estas prácticas, ni invita a hacerlo, ni tampoco cuestiona en ningún momento su prohibición como contraria al CEDH, y es que estos aspectos no son competencia del tribunal. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH sí ha dejado al margen de su análisis la situación jurídica de la mujer partícipe en estas prácticas y contratos, centrándose exclusivamente en los menores<sup>58</sup>. Ha asumido como cierta, en contradicción con el propio corpus normativo del Consejo de Europa, la igualdad material de hombres y mujeres ignorando las especificidades y la diferente afección del derecho sobre las mujeres habida cuenta de la discriminación estructural a la que son sometidas<sup>59</sup>.

**36.** Una aproximación en aplicación de la perspectiva de género era necesaria toda vez que la filiación obligada por el TEDH respecto a padres biológicos y contratantes no acaba la cuestión de fondo: ¿Es la gestación subrogada una práctica respetuosa con el CEDH en lo referente a las mujeres? ¿Es posible participar de una industria de producción de bebés para familias adineradas respetando el núcleo del régimen internacional de los Derechos Humanos, la dignidad humana? ¿Qué consecuencias, y qué afecciones a sus derechos, tiene para las madres gestantes la separación con su bebé? Si ser parte de este contrato se incluye en la legislación penal de un Estado como un nuevo tipo, cuestión no descartable pues es considerada en algunos ámbitos como una gran violación de DDFF<sup>60</sup>, ¿tendría consecuencias

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> ECOSOC, *Coordinación de Políticas y actividades de los organismo especializados y demás órganos del Sistema de Naciones Unidas*, A/52/3, 18 septiembre 1997 Capítulo VI punto I inc. A

<sup>58</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, *La Gestación Para Otros: Una Reflexión Jurídico-Constitucional Sobre El Conflicto Entre Deseos y Derechos* (Madrid: Dykinson, 2018), pp. 130-132.

<sup>59</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, “La igualdad de género como fundamento y límite de una democracia intercultural” VV.AA. (coords. L. RODRIGUEZ GARCIA y R. ROLDAN TAPIA), *Relaciones interculturales en la diversidad*, 2013, Universidad de Córdoba, Cátedra Intercultural, Córdoba, p. 24

<sup>60</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

para la filiación del menor? ¿Debemos asumir que las mujeres que aporten carga de ADN sí podrán registrar, como hacen los hombres en ese caso, su bebé como madre biológica pese a que la legislación nacional considere madre a la mujer que da a luz?

37. Parece, en suma, evidente, que las preguntas que formulaba la Cour de Cassation tenían capacidad de ampliar el ámbito material de estudio y ofrecer una respuesta más útil al conjunto de tribunales de los Estados miembros. Algunas, tal vez no todas, de estas preguntas estaban implícitas en la formulación de la Cour de Cassation. Desgraciadamente, el TEDH ha fallado en su obligación de implementar la perspectiva de género y ha preferido, como veremos, acudir al *non liquet*. Y no es fácil descubrir si esa decisión responde bien a la invisibilización de las situaciones propias de las mujeres ante el derecho, en este caso la maternidad, usando aquél como otro “campo para la opresión”<sup>61</sup>, o a la afección de los estereotipos de género a los propios miembros del tribunal<sup>62</sup>.

#### IV. Antecedentes en la jurisprudencia del TEDH

38. No es objeto de este estudio el análisis pormenorizado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el reconocimiento de filiaciones determinadas en el extranjero en virtud de contratos de gestación por sustitución, sino simplemente resaltar los aspectos que consideramos más relevantes en relación con las preguntas formuladas por la Cour de Cassation ahora, aspectos que extraeremos de las sentencias *Menesson c. Francia* – al hilo del mismo se plantea ahora la cuestión – y *Labasee c. Francia* (26 de junio de 2014) y la sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia* (24 de enero de 2017)<sup>63</sup>.

##### 1. *Menesson c. Francia* y *Labasee c. Francia* (Demandas nº 65192/11 y 65941/11)

39. El TEDH condenó a Francia en ambos casos, los cuales fueron instruidos conjuntamente, porque la Cour de Cassation denegó la inscripción de la filiación de los menores respecto de sus padres y madres de intención así establecida por tribunales estadounidenses – los padres intencionales eran, a su vez, padres biológicos de los menores, mientras que los óvulos procedían de donantes –, entendiendo que el Estado francés había vulnerado el artículo 8 del Convenio<sup>64</sup>.

