



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA



Observatori de  
Bioètica i Dret  
Universitat de Barcelona

FLACSO  
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

## BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

**Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022, sobre filiación en la gestación subrogada, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

**Filiació, gestació per substitució i dret internacional privat: la Sentència del Tribunal Suprem espanyol 277/2022, sobre filiació en la gestació subrogada, a la llum de la doctrina del Tribunal Europeu de Drets Humans**

**Filiation, surrogacy, and private international law: the Spanish Supreme Court Ruling 277/2022, on filiation in surrogacy, in light of the doctrine of the European Court of Human Rights**

**ALONSO PINO ÁVILA\***

\* Alonso Pino Ávila. Doctor en Derecho por la U. de Barcelona. Profesor asociado, Departamento de Ciencia Política, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universitat de Barcelona (España). Email: [alonsopino@ub.edu](mailto:alonsopino@ub.edu). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1911-5740>.



Copyright (c) 2023 Alonso Pino Ávila

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

## Resumen

El Tribunal Supremo admite la reclamación de la paternidad biológica y el expediente de adopción como procedimientos idóneos para el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución celebrada en el extranjero, al mismo tiempo que deniega su reconocimiento cuando haya sido reclamada mediante la solicitud de la transcripción del certificado registral extranjero o por posesión de estado. Esta doctrina es compatible con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que obliga a los Estados a reconocer la filiación derivada de una gestación por sustitución cuando exista un vínculo genético entre el menor y los padres de intención, así como a proteger el interés superior del menor cuando exista vida familiar. Esta doctrina jurisprudencial pretende proteger los derechos de la madre gestante y el interés superior del menor; sin embargo, una protección eficaz de ambos solo puede venir desde un convenio de derecho internacional privado que regule los requisitos para el reconocimiento de la filiación por parte de aquellos Estados que niegan validez a los contratos de gestación por sustitución, de manera que los derechos humanos y el interés superior del menor sean garantizados.

**Palabras clave:** gestación por sustitución; filiación; derechos humanos; derecho internacional privado; derecho internacional público.

## Abstract

The Supreme Court admits the claim of biological paternity and the adoption file as suitable procedures for the recognition of the filiation derived from a surrogacy carried out abroad, at the same time that it denies its recognition when it has been claimed through the application of the transcript of the foreign registry certificate or by possession of state. This doctrine is compatible with the case of law of the European Court of Human Rights, which obliges States to recognize the filiation derived from surrogacy when there is a genetic link between the minor and the intended parents, as well as to protect the best interests of the minor, when there is family life. This jurisprudential doctrine seeks to protect the rights of the surrogate mother and the best interests of the minor; however, effective protection of both can only come from a private international law agreement that regulates the requirements for the recognition of filiation by those States that deny validity to surrogacy contracts, so that human rights and the best interests of the minor are guaranteed.

**Keywords:** surrogacy; filiation; human rights; private international law; public international law.

## Resum

El Tribunal Suprem admet la reclamació de la paternitat biològica i l'expedient d'adopció com a procediments idonis per al reconeixement de la filiació derivada d'una gestació per substitució celebrada a l'estranger, al mateix temps que desestima el seu reconeixement quan hagi estat reclamada mitjançant la sol·licitud de la transcripció del certificat registral estranger o per possessió d'estat. Aquesta doctrina és compatible amb la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans que obliga els Estats a reconèixer la filiació derivada d'una gestació per substitució quan hi hagi un vincle genètic entre el menor i els pares d'intenció, així com protegir l'interès superior del menor quan hi hagi vida familiar. Aquesta doctrina jurisprudencial vol protegir els drets de la mare gestant i l'interès superior del menor; tanmateix, una protecció eficaç de tots dos només pot venir des d'un conveni de dret internacional privat que reguli els requisits per al reconeixement de la filiació per part dels Estats que neguen validesa als contractes de gestació per substitució, de manera que els drets humans i l'interès superior del menor siguin garantits.

**Paraules clau:** gestació per substitució; filiació, drets humans; dret internacional privat; dret internacional públic.

## 1. La sentencia nº 277/2022, de 31 de marzo, del Tribunal Supremo

En la sentencia nº 277/2022, de 31 de marzo, el Tribunal Supremo (en adelante TS) se enfrenta al problema del reconocimiento de la filiación derivada de un acuerdo de gestación por sustitución (en adelante GS) celebrada en el extranjero. La acción ejercitada, en el procedimiento del que dimana el recurso de casación que esta sentencia resuelve, reclama el reconocimiento de la filiación por posesión de estado, fundada en la existencia de vida familiar de facto.

Lo que ha sido planteado ante el TS, con este recurso de casación, es un conflicto entre el orden público internacional español, que protege los derechos de la madre gestante y del menor, por una parte, y el interés superior del menor, que lo protege frente a las decisiones estatales que puedan afectarle directamente, por otra. La protección del orden público exigiría denegar el reconocimiento de la filiación derivada de una GS; por el contrario, la protección del interés superior del menor exigiría que la filiación fuera reconocida y el derecho a la vida privada y familiar del menor garantizado.

