

# El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea: el caso de la maternidad subrogada\*

*The concept of person as a key element of european identity: the case of gestational surrogacy*

Carmen María Lázaro Palau

Profesora colaboradora de la Universitat Internacional de Catalunya  
cmlazaro@uic.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-02-2019pp189-201>

---

**Sumario:** I. Introducción.—II. Identidad europea.—III. La concepción de persona y su dignidad.—IV. El TEDH ante la maternidad subrogada.—V. Consecuencias generales de la doctrina del TEDH.—VI. Conclusión.

---

**Resumen:** El concepto de persona es un elemento clave en la identidad europea. Sin embargo, este concepto está siendo controvertido a causa de las divergencias sobre cuestiones bioéticas, entre ellas la gestación subrogada, de regulación no uniforme y cuyo caso se analiza en particular en este trabajo. El problema surge cuando un Estado la prohíbe, pero sus nacionales acuden al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de Estrasburgo con la finalidad de que el Estado reconozca sus efectos. La contradicción en los fallos y argumentación del TEDH en los asuntos *Labassée* c. Francia, *Menesson* c. Francia y *Paradisso Campanelli* c. Italia exige profundizar de manera rigurosa en los límites y contenido de los derechos y en la compleja controversia en la que se hallan involucrados tanto el Derecho público como privado.

**Palabras clave:** Maternidad subrogada, derecho de identidad, derecho de privacidad, derechos humanos, Tribunal europeo de derechos humanos.

**Abstract:** *The concept of person is a key element of European identity. However, this concept is still controversial because of divergences on bioethical issues. This work analyses the case of gestational surrogacy. It has emerged in European states in different ways. The problem arises when a state prohibits this practice, but its nationals carry out this activity in a third country where gestational surrogacy is allowed. The contradictory decisions of the European Court of Human Rights of Strasbourg: *Menesson v. France*, *Labassée v. France**

---

\* Recibido el 2 de julio de 2018, aceptado el 10 de septiembre de 2018.

*and Paradiso Campanelli v. Italy demands a rigorous analysis of the limits and content of rights and of the complex controversy in which both Public and Private Law are involved.*

**Keywords:** *Gestational surrogacy, right to identity, right to privacy, human rights, European Court of Human Rights.*

## I. Introducción

El 17 de febrero de 2004, en su discurso de investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Opole, Juan Pablo II aludiendo a las raíces cristianas de Europa, señaló que «si las catedrales, las obras de arte, la música y la literatura, son el signo de éstas, hablan en cierto modo, en silencio. Las universidades, por el contrario, pueden hablar en voz alta»<sup>1</sup>. Recogiendo el testigo de estas palabras y aprovechando el atrio universitario que ofreció el Congreso celebrado en la Universidad Internacional de Catalunya bajo el lema «Identidad europea: raíces y alcance» se podría plantear, en «en voz alta», o lo que es lo mismo sin complejos, si Europa es o no portadora de una determinada concepción de la persona, que debiera ser respetada por formar parte de sus raíces y configurar, por tanto, su identidad.

No obstante, como hablar del concepto de persona en general, podría ser demasiado abstracto y ambicioso, he creído oportuno ilustrar el tema con el análisis de un supuesto específico, me refiero al tema de la maternidad subrogada en los fallos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), máxima jurisdicción en materia de derechos humanos para los Estados europeos integrantes del Consejo de Europa (todos menos Bielorrusia, Kazajistán y Ciudad del Vaticano) quedando comprometidos éstos a acatar y ejecutar sus resoluciones. El objetivo, pues, del presente trabajo es dilucidar si los fallos del Tribunal de Estrasburgo en materia de maternidad subrogada tienen repercusión tanto en la concepción de la persona y su identidad, como en la concepción de Europa y su identidad ya que la identidad de Europa está ligada de modo indisoluble a la de sus ciudadanos.

Para ello, he estimado conveniente dividir el trabajo en dos partes: la primera, abarca los dos primeros epígrafes y traza el marco sobre el que se

---

<sup>1</sup> [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/2004/february/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_20040217\\_opole-poland.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/2004/february/documents/hf_jp-ii_spe_20040217_opole-poland.html) (acceso el 30 de mayo de 2018).

ha edificado la identidad europea para examinar, dentro de los elementos que la conforman, la concepción de persona. La segunda, formada por los epígrafes tercero y cuarto, analiza las sentencias más significativas dictadas por el TEDH condenando a Francia, así como sus consecuencias.