40. El TEDH distinguió la situación de los padres de la de los hijos. Acerca de los padres de intención, la injerencia sufrida estaría justificada por las razones de orden público invocadas por las

<sup>61</sup> G. NICOLÁS LAZO, “Feminismos, concepto sexo-género y Derecho”, VV.AA., (coords. SÁNCHEZ URRUTIA, A. y PUMAR BELTRÁN, N.), *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Barcelona, UBe, 2013, pp. 28-31

<sup>62</sup> C. LOPEZ VÁZQUEZ, *op. cit.* p. 440

<sup>63</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado las siguientes sentencias en esta materia: Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014, caso ***Menesson c. Francia (65192/11)*** y ***Labasee c. Francia (65941/11)***, sentencia TEDH de 27 de enero de 2015 – primera instancia – y sentencia de la Gran Sala TEDH de 24 de enero de 2017 en el caso ***Paradiso y Campanelli c. Italia (25358/12)*** y sentencias TEDH de 21 de julio de 2016, caso ***Foulon c. Francia (9063/14)*** y ***Bouvet c. Francia (10410/14)***. Para un análisis más exhaustivo de dicha jurisprudencia, se recomiendan, entre otros: A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ *Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos*. Cuad Derecho Transnacional. 2015;7(2):45–113; GARCÍA SAN JOSÉ D. *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*. Rev Española Derecho Const. 2018;(113):103–30; FARNÓS AMORÓS E. *Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho*. Rev Bioética y Derecho Perspect Bioéticas. 2017;(40):231–42. 1; S.VILAR GONZÁLEZ *Las sentencias de 27 de enero de 2015 y de 24 de enero de 2017 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Paradiso y Campanelli contra Italia” y la vulneración del derecho a la vida privada y familiar en materia de gestación subrogada*. Rev Derecho y Genoma Humano Genética, Biotecnol y Med Av. 2017;46:235–49.

<sup>64</sup> Tal y como relata GARCÍA SAN JOSÉ (p. 109): *para garantizar el derecho al respeto a la vida privada y familiar, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares de facto. Esta situación se daba en ambos casos, a juicio del TEDH, pues reconoció que tanto los Menesson como los Labasee se ocuparon de sus hijos como padres desde su nacimiento, viviendo de un modo que en nada se distinguía de la vida familiar en su acepción habitual.*

autoridades francesas, considerando que la decisión del Estado francés no les impidió *de facto* el establecimiento de una vida familiar. Si bien, en tanto los efectos del no reconocimiento de la filiación no afecta únicamente a los padres de intención que decidieron acudir a dicha técnica de reproducción asistida, sino también al menor cuya filiación se pretende en el caso, el respeto por el interés superior del menor debe guiar cualquier decisión que le concierna y limitando así la cláusula de orden público internacional, que no opera como un cheque en blanco<sup>65</sup>. El TEDH entiende que prohibir en sede interna la práctica de la gestación por sustitución es perfectamente válido<sup>66</sup> –y reconoce la falta de consenso europeo sobre esta cuestión–, ahora bien, dicha opción no puede proyectarse sobre la identidad de los menores, parte esencial del respeto por la vida privada de la persona; en dichos casos en particular, denegar el reconocimiento de la filiación determinada por los tribunales estadounidenses en favor de los padres intencionales franceses, que son a su vez padres biológicos, expone a las menores una situación de incertidumbre jurídica que atenta contra su identidad.

41. Es decir, si bien en principio el margen de apreciación del Estado francés era amplio por tratarse de una cuestión sobre la que no existe consenso a nivel europeo, ese margen se ve considerablemente reducido cuando la decisión afecta a la identidad de las menores. Sin olvidar, que también añade que cuando, como en el presente caso, uno de los padres de intención es también el padre biológico del niño, este análisis *adquiere una dimensión especial* [parágrafo 100]. Ha de añadirse que en la ponderación de intereses realizada por el TEDH ni siquiera se plantea que la práctica de la maternidad subrogada haya podido atentar contra derechos fundamentales de la mujer que ha gestado –ésta directamente desaparece del conflicto–<sup>67</sup>.

## 2. Paradiso y Campanelli c. Italia (Demanda nº 25358/12)

42. No deja de ser cierto que las preguntas de la Cour de Cassation parten del supuesto de una acreditada relación biológica entre el padre de intención y el menor, cuestión que no concurre en el caso Paradiso y Campanelli c. Italia, distinción sobre la que traza una diferencia significativa el TEDH.