La solución ofrecida por el TS es salomónica, pues distingue entre: por una parte, la filiación fundada en la posesión de estado cuyo reconocimiento deniega, bajo el argumento de que debe ser respetado el orden público internacional español que exige la protección de los derechos de la madre gestante y del menor, derechos vulnerados por las cláusulas del contrato de GS examinado en este supuesto, por ser claramente lesivas de los derechos de la madre gestante y que convierten al menor en una mercancía; por otra parte, propone un mecanismo alternativo que permitiría finalmente el reconocimiento de la filiación que acaba de denegar, pero como resultado de un expediente de adopción, solución alternativa que justifica en la necesidad de atender al interés superior del menor, titular del derecho a la vida privada y familiar, ambos incluidos en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (en adelante el Convenio). Esta conclusión del TS no puede disimular su carácter paradójico, pues deniega el reconocimiento de la filiación solicitada al mismo tiempo que propone un remedio alternativo para su reconocimiento definitivo (§§ 7-12 del fundamento de derecho 3º y §§ 10-14 del fundamento de derecho 4º de la sentencia nº 277/2022, de 31 de marzo, de la Sala Civil del TS).

En este artículo me propongo mostrar que la solución propuesta por el TS es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH), como el propio TS afirma en su sentencia. Asimismo que se trata de una solución que doctrinalmente solo puede ser aceptada como provisional, pues una respuesta definitiva al problema jurídico planteado solo puede venir desde un instrumento de derecho internacional privado que regule los requisitos exigibles para que el reconocimiento de la filiación derivada de una GS celebrada en el extranjero pueda hacerse con la garantía de que los derechos de la madre gestante y del menor

han sido respetados, un tratado internacional que debería ser elaborado tomando como modelo la adopción internacional, en concreto el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (en adelante el Convenio de La Haya de 1993).

## 2. La doctrina del TEDH sobre reconocimiento de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución

El problema jurídico planteado ante el TS, que también aparece en la jurisprudencia del TEDH, se concreta en la necesidad de ponderar entre: por un lado, el orden público internacional del Estado, que pretende proteger a los menores y a las mujeres gestantes, por otro, el interés superior del menor que debe ser respetado en las decisiones que puedan afectarle.

Para ilustrar la postura del TS, ante el problema anterior, pueden ser examinadas dos de sus sentencias sobre GS, se trata de la sentencia nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014, dictada en el recurso de casación nº 245/2012, así como la sentencia nº 277/2022, de fecha 31 de marzo de 2022, dictada en el recurso de casación nº 907/2022. El TS concluye, en ambas, que lo determinante para resolver la cuestión es ponderar acertadamente entre el orden público español, formado por los derechos fundamentales, y el interés superior del menor, que debe ser interpretado en concreto cuando exista vida familiar. Añade que la filiación derivada de una gestación por sustitución, válidamente celebrada en el extranjero, puede ser reconocida en derecho español: o bien mediante un procedimiento de reclamación de la paternidad biológica, cuando exista vínculo genético, o bien mediante un expediente de adopción, cuando exista vida familiar. Al mismo tiempo que deniega la transcripción del certificado registral extranjero, en la primera sentencia, y el reconocimiento de la filiación fundada en la posesión de estado, en la segunda<sup>1</sup>. Por tanto, acepta que la filiación derivada de una GS celebrada en el extranjero sea reconocida, cuando exista un vínculo biológico, mediante la acción de reclamación de la filiación biológica, y en ausencia de vínculo genético mediante un expediente de adopción, siempre que exista vida familiar en este segundo supuesto, aunque solo sea una vida familiar de facto. Llega a la conclusión anterior a partir de la jurisprudencia del TEDH, a la que se remite expresamente.

---

1 Véase Navarro-Michel 2022: 10-14, donde explica cómo opera la institución civil de la posesión de estado en relación con la reclamación de la filiación derivada de una GS, en la sentencia del TS de 31 de marzo de 2022.

Cabe deducir de la jurisprudencia del TEDH que la ponderación entre el orden público internacional estatal y el interés superior del menor es favorable al interés del menor, con lo que la filiación debe ser reconocida, en aquellos supuestos en los que el TEDH obliga a los Estados a interpretar el interés superior del menor en concreto, mientras que en aquellos otros en los que les reconoce un margen de apreciación suficiente para hacer una interpretación en abstracto pueden otorgar mayor peso a la protección del orden público internacional y denegar el reconocimiento de la filiación.

El interés superior del menor interpretado en concreto se refiere al interés del menor con nombre y apellidos, en cada supuesto de hecho enjuiciado. Mientras que el interés superior del menor interpretado en abstracto nos habla de la protección de todos los menores que pudieran verse en las mismas circunstancias descritas en el supuesto de hecho, no se trata de este menor con nombre y apellidos, sino de la protección de los menores en general, es decir, de la protección de la infancia.