## II. Identidad europea

Europa puede ser definida como un continente delimitado por fronteras bien dibujadas al Norte, Sur y Oeste, pero imprecisas al Este y Sudeste. Sin embargo, el elemento geográfico común, por otra parte, al resto de continentes, no es su único factor distintivo. De ahí que se haya añadido que «se trata más bien de un concepto cultural e histórico<sup>2</sup> que «no puede representarse como una cultura producida en un espacio geográfico determinado (...) sino como un espíritu que ha creado su propio espacio geográfico, y que continúa creándolo<sup>3</sup>. Ciertamente, la historia de Europa, a diferencia de Asia, es la historia de una civilización que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es “el conjunto de costumbres, saberes y artes propio de una sociedad humana” o también “estadio de progreso material, social, cultural y político propio de las sociedades más avanzadas”. Por tanto, hablar de civilización es hablar de historia, pero también de memoria ya que, al no haber generación espontánea, nadie puede borrar su pasado sin arriesgarse a perder su identidad. Toda historia está tejida de acontecimientos y si nos atenemos a éstos, Europa es el resultado de tres elementos: el judeo-cristiano, el griego y el romano, que han sabido ser integrados por la Iglesia católica, la síntesis viva de Jerusalén, Atenas y Roma. En este sentido, las raíces culturales de Europa se califican sintéticamente como “cristianas” y no como judías, griegas, romanas, o germánicas<sup>4</sup>.

En la Unión Europea, sin embargo, el Tratado de Lisboa ha sustituido esa herencia cristiana por «religiosa» al proclamar que se inspira en «la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa». Tal vez, por eso, por la vergüenza a reconocer sus orígenes Europa se halla un tanto confusa y perdida como ya lo profetizara el Mariscal Jean de Lattre de Tassigny a principios del s. XX «A Grecia debemos sobre todo nuestra lógica, a Roma nuestros principios jurídicos y de gobierno, pero al Evangelio debemos

---

<sup>2</sup> Marcello Pera y Joseph Ratzinger, *Sin raíces: Europa, relativismo, cristianismo, islam*, trad. por Pablo Largo y Bernardo Moreno Carrillo (Barcelona, Península 2015), 55.

<sup>3</sup> Francesco d'Agostino, «Raíces y futuro de la identidad europea», *Persona y Derecho* 49 (2003): 33-41.

<sup>4</sup> *Ídem.*

nuestra idea del hombre. Si renegamos del Evangelio, estamos perdidos»<sup>5</sup>. Ciertamente, el cristianismo ha formado parte de los cimientos de la cultura europea, fue su primer elemento «federal» porque la unificación europea, antes que política o económica, fue una unificación religiosa. Baste recordar, a modo de ejemplo, que el primero en haber utilizado el concepto de Europa, en el sentido de civilización, fue un monje irlandés, San Colombino quién, en el año 595, en una carta enviada al Papa San Gregorio el Grande, se dirige a éste como «cabeza de las Iglesias de toda Europa», continente que la fe, las artes y las ciencias fueron configurando en los siglos siguientes<sup>6</sup>.

### III. La concepción de persona y su dignidad

El concepto de persona se ha ido tejiendo a través de toda la herencia recibida por Europa: el logos, el ius y la fide. El teatro griego fue el primero que utilizó el término persona para significar la máscara tras la cual se escondía el actor. El Derecho romano lo utiliza en sentido análogo aplicándola al Derecho: persona es quien juega un rol activo en la vida jurídica. La teología cristiana dota al término de dimensión filosófica destacando la aportación de Boecio quién la define como «sustancia individual de naturaleza racional». El respeto a la persona y a sus derechos adquieren con el cristianismo su máximo exponente porque la persona es creada por Dios a su imagen y semejanza; el Dios trinitario encarna, además, una única naturaleza unida a tres personas. Más reciente es la noción de dignidad esencial a la persona. En Europa la noción de persona ha ido indisolublemente unida al hombre, hasta el punto de afirmar algunos que «eurocentrismo es antropocentrismo»<sup>7</sup>.

El Tratado de Lisboa acepta este legado y proclama que «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana» (art. 1 bis) y que los derechos de la persona con «inviolables e inalienables». Por esta razón, «la dignidad humana y los derechos humanos son valores que preceden a cualquier jurisdicción (...) y el no ser modificables por nadie es la auténtica garantía de nuestra libertad y de la grandeza humana»<sup>8</sup>. Es de observar que el Tratado, al igual que otros textos, utiliza el término dignidad humana en sin-

---

<sup>5</sup> Recogido por Joël-Benoît d'Onorio (ed.), «Le psychodrame juridico-religieux de la nouvelle Europe» en *L'héritage religieux du Droit en Europe*, (Téqui éditeur, 2004), 27-48.

<sup>6</sup> Michel Rouche, *Les racines de l'Europe: Les sociétés du haut Moyen Âge (568-888)*, (Fayard, 2003).

<sup>7</sup> D'Agostino, «Raíces y futuro...», 41.