43. Este caso fue resuelto en una doble instancia por el tribunal, con pronunciamiento final de la gran sala el pasado 24 de enero de 2017. Los antecedentes relatan que un matrimonio italiano acude a una agencia rusa para celebrar un acuerdo de gestación por sustitución, la fecundación in vitro se lleva a cabo con los gametos de dos donantes, cuestión a la que la ley rusa no se oponía expresamente<sup>68</sup>. A su regreso a Italia no solo se niega el reconocimiento de la filiación conforme a la ley rusa, también son perseguidos por alteración de estado civil y por incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción, y los menores son entregados en adopción.

44. Acerca de la existencia o no de vida familiar *de facto*, el TEDH entiende que la inexistencia de un vínculo biológico entre el niño y los padres de intención, la corta duración de la relación con el niño y la incertidumbre de los vínculos desde el punto de vista jurídico, no se cumplen los requisitos para considerar la existencia de tal vida familiar protegida por el artículo 8 del CEDH [parágrafo 157]. En relación con la afectación de la vida privada del menor, el tribunal europeo valora cómo han ponderado las autoridades italianas el interés superior del menor en el caso concreto, considerando que toman una di-

<sup>65</sup> CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. *op. cit.* p. 97

<sup>66</sup> R. ANDORNO, 'Intercountry Surrogacy and the Best Interest of the Child', en *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida* (Porto: Faculty of Law of the University of Porto, 2018), pp. 127–36 <<https://www.cije.up.pt/news/e-book-debatendo-procriacao-medicamente-assistida>>. p.133

<sup>67</sup> SALAZAR BENÍTEZ. *op. cit.* p. 131

<sup>68</sup> Parágrafo 144: *However, the wording of the provisions of Russian law applicable on 27 February 2011, the date of the child's birth, and on 10 March 2011, the date on which the applicants were registered as parents in Moscow, seems to confirm the applicants' argument before the Court that the existence of a biological tie between the child and the intended parents was not explicitly required under Russian law at the relevant time (see paragraphs 73-74 and 107 above). In addition, the certificate in question merely indicates that the applicants were the "parents", without specifying whether they were the biological parents (see paragraph 16 above).*

facil decisión entre mantener al menor con los recurrentes y perpetuar la relación ilegal que habían establecido o separar al menor de los recurrentes conforme a la legislación de adopción. El tribunal italiano evalúa la situación particular del menor y entiende que la separación, dado que no llegaron a transcurrir ni 6 meses al cuidado del menor, no causaría graves e irreparables perjuicios al menor que sería adoptado conforme a las leyes garantistas que amparan la institución de la adopción. El TEDH considera que esta decisión es conforme al interés superior del menor, considerando legítima conforme al Convenio la actuación de las autoridades italianas. Respecto del caso *Menesson*, como hemos apuntado, el TEDH traza una diferencia significativa por la inexistencia de vínculo biológico, lo que amplía el margen de apreciación del Estado para denegar la filiación a favor de los padres de intención [parágrafo 195].

45. Tras dicha sentencia, parece difícil sostener que, en todo caso, responde al interés superior del menor el reconocimiento de la filiación establecida conforme al Derecho extranjero por razón al principio de la “identidad única”, como criterio superior y absoluto, exigiéndose por tanto un análisis casuístico sobre la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto<sup>69</sup>. La sentencia dejó lugar igualmente a algunas críticas, que señalaron que sigue habiendo dudas sobre las consecuencias del no reconocimiento de la relación de parentesco y las técnicas alternativas para establecerla en ese contexto y su compatibilidad con la CEDH – crítica que parece acertada vistas las preguntas de la Cour –, a lo que se añadía el riesgo de que el TEDH se convirtiese en un *juez de cuarta instancia*<sup>70</sup>.

## V. Estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español

46. Puede afirmarse que, con carácter general, la doctrina y las autoridades españolas han abordado la solución de los contratos de gestación por sustitución celebrados por españoles en el extranjero, principalmente, desde la perspectiva del interés superior del menor<sup>71</sup>. Eso sí, tampoco puede decirse que se haya hecho de forma unívoca ni, desde luego, pacífica.

47. Los problemas se concentran alrededor de la inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular cuando no hay sentencia judicial<sup>72</sup>; hemos señalado en la introducción las polémicas que, desde la segunda mitad del año dos mil dieciocho, han venido sucediéndose –y siguen vigentes– con el Gobierno español en relación con los contratos celebrados en Ucrania y Georgia. A lo que se ha de añadir el vaivén de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) que, tras la aprobación de la Instrucción DGRN de 14 de febrero<sup>73</sup>, que no llegó a publicarse en el BOE, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, fue sustituida por la Instrucción DGRN de 18 de febrero<sup>74</sup> de idéntico nombre, esta sí, publicada en el BOE. El cambio fundamental introducido es que la inscripción de la filiación – cuando no existe sentencia judicial como se da en los países antes mencionados – no será estimada ante el Registro Civil consular – tal y como venía realizándose –, por lo que los padres de intención deberán obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España y, una vez allí, “*a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación*”.