En la jurisprudencia del TEDH encontramos que en aquellos supuestos en los que concurre vínculo biológico o vida familiar, incluida la vida familiar de facto, el TEDH obliga a los Estados a una interpretación en concreto del interés superior del menor, por lo que les obliga a reconocer la filiación derivada de una gestación subrogada. Mientras que en aquellos otros supuestos en los que ni existe vínculo genético ni vida familiar el TEDH permite a los Estados que hagan una interpretación en abstracto del interés superior del menor, reconociéndoles un amplio margen de apreciación en la materia, aunque sin olvidar del todo el interés del menor en concreto, pues el daño sufrido por el menor debe ser de escasa entidad y del que pueda recuperarse fácilmente, así como consistir en una injerencia, en los derechos del menor, proporcionada. Es posible deducir las reglas anteriores a partir de la sentencia del asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, nº 25358/2012, sentencia de 24 de enero de 2017, de la Gran Sala del TEDH (véase §§ 142- 158 y §§ 211-216) en combinación con la dictada en *Mennesson c. Francia*, nº 65192/2011, sentencia de 26 de junio de 2014, de la Sección 5ª del TEDH (véase §§ 96-101).

En efecto, la Gran Sala del TEDH concluyó en *Paradiso y Campanelli* (2017) que no había sido violado el derecho a la vida privada de los padres de intención, pues las medidas adoptadas por las autoridades italianas, entre las que se incluían la declaración de desamparo del menor y su separación de los padres de intención, perseguían la defensa del interés superior del menor, interpretado en abstracto (véase §§ 196-200). La Gran Sala añadió que el perjuicio sufrido por el menor, a causa de su separación de los padres de intención, un perjuicio concreto, sería rápidamente superado por él, dada la breve duración de la convivencia, no más allá de ocho meses, y su corta edad, es decir, la injerencia en el interés superior del menor interpretado en concreto existe, es cierto, pero aparece como proporcionada con la protección del interés superior de los

menores interpretado en abstracto, que es un fin legítimo que el Estado persigue para la defensa de los menores en general, es decir, para proteger a la infancia frente al tráfico de menores, incluido en el orden público internacional italiano (véase §§ 200-210). Según la doctrina construida por el TEDH, los Estados deben interpretar el interés superior del menor en concreto cuando existe vida familiar, mientras que si ésta no existe, ni siquiera de facto, es decir, cuando no existe vínculo genético y la duración de la convivencia es insuficiente, o no existen vínculos afectivos de calidad, siempre que el vínculo jurídico sea precario, circunstancias en las que no existe vida familiar, ni siquiera de facto, la doctrina construida por el TEDH reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados que les permite interpretar el interés superior de los menores o bien en abstracto o bien en concreto, según consideren más adecuado para la protección de los intereses en juego, aunque siempre con un límite que consistiría en que el daño sufrido por el menor sea de escasa importancia y siempre proporcionado, un daño del que pueda recuperarse fácilmente y en poco tiempo. Estas serían las líneas básicas que ha trazado el TEDH, a la hora de construir su doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la gestación por sustitución y el reconocimiento de la filiación.

En el supuesto examinado por el TS, en su sentencia nº 277/2022, no existe vínculo genético entre la madre de intención y el menor, pero sí vida familiar de facto, pues se han creado lazos afectivos de calidad y la duración de la convivencia es suficiente, ininterrumpida durante años, por lo que España está obligada a reconocer la filiación, pues debe interpretar el interés del menor en concreto, aunque entra dentro del margen de apreciación estatal la elección del mecanismo idóneo para su reconocimiento, siempre que sea rápido y eficaz, para no causar indefensión al menor. Por tanto, la alternativa ofrecida por el TS, la determinación de la filiación mediante un procedimiento de adopción es conforme con la doctrina del TEDH que ha sido comentada, ya que en este caso el Estado está obligado a interpretar el interés superior del menor en concreto y a reconocer la filiación, conclusión a la que finalmente llega el TS, cuando ofrece la adopción como un mecanismo alternativo para su reconocimiento.

### 3. El paradigma de la adopción internacional como modelo para el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución válidamente celebrada en el extranjero

La doctrina construida por el TEDH y asumida por nuestro TS, que ha sido resumida en el apartado anterior, solo puede valer como una solución provisional y de compromiso, a causa de los motivos que comento seguidamente.

La mayoría de países miembros del Consejo de Europa prohíbe que los acuerdos de gestación subrogada produzcan efectos, entre ellos Francia e Italia, dos países que fueron demandados ante el TEDH por negarse a reconocer la filiación del menor nacido de una gestación subrogada celebrada en el extranjero, ante lo que el TEDH respondió, en sus sentencias *Menesson c.Francia* (2014) y *Labasse c.Francia* (2014), que los Estados están obligados a reconocer la filiación del menor cuando sea hijo biológico del padre comitente, mientras que en *Paradiso y Campanelli c.Italia* (2017) la Gran Sala del Tribunal negó que se pudiera obligar a los Estados a reconocer los efectos de una gestación subrogada cuando ninguno de los padres de intención guarda vínculo genético con el menor y no existe vida familiar.

Los asuntos planteados ante el TEDH y el TS son el resultado de contratos de GS que los padres de intención celebran en aquellos Estados extranjeros que les reconocen validez, pero con la intención de que produzcan efectos en el Estado del que son nacionales y que se la niegan, en especial pretenden que sea reconocida la filiación derivada de una GS válidamente celebrada en el extranjero<sup>2</sup>.