<sup>69</sup> J. M. DÍAZ FRAILE, ‘La Gestación Por Sustitución Ante El Registro Civil Español. Evolución de La Doctrina de La DGRN y de La Jurisprudencia Española y Europea’, *Revista de Derecho Civil*, VI.1 (enero-marzo) (2019), 53–131. p. 125

<sup>70</sup> O. FERACI, ‘Maternità Surrogata Conclusa All’ Estero e Convenzione Europea Dei Diritti Dell’ Uomo: Riflessioni a Margine Della Sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia’, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7.2 (2015), 420–39. p. 439

<sup>71</sup> VAQUERO LÓPEZ. *op. cit.* p. 457

<sup>72</sup> Véase: PERTUSA RODRÍGUEZ L. Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado. *Cuad. Derecho Transnacional*. 2018;10(2):597–614.

<sup>73</sup> Disponible en: [https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion\\_gestacion.pdf](https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf)

<sup>74</sup> Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE, Jueves 21 de febrero de 2019. Disponible en: <https://boe.es/boe/dias/2019/02/21/pdfs/BOE-A-2019-2367.pdf>

48. En relación con el caso que nos ocupa, recientemente se ha dictado sentencia por la Audiencia Provincial de Murcia<sup>75</sup>, por la que la madre intencional no biológica solicitaba la adopción de una menor nacida por maternidad subrogada en Ucrania. Esta sentencia nos permite ilustrar los antecedentes afrontados por la jurisprudencia española. En el presente caso, la madre intencional presenta solicitud de apertura de expediente de jurisdicción voluntaria para la aprobación de la adopción de la menor nacida en Kiev (Ucrania), que consta inscrita como hija del marido español de aquélla – quien también es su padre biológico – y de su madre gestante ucraniana que, ante el funcionario de la oficina consular española en dicho país, había prestado su consentimiento para la adopción por la ahora solicitante. En el procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Murcia, el Ministerio Fiscal requiere y es aportada la inscripción ante el Registro Civil ucraniano, en donde consta que la menor es hija de la madre y el padre de intención españoles. El Juzgado dicta auto denegando la adopción por falta de legitimación activa, pues el artículo 175.3.1º del Código Civil español impide la adopción de los descendientes, y en la partida del registro civil ucraniana consta que la solicitante es la madre de la menor. El auto es objeto de recurso de apelación por la solicitante, quien alega que no es de aplicación tal precepto del Código Civil puesto que, conforme al derecho interno español, la filiación viene determinada por el parto.

49. La Audiencia Provincial de Murcia resuelve, en primer lugar, que dada la inaplicabilidad en España de normas extranjeras que permiten la gestación por sustitución conforme a la STS de 6 de febrero de 2014<sup>76</sup>, no puede denegarse la legitimación activa de la madre de intención para solicitar la adopción y que, por tanto, lo que corresponde es examinar si concurren en el caso concreto los presupuestos para la aprobación de la adopción, es decir, si la adopción es conforme al interés superior del menor y si la adoptante es idónea.

50. Acerca de la valoración del interés superior del menor, la Audiencia Provincial de Murcia considera que el caso se ajusta al razonamiento aportado por el Tribunal Supremo en el auto de 2 de febrero de 2015<sup>77</sup>, en el cual determinaba que el ordenamiento jurídico español protege el interés superior de los menores conforme a la jurisprudencia del TEDH, *puesto que permite la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna* – así inscrito en el registro civil consular ucraniano en el presente caso – *y la formalización de las relaciones familiares “de facto” mediante la adopción* – la cual se pretende ahora – *o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores*. En dicho auto el Tribunal Supremo ya argumentó, con lógica jurídica<sup>78</sup>, las diferencias significativas entre el ordenamiento jurídico francés –que habían desembocado en las condenas por el TEDH de las que hemos hablado– y el ordenamiento jurídico español.

<sup>75</sup> Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, Sentencia 91/2019 de 31 Ene. 2019, Rec. 1295/2018

<sup>76</sup> Dicha resolución denegó la posibilidad de reconocer la filiación establecida en el extranjero en virtud del contrato de gestación por sustitución, si bien, conforme al interés superior del menor, entendió que la filiación podía determinarse por otras vías en su Fundamento Jurídico Quinto [Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia 247/2014 de 6 de febrero. ROJ: STS 247/2014]: *11.- (...) o de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos. Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar. Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.*

<sup>77</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Auto 335/2015 de 2 de febrero. ROJ: ATS 335/2015

<sup>78</sup> A. DURÁN AYAGO, ‘Una Encrucijada Judicial y Una Reforma Legal Por Hacer: La Gestación Por Sustitución. A Propósito Del Auto Del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 2015’, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2, 2015, 1–16. p. 16

51. En base a dichos argumentos entiende la Audiencia Provincial de Murcia que la solicitud de adopción es conforme al interés superior de la menor<sup>79</sup> y, no habiendo datos para dudar de la idoneidad de la adoptante, falla estimando el recurso de apelación. Esta Sentencia, previa a la resolución de la opinión consultiva por el TEDH, ilustra que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, las preguntas planteadas por la *Cour de Cassation* ya habrían sido contestadas por el Tribunal Supremo con acierto, como veremos a continuación.

## VI. Análisis jurídico de la opinión consultiva de 10 de abril de 2019<sup>80</sup>

52. La respuesta del TEDH, cumpliendo con la naturaleza del Protocolo, fue razonablemente rápida –recordemos que la consulta se recibió el 16 de octubre de 2018, fue aceptada el 4 de diciembre y resuelta el 10 de abril de 2019–.

*Dans la situation où, comme dans l'hypothèse formulée dans les questions de la Cour de cassation, un enfant est né à l'étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne:*

1. *le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale";*

2. *le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.*

53. En primer lugar, y como se ha dicho *supra* debe decirse que el TEDH no contesta a lo que se le pregunta, aunque para ser justos, el propio Tribunal reconoce esta situación. Ya se ha comentado aquí que la obligación de responder las preguntas planteadas desde un alto tribunal nacional en aplicación del procedimiento consultivo previsto en el Protocolo n° 16 no contempla la modificación de las preguntas por parte del TEDH. Sin embargo, eso es precisamente lo que sucede y la formulación inicial es modificada auto arrogándose una competencia que condiciona necesariamente también la respuesta jurídica del procedimiento consultivo. Como hemos visto, dentro de la primera pregunta, en segundo lugar, la *Cour de Cassation* pregunta al TEDH si debería trazar una distinción en caso de que el menor hubiera sido concebido utilizando los óvulos de la madre de intención; entiende el TEDH que su labor en el marco del Protocolo n° 16 al CEDH es la de proporcionar al alto órgano jurisdiccional requirente orientación que le permita garantizar el respeto de los derechos consagrados en el Convenio al determinar el caso concreto que se le somete y, dado que en el caso *Menesson* la menor no había sido concebida con los óvulos de la madre de intención, considera que no debe dar respuesta a dicha cuestión [parágrafos 27 a 34] negando su propia afirmación de responder exclusivamente a las cuestiones que le someten [parágrafo 25 *in fine*]. Añade, eso sí, que de estar ante un caso en el que la madre de intención hubiera aportado su carga genética, en una situación similar a la controvertida, la necesidad de prever una posibilidad de reconocimiento de la relación jurídica entre el niño y la madre prevista se aplicaría con aún mayor contundencia [parágrafo 47], lo que supone un rechazo a ofrecer en el fondo la respuesta específica solicitada, y que obligaba al tribunal a desplegar la preceptiva perspectiva de género. En efecto, el tribunal galo no preguntaba si la madre contratante que ha aportado carga genética debía obtener alguna vía para

<sup>79</sup> También utiliza como argumento las sentencias del Tribunal Supremo en materia de reconocimiento de prestaciones de maternidad para madres intencionales, ver: MERCADER UGUINA JR. *La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016*. Cuad Derecho Transnacional. 2017;9(1):454–67.

<sup>80</sup> ADVISORY OPINION concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>

ver reconocida su filiación, tal y como responde el TEDH tras la modificación de las preguntas, sino que cuestiona la adquisición original de los hombres en esa situación y no de las mujeres. Afrontar esa pregunta, más relevante que la indicada en el párrafo 47, suponía para el tribunal analizar si su propia jurisprudencia es discriminatoria en posible violación del artículo 14 del CEDH.