De manera que la gran disparidad en la regulación de la GS en los distintos Estados, junto a la aptitud de los acuerdos de GS para producir efectos fuera del derecho estatal en el que han sido válidamente celebrados, implica que nos encontramos ante un problema de contradicción normativa entre distintos sistemas jurídicos estatales, un conflicto típico de derecho internacional privado<sup>3</sup>.

A lo anterior hay que añadir que no disponemos de normas específicas de derecho internacional capaces de resolver estos conflictos. No encontramos una solución en el derecho internacional de los derechos humanos, incluido en el derecho internacional público, ni entre los convenios de derecho internacional privado, pues no disponemos de un tratado de derecho internacional privado que regule la filiación o la gestación subrogada, a semejanza de lo que ocurre con la adopción internacional, para la que disponemos de un instrumento internacional, el Convenio de La Haya de 1993. Existen normas internacionales generales sobre derechos humanos, es cierto. Sin embargo, no disponemos en el derecho internacional de normas que de manera específica se refieran a la GS, por lo que se dificulta la protección de los derechos de la madre gestante y del menor<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Véase Martínez De Aguirre 2019: 454.

<sup>3</sup> Puede consultarse Fernández Rozas 2001: 26ss, donde expone los problemas jurídicos y las técnicas para su solución, propios del derecho internacional privado.

<sup>4</sup> La necesidad de establecer estándares mínimos desde el derecho internacional privado, para el reconocimiento de la filiación derivada de una GS, ha sido señalada por Farnós Amorós 2022: 51.

Por tanto, ya que la regulación de los efectos de los acuerdos de GS es una cuestión que no puede resolverse a nivel nacional, se nos presenta como inaplazable la tarea de elaborar un instrumento internacional específico. Porque, en ausencia de dicha regulación internacional, los Estados que rechazan la GS se enfrentan al siguiente dilema: o bien aceptan que la prohibición de la GS o la nulidad de sus efectos sea infringida en la práctica, en caso de verse obligados a reconocer los efectos de la GS celebrada válidamente en el extranjero, contradiciendo su orden público internacional, o bien mantienen la prohibición de la gestación subrogada o la nulidad sus efectos, rechazando el reconocimiento de la filiación derivada de una GS, en cuyo caso pueden perjudicar el interés superior del menor contradiciendo finalmente, de manera indirecta, su propio derecho que incluye, como cláusula de orden público, la protección del interés superior del menor. En cualquiera de los casos, un resultado inconsistente y decepcionante para los Estados.

El TS, en su sentencia nº 277/2022, de 31 de marzo, hábilmente resuelve la cuestión desestimando el reconocimiento de la filiación, reclamado mediante una acción por posesión de estado, para finalmente proponer una alternativa para su reconocimiento a través de un expediente de adopción. De tal manera que reconocería cierta eficacia al orden público internacional español que declara nulo el contrato de GS, en el artículo 10.1 de la ley 14/2006, de 26 de mayo<sup>5</sup>, cuando deniega el reconocimiento de la filiación fundada en la posesión de estado, al mismo tiempo que protege el interés superior del menor, interpretado en concreto, y su derecho a la vida privada y familiar, incluido en el artículo 8 del CEDH, cuando propone finalmente un mecanismo alternativo que permite el reconocimiento de la filiación mediante un expediente de adopción. Sin embargo, se trata de una solución cuya naturaleza paradójica muestra que nos encontramos ante un conflicto que solo puede ser resuelto satisfactoria y definitivamente desde el derecho internacional privado<sup>6</sup>.

Hemos mostrado que el problema de la diversa y divergente regulación de la GS en los distintos países requiere de una solución desde el derecho internacional privado, es decir, exige que sea elaborado un convenio de derecho internacional privado que regule, al menos, la determinación de la filiación derivada de una GS y su posible reconocimiento por otros Estados<sup>7</sup>.

De hecho, la elaboración de dicho convenio ya fue acordada, en el año 2015 por el Consejo sobre asuntos generales y políticos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, mediante la constitución de un Grupo de Expertos encargado de estudiar la filiación en

---

5 Recordemos que en el apartado segundo del artículo 10 se establece que la filiación viene determinada por el parto.

6 Puede consultarse Vivas 2008: 467-490, donde concluye la necesidad de un estándar común de derecho internacional privado si queremos garantizar los derechos del niño frente a los riesgos de la GS.

7 Véase Martínez De Aguirre 2019: 451, donde plantea los problemas que genera el turismo reproductivo y su posible solución desde el derecho internacional privado.

general, así como la filiación derivada de una GS en particular. Este Grupo de Expertos se reunió por primera vez en el año 2016 y desde entonces ha venido reuniéndose anualmente. El propósito de dichas reuniones es elaborar un proyecto de instrumento general de derecho internacional privado sobre filiación, así como un protocolo adicional sobre filiación derivada de los acuerdos de GS en los que concurra un elemento de extranjería<sup>8</sup>.