**54.** Al contestar a la primera cuestión acerca de si el artículo 8 del CEDH requiere que la legislación nacional establezca la posibilidad de reconocer la filiación realizada en el extranjero del menor respecto de la madre de intención, hace constar que son dos factores los que adquieren especial relevancia: el interés superior del menor y el alcance del margen de apreciación de que disponen los Estados [párrafo 37].

**55.** En relación al interés superior del menor, reconoce que dicho interés no incluye únicamente factores que juegan en favor del reconocimiento de la filiación del menor respecto de la madre de intención, citando de forma genérica –en base al caso *Paradiso y Campanelli*– los riesgos que implican los contratos de maternidad subrogada, así como la posibilidad del menor de conocer sus orígenes; pero acto seguido, argumenta que dado el impacto negativo que supone para su derecho al respeto de su vida privada no reconocer dicha filiación y la situación de incertidumbre legal en relación a su identidad en la que quedaría el menor –tal y como ya había argumentado en las sentencias *Mennesson* y *Labasee*–, demanda la necesidad de identificar legalmente a las personas responsables de criarlo, y entiende que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo entre un niño nacido a través de gestación por sustitución en el extranjero y la madre comitente no es compatible con ese interés, lo que exige un tratamiento particularizado de las circunstancias que concurren en cada caso<sup>81</sup>; lo que le lleva a concluir que el artículo 8 de la Convención exige que la ley nacional establezca la posibilidad de reconocer la filiación entre el menor y la madre de intención. La respuesta no parecía tan obvia observando el derecho comparado, así, el Tribunal federal suizo entendía que utilizar el orden público para denegar el reconocimiento de la filiación afirmada por la sentencia californiana respecto del padre de intención no vinculado genéticamente con el niño es perfectamente ajustado al CEDH<sup>82</sup>.

**56.** Acerca de la segunda cuestión, relativa a la necesidad o no de transcribir literalmente la filiación determinada en el Estado en el que se lleva a cabo la práctica de la maternidad subrogada, la respuesta del TEDH es que no es obligatorio; y, por ende, sobre si la fórmula de establecer la filiación por medio de la adopción se ajusta al CEDH, la considera admisible, porque entiende el medio concreto establecido por la ley nacional para permitir el reconocimiento de la relación con los padres de intención está dentro del margen de apreciación de los Estados. Ha de reconocerse aquí la acertada argumentación del Tribunal Supremo en el auto de 2 de febrero de 2015, al señalar en el Fundamento Jurídico sexto que *el Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias Labasee y Mennesson, no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir*; entendiendo a su vez, que las vías ofrecidas por el ordenamiento jurídico español –entre ellas la adopción– se ajustaban al Convenio.

**57.** Por último, queda la cuestión relativa a que la ley francesa solo permite la adopción para los padres de intención que estén casados. Como bien dice DURÁN AYAGO, el TEDH sale del atolladero como puede, y señala que no le corresponde decidir en el contexto de esta concreta solicitud de opinión consultiva sobre la idoneidad de la ley de adopción francesa, aunque de alguna manera deja abierta la duda acerca de si en algunos casos los requisitos exigidos por la legislación hacen que la adopción no solucione la necesidad reconocida de determinación de la filiación materna<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> A. DURÁN AYAGO, 'Protocolo Nº 16 Al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Gestación Por Sustitución: Primera Consulta Planteada Por La Corte de Casación Francesa y Primera Respuesta Para Seguir Sin Desbrozar Del Todo El Camino', *Revista General de Derecho Europeo*, 48 (2019), 132–49. p. 143

<sup>82</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ. *op. cit.* p. 189

<sup>83</sup> DURÁN AYAGO, *op. cit.* p. 145

## VII. Conclusiones

58. Son dos las principales cuestiones que nos gustaría remarcar para finalizar este estudio.

59. En primer lugar, cuando el tribunal rehúye dar una respuesta sobre la necesidad o no de distinguir en caso de la aportación del óvulo por la madre de intención, la vía elegida por el TEDH para no contestar a la pregunta ejerciendo el *non liquet* debe hacernos analizar las posibles causas: puede analizarse, sin lugar a dudas, como una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de las opiniones consultivas surgidas a raíz de la entrada en vigor del Protocolo nº 16, centrando la respuesta, y por ende la pregunta, al contenido que el TEDH considere que puede ser útil para la solución del asunto principal en la jurisdicción nacional interviniendo, de hecho y más de lo que estaba previsto en la *litis* principal y en la propia discrecionalidad del juez nacional. Pero puede ser también, esta ampliación competencial una forma de evitar el análisis de sus propios actos en perspectiva de género. Una negativa a asumir que sus propias decisiones se implementan de manera diferente sobre mujeres y hombres y que la maternidad subrogada afecta de manera especialmente grave y diferente a las mujeres participantes, madres gestantes y contratantes.