En la última ronda de reuniones de este Grupo de Expertos, celebrada entre el 28 de marzo y el 1 de abril de 2022, en la que fue discutido el contenido del informe final que será presentado en el año 2023, fue acordada una nueva reunión para octubre de 2022 en la que debe concluir sus trabajos sobre el informe final. Por tanto, es de esperar que durante el año 2023 salga a la luz un informe del Grupo de Expertos sobre la materia<sup>9</sup>.

Dado que una parte de la doctrina propone el paradigma de la adopción internacional a la hora de regular la filiación derivada de una GS en la que concurra un elemento de extranjería, debemos examinar, en los apartados siguientes, algunas de las dificultades que previsiblemente va a encontrar el Grupo de Expertos en la elaboración de un instrumento internacional sobre la filiación derivada de una GS internacional, si toma como modelo la adopción internacional<sup>10</sup>.

## 4. Argumentos contrarios y favorables a los acuerdos de gestación por sustitución

Una primera dificultad, a la hora de elaborar un instrumento internacional que regule el reconocimiento de la filiación derivada de un acuerdo de GS, reside en la existencia de buenos argumentos contrarios a la GS, a diferencia de lo que ocurre con la adopción internacional, para la que difícilmente vamos a encontrar argumentos sólidos en su contra, pues no parece razonable negar a un menor, en situación de desamparo, la posibilidad de ser adoptado, aunque suponga recurrir a una adopción internacional.

---

8 Puede consultarse Vivas 2019: 483-486, donde, desde un punto de vista crítico con la gestación subrogada, que supondría un riesgo para los derechos de las mujeres y los menores, plantea la necesidad de una regulación internacional que garantice los derechos humanos.

9 Puede consultarse: <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>, consultada por última vez el 6/11/2022.

10 Puede consultarse Martínez De Aguirre 2019: 484-485, donde argumenta que la regulación de la adopción internacional podría servir como modelo para una regulación internacional de los efectos de los contratos de gestación subrogada, pero adaptándolas para evitar la venta de niños y la explotación de la madre gestante.

Los argumentos críticos con la GS más sólidos pueden agruparse en dos categorías. En primer lugar, los de aquellos que nos hablan de la injusticia sobre la que se sustentan los contratos de gestación subrogada. En segundo lugar, los de aquellos otros que ven en el embarazo y en la filiación natural una esfera que debería quedar fuera del mercado, si no queremos ver degradado el valor que les atribuimos socialmente<sup>11</sup>.

Los argumentos que alegan la injusticia, en la que incurren los acuerdos de GS, se refieren a la situación de necesidad en la que suelen encontrarse las mujeres que gestan para otros, situación de vulnerabilidad económica y social que pone en duda la validez del consentimiento que presta la madre gestante ya que, aunque se trate de una declaración de voluntad formalmente válida, respondería materialmente a una situación de necesidad<sup>12</sup>. De hecho, parte de la doctrina entiende que los contratos de GS suponen una grave violación de los derechos humanos, en especial de la madre gestante<sup>13</sup>. La sentencia nº 277/2022 del TS se refiere a las cláusulas del contrato de GS examinado en el supuesto enjuiciado como un claro ejemplo de vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y de mercantilización del menor, por lo que son contrarias al orden público internacional español (véase § 2 de los Fundamentos de Derecho)<sup>14</sup>.

Por su parte, las razones que se oponen a los contratos de GS, no por razones de injusticia, sino porque degradan esferas importantes de nuestra vida, como son el embarazo y la filiación natural, cuestionan la GS en sí misma, con independencia de si se produce en una situación de mayor o menor injusticia, de mayor o menor vulnerabilidad de las madres gestantes. Desde este punto de vista, Michael Sandel comenta que las críticas a la GS basadas en la existencia de un vicio del consentimiento, ausencia de libertad formal, así como en una situación de injusticia económica, ausencia de libertad material, podrían ser solventadas mediante diferentes medidas *ad hoc*. Sin embargo, en relación con la tercera crítica, basada en la degradación que supone para la maternidad como institución social, no encuentra una solución, pues no puede ser solventada mediante ninguna medida que podamos imaginar, ya que por principio la maternidad es una de esas cosas que, si se compran y se venden, ven degradado su valor<sup>15</sup>.

---

11 Sobre la relevancia normativa del concepto de degradación en la resolución de los problemas bioéticos, puede consultarse García Manrique 2021.

12 Véase Nuño 2020: 118-120, donde concluye que las madres gestantes son víctimas del mercado y del patriarcado, dos estructuras ideológicas y materiales que trabajarían conjuntamente para la expropiación sexual y reproductiva de las mujeres.

13 Puede consultarse Sales 2019: 328, donde concluye que la GS siempre supone una vulneración de los derechos humanos, tanto del menor como de la madre gestante.

14 Véase Torres 2019: 89-104, se trata de una obra donde la concepción liberal sobre la gestación subrogada es sometida a una crítica sistemática y bien argumentada.

15 Véase Sandel 2013: 75-77 y Sandel 2016: 114-116.

No obstante, también podemos encontrar argumentos que defienden los acuerdos de GS como perfectamente legítimos, desde un punto de vista moral, porque entienden la gestación, ya sea subrogada o natural, como un trabajo que realizan las mujeres. Se trata de argumentos que parten de la idea de que el embarazo y el parto son un trabajo que no es retribuido económicamente en nuestras sociedades, un trabajo que realiza la mujer con gran desgaste físico, psíquico y emocional, pero que se da por descontado socialmente. Se trata de una labor que sí se vería reconocida en los acuerdos de GS, en la medida en que le asignan un precio, lo que permitiría al resto de mujeres, que llevan adelante un embarazo y paren fuera del contexto de la GS, tomar conciencia del trabajo que realizan, así como de su valor económico, oculto hasta ahora por un contrato sexual que permitiría el acceso al cuerpo de la mujer de forma gratuita. Las mujeres podrían empezar a reivindicar una retribución económica por ese trabajo, tan importante para la sociedad, que consiste en la gestación, el parto, la cría y el cuidado de los menores. Se trataría de un primer paso en la rescisión o renegociación de las cláusulas de ese contrato sexual que permite a los hombres tener acceso y servirse del cuerpo de las mujeres gratuitamente<sup>16</sup>.

Desde este último punto de vista, se añade que, si se permite a las mujeres interrumpir su embarazo, no se entiende muy bien por qué no se les permite también proseguir con él para entregar finalmente su fruto a los padres de intención, pues quien puede lo más puede lo menos.

Tampoco se entiende que se permita a las mujeres dar un hijo en adopción, pero que no se les permita entregarlo a unos padres de intención, especialmente en aquellos casos en los que el hijo no es hijo biológico de la madre gestante, sino de alguno de los padres de intención.

Estas contradicciones mostrarían que la justificación real, pero disimulada, del rechazo a la GS reside en la voluntad de mantener oculto el contrato sexual que obliga a las mujeres a gestar y cuidar a sus hijos sin retribución económica alguna. En el mejor de los casos se les compensaría con reconocimiento social, o sentimental, que es necesario, pero insuficiente en una sociedad fuertemente mercantilizada, donde la cuantía de la retribución económica desempeña un papel importante a la hora de ordenar la relevancia de las distintas contribuciones de sus miembros.

---

16 Puede consultarse Pateman 2019: 404-418, se trata de una obra clásica sobre la idea de contrato sexual que permite, en las sociedades patriarcales, el acceso al cuerpo de la mujer, acceso sexual y reproductivo, un contrato implícito y oculto, pero que rige y gobierna nuestras sociedades. Véase también Igareda 2018-I: 223-225 y 2018-II: 62-63, donde contempla la GS como una manera de cuestionar la maternidad tradicional, pues separa la maternidad gestacional de la social, y de la genética, lo que mostraría que nuestra manera tradicional de entender la maternidad es una construcción social que oculta entre sus funciones la de garantía de la posición privilegiada masculina.

Por tanto, excluir la gestación humana del mercado no sería tanto una forma de reconocer su valor, sino más bien una estrategia ideológica de control de las mujeres a quienes se les privaría de una parte importante de su libertad y poder<sup>17</sup>.

Otro argumento favorable a la gestación subrogada afirma que el Estado no debe dictar una moral oficial a sus ciudadanos<sup>18</sup>. Al contrario, debería tratarlos como mayores de edad capaces de autodeterminarse, de decidir qué es lo correcto, desde su fuero interno. De donde se sigue que el Estado no debería limitar la libertad de los ciudadanos, más allá de lo estrictamente necesario, es decir, solo debería limitar la libertad en la medida en que ponga en peligro la libertad de los demás. Este argumento liberal sería aplicable a los acuerdos de GS, pues es posible defender que no ponen en riesgo la libertad de los contratantes, suponiendo que el consentimiento de la madre gestante sea voluntario, libre e informado, y siempre que no se encuentre en una situación de vulnerabilidad económica o social. Al mismo tiempo puede afirmarse que es respetuoso con el interés superior del menor interpretado en concreto, tengamos en cuenta que el menor va a nacer gracias al acuerdo de GS. Por tanto, no debería limitarse la libertad contractual, ni de la madre gestante ni de los padres de intención, aunque sí deberían establecerse requisitos y condiciones que garanticen los derechos de todas las partes involucradas, muy especialmente del menor y de la madre gestante<sup>19</sup>.

## 5. Requisitos exigibles para el reconocimiento internacional de la filiación derivada de una gestación por sustitución

Los argumentos contrarios y favorables a la GS, que han sido señalados en el apartado anterior, muestran que la gran disparidad en la regulación de los acuerdos de GS, en los distintos países, no será fácilmente resuelta, ni en un sentido favorable ni en un sentido contrario, en los próximos

---

17 Puede consultarse Borrillo 2018: 29-33, donde defiende que prohibir la gestación subrogada perpetúa una discriminación de género que permite a los hombres beneficiarse gratuitamente del trabajo reproductivo que supone la gestación. Concluye que la GS podría ser calificada como la forma más feminista de reproducción porque afirma el derecho de las mujeres a disponer de su capacidad reproductiva y le pone un precio, muy alto, por cierto, a este trabajo que realizaban gratuitamente. Por tanto, el Estado debería regular la GS, pero solo para evitar abusos, no para prohibirla.