60. Parte de la doctrina ya manifestó que, si el avance de la técnica médica permite conocer quién ha aportado el material genético – gametos masculinos y femeninos – del nacido, si en ambos casos se parte de un contrato nulo en que han tenido intervención los progenitores, y a ambos supuestos, filiación materna y paterna, se extiende el derecho del niño a conocer su filiación biológica; no hay justificación para que no se permita igualmente la investigación y reclamación de la filiación materna en estos supuestos, con lo que la diferencia de trato normativo tiene un carácter sancionador en todo caso a la mujer, pudiendo conllevar una diversidad de trato contraria al mandato igualitario del artículo 14 de la CE y al principio de no discriminación<sup>84</sup>.

61. Es posible que estos argumentos rondasen la órbita de la *Cour de Cassation* al plantear sus preguntas, sin embargo, el TEDH no entra a valorar la cuestión y añade, con cierta timidez como hemos visto, que de estar ante un caso en el que la madre de intención hubiera aportado su carga genética, *en una situación similar a la controvertida* –entendemos por similar que se está refiriendo a que exista vínculo genético también con el padre de intención, es decir, no estaría aportando solución novedosa alguna–, la necesidad de prever una posibilidad de reconocimiento de la relación jurídica entre el niño y la madre de intención –y genética– se aplicaría con aún mayor contundencia [parágrafo 47]; pero pudiendo, dada su inconcreción, traducirse esta en la inscripción como adoptante. Lo que no entendemos es por qué el TEDH evita citar literalmente su propia jurisprudencia en el caso *Mennesson*<sup>85</sup> para, dado que considera el vínculo genético un componente de la identidad del menor que reduce el margen de apreciación de los Estados para negar el reconocimiento de la filiación a favor de los padres de intención, dejar claro que el vínculo genético del menor con uno u otro, hombre o mujer, determina de igual forma y con las mismas consecuencias jurídicas su identidad, y no, como en el caso que nos ocupa, reconocer el valor de la relación biológica de la madre de intención en caso de que previamente haya sido determinada la relación biológica respecto del padre de intención. Además, creemos que la decisión de no esclarecer determinadas cuestiones, aumenta el riesgo ya señalado de que el TEDH se convierta en un *juez de cuarta instancia*<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> M. NUÑEZ BOLAÑOS, I. M. NICASIO JARAMILLO, y E. PIZARRO MORENO, 'El Interés Del Menor y Los Supuestos de Discriminación En La Maternidad Subrogada, Entre La Realidad Jurídica y La Ficción', *Derecho Privado y Constitución*, 29, 2015, 227–61 <<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.29.06>>. p. 256

<sup>85</sup> Sentencia TEDH de 26 de junio de 2014, caso *Mennesson c. Francia* (65192/11): 100. *This analysis takes on a special dimension where, as in the present case, one of the intended parents is also the child's biological parent. Having regard to the importance of biological parentage as a component of identity (see, for example, Jäggi [v. Switzerland, no. 58757/00], § 37[, ECHR 2006-X]), it cannot be said to be in the interests of the child to deprive him or her of a legal relationship of this nature where the biological reality of that relationship has been established and the child and parent concerned demand full recognition thereof.*

<sup>86</sup> FERACI. *op. cit.* p. 439

**62.** Y en segundo lugar, para concluir, reiteramos nuestra preocupación por la invisibilidad de la madre gestante en las decisiones del TEDH. Resulta cuanto menos llamativo que, si tal y como se dice en la opinión consultiva, hay dos factores fundamentales – el interés superior del menor y el alcance del margen de apreciación de que disponen los Estados – que inciden a la hora de reconocer la filiación determinada en el extranjero de un menor a favor de sus padres de intención, reiteradamente al TEDH no le parezca relevante la situación de la madre gestante, dado que las obligaciones personalísimas establecidas por los contratos de maternidad subrogada –cuyos efectos se pretenden reconocer– se ejecutan sobre su cuerpo.