18 No deberíamos olvidar que «el Derecho no es lo mismo que la moral. Su función, por así decirlo, es hacer posible la vida moral de los individuos lo que, a su vez, requiere satisfacer (pero sólo en parte) las exigencias de la dignidad humana», como nos recuerda Atienza 2022: 121.

19 Véase Lamm 2013: 215-240. Se trata de una obra donde defiende que una regulación de la GS respetuosa de los derechos humanos es posible, lo muestra mediante una propuesta de regulación. El punto de vista adoptado es liberal, desde un liberalismo que propone defender los derechos de las mujeres. También puede consultarse Lamm 2008. Por otra parte, un listado ordenado de posibles respuestas a los argumentos contrarios a los contratos de GS puede consultarse en Fernández Codina 2019: 135-145.

años, pues tanto sus defensores como sus detractores disponen de argumentos de peso para mantener sus posturas contrapuestas<sup>20</sup>.

Dada esta pluralidad de puntos de vista irreconciliables sobre la GS, es comprensible que la Conferencia de La Haya decidiera que su proyecto de elaboración de un protocolo adicional, a un futuro instrumento sobre filiación, se limitara a la filiación derivada de una GS, descartando un hipotético convenio internacional sobre los acuerdos de GS en cuanto tales.

Algunas de las dificultades que previsiblemente va a encontrar dicho Grupo de Expertos, en la elaboración del protocolo proyectado, se derivan de la necesidad de conciliar el interés superior del menor con el respeto de los derechos humanos.

Debemos examinar algunos de los requisitos mínimos exigibles para que la filiación derivada de un acuerdo de GS pueda ser reconocida, se trata de requisitos que deberían quedar recogidos en un hipotético instrumento de derecho internacional privado para el reconocimiento de la filiación derivada de un acuerdo de GS<sup>21</sup>.

El instrumento internacional proyectado debería partir del siguiente presupuesto: que sea protegido el interés superior del menor y sean respetados los derechos humanos. Y su finalidad debería consistir en permitir la cooperación entre los Estados y asegurar el reconocimiento de la filiación derivada de aquellos acuerdos de GS que sean conformes con el instrumento internacional, es decir, que protejan el interés superior del menor y garanticen los derechos humanos de la madre gestante y del menor.

Si concretamos algo más, una primera exigencia para el reconocimiento de la filiación debería consistir en la necesidad de una declaración de idoneidad de los candidatos a padres de intención que debería ser examinada mediante un expediente administrativo o judicial, así como acreditada a través de un sistema de autoridades centrales, análogo al establecido en el Convenio de La Haya de 1993, que ha funcionado razonablemente bien para la adopción internacional. Esta propuesta, que los Estados que prohíben los contratos de GS, o establecen su nulidad, regulen un procedimiento para controlar la idoneidad de los candidatos a padres de intención puede parecer excesiva por incoherente, para el Estado que prohíbe la GS o declara nulos los acuerdos de GS. Sin

---

20 Recordemos que en el derecho comparado encontramos países como Rusia, diversos Estados de los EE. UU. o Ucrania, entre otros, que permiten los convenios de GS de carácter comercial, mientras que otros países solo permiten la de carácter altruista, como Reino Unido o Portugal, aunque la mayor parte de países establecen la nulidad de dichos acuerdos, entre ellos Francia, Italia, Alemania o España, véase Vilar 2018: 167-260.

21 Véase Casado y Navarro-Michel 2019: 38-40, donde proponen como requisitos ineludibles en una regulación de la gestación por sustitución respetuosa con los derechos de la madre gestante: el control judicial de la validez del consentimiento de las partes y la ausencia de finalidad lucrativa, la gratuidad de la GS que debe seguir el modelo de la donación, así como el derecho de la madre gestante a revocar el consentimiento después del parto.

embargo, no implica un reconocimiento de la validez de los contratos de GS en cuanto tales y podría ayudar al reconocimiento de la filiación derivada de los contratos de GS respetuosos con los derechos de la madre gestante y el interés superior del menor. Por tanto, propiamente no sería una medida contraria al derecho estatal que prohíbe la GS, sino compatible, en la medida en que dicho derecho estatal se propone la garantía de los derechos humanos y la protección del interés superior del menor, pues son las razones en las que fundamenta su prohibición de la GS o la declaración de su nulidad.

Una segunda exigencia se refiere a la necesidad de que el consentimiento de la madre gestante sea prestado de manera voluntaria, libre e informada. La madre gestante debe recibir información médica y psicológica suficiente, sobre los riesgos de una GS y sus efectos secundarios, tanto físicos como psicológicos. Este requisito no plantea excesivas dificultades, pues podría establecerse la exigencia de un control judicial, cuya concurrencia sería examinada mediante un sistema de autoridades centrales, en los distintos Estados parte, a semejanza de lo que establece el Convenio de La Haya de 1993 para la Adopción Internacional.

Los dos ejemplos presentados muestran que es posible elaborar un protocolo sobre el reconocimiento de la filiación derivada de una GS que sea conforme con los derechos humanos y proteja el interés del menor, un instrumento ideado para el reconocimiento automático de la filiación del menor por aquellos Estados que lo ratifiquen, y cuyo proyecto previsiblemente verá la luz durante el año 2023, en el seno del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya<sup>22</sup>.

De esta manera, la adopción internacional serviría como un modelo a la hora de resolver los problemas asociados al reconocimiento de la filiación derivada de un contrato de GS celebrado válidamente en el extranjero, pues la doctrina construida por el TEDH y asumida por nuestro TS en su sentencia nº 277/2022, de 31 de marzo, solo puede valer como una solución provisional e inconsistente, en alguna medida, necesitada de un instrumento de derecho internacional privado que está siendo estudiado en el seno de la Conferencia de La Haya.

---

22 Sobre una propuesta de regulación favorable al reconocimiento de la gestación subrogada, véase Igareda 2018-I: 228 y 2018-II: 67-69, donde plantea la necesidad de admitir el consentimiento prestado por los comitentes como una forma de constitución de la filiación, una filiación determinada a partir de la intención, independiente del vínculo biológico. Para ello propone un modelo altruista y controlado por el Estado, para que los derechos de las partes, en especial de la madre gestante, sean respetados.

## Bibliografía

- ◆ Atienza, Manuel (2022). «Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca», en Dossier Gestación por sustitución, con ocasión de la nueva sentencia del TS español de 31 de marzo de 2022, coordinado por M. Casado y M. Navarro-Michel, *Revista de Bioética y Derecho, Perspectivas bioéticas*, nº 52, págs. 108-124.
- ◆ Borrillo, Daniel (2018). «Trouble dans la parenté. Accouchement sans maternité et maternités masculines», *La Revue des Juristes de Sciences Po*, nº 15, págs. 29-36.
- ◆ Casado, María y Navarro-Michel, Mónica (coords.) (2019). Documento sobre gestación por sustitución. Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona.
- ◆ Farnós Amorós, Esther (2022). «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza», en Dossier Gestación por sustitución, con ocasión de la nueva sentencia del TS español de 31 de marzo de 2022, coordinado por M. Casado y M. Navarro-Michel, *Revista de Bioética y Derecho, Perspectivas bioéticas*, nº 52, págs. 29-54.
- ◆ Fernández Codina, Gonzalo (2019). Gestación subrogada, Crítica a sus críticas. Sobre por qué es moralmente lícita y legalizable. Barcelona: Bosch.
- ◆ Fernández Rozas, José Carlos, Sánchez Lorenzo, Sixto (2001). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas.
- ◆ García Manrique, Ricardo (2021). *Se vende cuerpo. El debate sobre la venta de órganos*. Barcelona: Herder.
- ◆ Igareda González, Noelia (2018-I). «La gestación por sustitución: género, derecho y autonomía reproductiva», en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (Coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Pamplona: Aranzadi.
- ◆ \_\_\_\_\_ (2018-II). «La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, págs. 57-72.
- ◆ Lamm, Eleonora (2008). «Las restricciones de acceso a un aborto legal y seguro como violación de los derechos humanos de las mujeres», Dipòsit Digital de la UB, Càtedra Unesco de Bioètica de la UB, *Bioètica, Derecho y Sociedad, Documentos de trabajo*, consultado en [diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/11421](https://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/11421).
- ◆ \_\_\_\_\_ (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

- ◆ Martínez de Aguirre, Carlos (2019). «International surrogacy arrangements: A global Handmaid’s Tale?», en Mostowik, Piotr, *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, Warszawa: Prawo Prywatne.
- ◆ Navarro-Michel, Mónica (2022), «La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales», en *Dossier Gestación por sustitución, con ocasión de la nueva sentencia del TS español de 31 de marzo de 2022*, coordinado por M. Casado y M. Navarro-Michel, *Revista de Bioética y Derecho, Perspectivas bioéticas*, nº 52, págs. 5-29.
- ◆ Nuño, Laura (2020). *Maternidades S. A. El negocio de los vientres de alquiler*. Madrid: Los libros de la catarata.
- ◆ Pateman, Carole (2019). *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Ménades.
- ◆ Sales Pallarés, Lorena (2019). «La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, págs. 326-347.
- ◆ Sandel, Michael J. (2013). *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*. Barcelona: Penguin Random House.
- ◆ \_\_\_\_\_ (2016). *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?* Barcelona: Penguin Random House.
- ◆ Torres Quiroga (2019). Miguel Ángel, *Maternidad y gestación en venta. Fabricar bebés en la era neoliberal*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.
- ◆ Vilar González, Silvia (2018). *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*. Madrid: Wolters Kluwer España.
- ◆ Vivas Tesón, Inmaculada (2019). «El grupo de bioética de la conferencia de obispos de la Unión Europea: “el grupo”. Comentarios sobre el dictamen sobre la subrogación gestacional». en Lledó Yagüe Francisco et alii (Dir.), Gutiérrez Barrenengoa, Ainhoa (Coordinadora), *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, Madrid: Dykinson.

**Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2022**

**Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2022**

**Fecha de publicación: 14 de febrero de 2023**