**63.** Es cierto que nuestro Tribunal Supremo valoró la cuestión de la dignidad de la mujer gestante de forma absolutamente abstracta<sup>87</sup>, aduciendo que los contratos de maternidad subrogada vulneran en todo caso el orden público internacional *mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño*; pero, por ejemplo, el BGH sí otorgó un contenido más específico a esta relación, entendiendo que la violación de la dignidad humana de la mujer podía adquirir relevancia en la aplicación del orden público en casos en los que la mujer gestante no actuó voluntariamente, ya sea en el momento de inicio de la relación contractual, en el momento de renuncia de la maternidad, o en que dicha renuncia no se produjera de forma lícita<sup>88</sup>. A pesar de que, como señalaremos a continuación, entendemos que estos argumentos del BGH tienen limitaciones, representan un punto de partida necesario.

**64.** Al hilo de todo ello, coincidimos en que esta invisibilidad se encuadra en la estructura de razonamiento excesivamente individualista asumida por el TEDH en relación con la aplicación de la cláusula de orden público internacional, en el que las razones del individuo cuyos derechos se tutelan prima facie aparecen sobredimensionadas en relación con las razones del bien común<sup>89</sup>. Efectivamente, siendo conocidos los riesgos de las prácticas de maternidad subrogada internacional<sup>90</sup>, limitar los argumentos de orden público a cuestiones de vulneraciones puntuales de la legalidad de los países que la permiten, o a casos individuales en los que el consentimiento ha sido obtenido por error, dolo o violencia, puede resultar absolutamente ineficaz para la protección de la dignidad y los derechos humanos de la mujer. Por ejemplo, a nuestro modo de ver y coincidiendo con lo expresado por el Tribunal Constitucional portugués, solo un ordenamiento jurídico que reconociese un derecho a la revocación del consentimiento hasta después del nacimiento del menor garantizaría la protección de la dignidad de la mujer ya que, en el momento en que la gestante no quiere continuar en el proceso de gestación por sustitución, su participación en el mismo deja de corresponderse con el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad y, por ende, la ejecución de las obligaciones del contrato bajo en contra de la voluntad de la gestante, no solo deja de tener fundamento constitucional, sino que se convertiría en una instrumentalización que atenta directamente su dignidad personal<sup>91</sup>, situación que permanecería bajo el amparo de la legalidad en cualquier ordenamiento jurídico que no reconociese y garantizase dicho derecho a la libre revocación del consentimiento.

**65.** En cualquier caso, y siendo conscientes de que la solución más satisfactoria es probablemente, tal y como manifiesta la abrumadora mayoría de la doctrina y el propio tribunal europeo en esta resolución [parágrafo 59], la puesta en marcha de un convenio internacional en el marco de la Conferen-

<sup>87</sup> Lo cual suscitó críticas contundentes de la doctrina como muestran CALVO CARAVACA/ CARRASCOSA GONZÁLEZ o DURÁN AYAGO, y también del voto particular de la propia sentencia. Si bien coincide con los argumentos manifestados por los magistrados GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK y DEDOV en el voto concurrente que emitieron en la sentencia de la Gran Sala TEDH de 24 de enero de 2017 en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* (25358/12).

<sup>88</sup> S. LILIAN GÖSSL, ‘The Recognition of a “Judgment of Paternity” in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13’, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7.2 (2015), 448–65. p. 459

<sup>89</sup> F. SIMÓN YARZA, ‘Gestación Subrogada o Vientres de Alquiler: Reflexiones a La Luz Del Derecho Comparado y de La Jurisprudencia Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos’, *Revista General de Derecho Constitucional*, 25, 2017, 1–24. p. 21

<sup>90</sup> Puede consultarse al respecto el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (19/05/2017). Disponible en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

<sup>91</sup> G. LAZCOZ MORATINOS, ‘Acercas de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués’, *Dilemata*, 28, 2018, 137–51. pp. 146-147

cia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, reiteramos que, dados los compromisos adquiridos por este tribunal –*supra*– para incorporar la perspectiva de género a sus decisiones, nos resulta inconcebible que estas cuestiones no sean incorporadas a la consideración del margen de apreciación de los Estados e, incluso, a la valoración del interés superior del menor.

**66.** Por último, esta histórica opinión consultiva emitida de acuerdo con el Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, más que lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es esclarecedor todo aquello sobre lo que, una vez más, guarda silencio. En efecto, si bien será analizada doctrinalmente por haber inaugurado una nueva vía para la mejora de la protección de los derechos tutelados por el TEDH y enunciados en el Convenio, la Opinión Consultiva aquí estudiada no puede sino ser calificada como oportunidad perdida par que el TEDH aborde con valentía la afección a las mujeres de la maternidad subrogada, sin acudir a técnicas jurídicas que, en último término, sólo han pretendido sortear más mal que bien el eje central de las cuestiones que debía resolver.