<sup>8</sup> Ratzinger, *Sin raíces...*, 74.

gular para subrayar que es propio del hombre en cuanto tal. Por el hecho de ser persona, todo ser humano puede legítimamente pretender que se respete su dignidad, de carácter inviolable e indisponible. Esta dignidad intrínseca no desaparece por el hecho de que la persona no la merezca o porque los demás la desconozcan. A la persona siempre le quedará la dignidad aun cuando ha perdido toda razón para ser tratada con dignidad<sup>9</sup>. Sin embargo, en la práctica la interpretación de estos textos y de los valores que encierran no es impermeable al debate sobre las raíces cristianas pues como bien indica Ratzinger «hay un punto sobre el que existe una diferencia importante y que es a menudo fuente de controversias entre laicos y creyentes. Tiene que ver con la jerarquía entre los valores (...) para los creyentes, los valores son fines en sí de un conjunto ordenable (...) para los laicos los fines-instrumentos están siempre sometidos a una valoración de tipo jerárquico, incluida la vida, la cual es también un fin-instrumento para realizar otros fines y vale (es un valor) precisamente en cuanto que sirve para estos fines. Esta diferencia en cuanto a la ordenabilidad tiene aplicación sobre todo en las divergencias sobre las cuestiones bioéticas». A modo de ejemplo, se trataría de todas las cuestiones espinosas que rodean la vida desde su inicio hasta su final: eutanasia, aborto, fecundación artificial, clonación...etc., en las que «los laicos deberían guardarse —y a menudo no se guardan lo bastante, dada la comodidad y disponibilidad de la tecnología— de transformar rápidamente sus caprichos en deseos y sus deseos en derechos»<sup>10</sup>. Por desgracia, en la actualidad el tema afecta tanto a unos como a otros siendo un exponente reciente la mal llamada maternidad subrogada.

El concepto de persona como sujeto de derechos es un paradigma que forma parte de nuestra cultura occidental y que, hasta hace poco, no había sido cuestionado. Sin embargo, la maternidad subrogada, gestación por sustitución, vientres de alquiler o quizás nuevo tráfico de niños por encargo del siglo XXI, antes que figura jurídica ha empezado siendo una práctica por medio de la cual terceros encargan a una mujer, con o sin precio, la gestación y parto de un bebé. En consecuencia, éste último pasa a ser objeto y no sujeto de tráfico jurídico quedando afectada además de la persona su filiación que, junto con el matrimonio, son los dos pilares en los que se asienta la familia. Podríamos añadir que, no sólo el niño es considerado como objeto sino también la madre que por esa técnica pasa a ser sólo «la mujer que gesta», desprovista de toda dignidad de madre, sólo interesa en su «función» de gestante sometida a cláusulas que recuerdan la esclavitud de antaño.

<sup>9</sup> Alain Sériaux, «La dignité humaine, principe universel du droit?», *Acta Philosophica* 6, no 2 (1996): 289-301.

<sup>10</sup> Ratzinger, *Sin raíces...*, 99.

La maternidad subrogada está penetrando o poco a poco en los países europeos. Se ha admitido de forma altruista en Reino Unido, Países Bajos o Portugal; y de forma remunerada en Ucrania, Rusia, Georgia o Grecia<sup>11</sup> a pesar de que el Parlamento europeo en su informe anual de 2015 sobre derechos humanos (§115) condenó esta práctica por ser contraria a la dignidad de la mujer y el Consejo de Europa, en octubre de 2016 rechazó la propuesta que pretendía abrir la puerta a la reglamentación de la maternidad subrogada en todos los países europeos. A ello se suman los principios adoptados por el Comité *ad hoc* de expertos sobre los progresos de las ciencias biomédicas del consejo de Europa (CAHBI) —aludido en los asuntos *Menesson* y *Labassée*<sup>12</sup>— quien en 1989 publicó en su principio n.º 15 que *1. Ningún médico o establecimiento debe utilizar las técnicas de procreación artificial para la concepción de un niño que será gestado por una madre de sustitución. 2. Ningún contrato o acuerdo puede ser invocado en Derecho entre una madre de sustitución y una persona o la pareja comanditarios. 3. Toda actividad intermediaria entre las personas concernientes por una gestación de sustitución debe ser prohibida, así como su publicidad. 4. Sin embargo, los Estados pueden, en casos excepcionales recogidos en su Derecho nacional prever, sin exceptuar el segundo párrafo del presente principio, que un médico o establecimiento puedan proceder a la fecundación de una madre de sustitución utilizando las técnicas de procreación artificial a condición: a. que la madre de sustitución no saque ninguna ventaja material de la operación y b. que la madre de sustitución pueda quedarse con el niño en el momento de su nacimiento*<sup>13</sup>.

#### IV. El TEDH ante la maternidad subrogada

El TEDH no ha sido ajeno a la controversia por tener que pronunciarse sobre el tema al existir casos transfronterizos en los que, ciudadanos europeos cuya legislación prohíbe la práctica han acudido a Estados que la admitían para, con posterioridad, pretender inscribir a los menores fruto de

<sup>11</sup> Está prohibida expresamente por la legislación en España (aunque existe ya una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución de 8 de septiembre de 2017 presentado por el Grupo Ciudadanos), Francia, Alemania, Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía. Hay también países en que no se regula de modo específico, pero está prohibida por sus disposiciones generales, como Andorra, Bosnia, Irlanda, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Martín; y por último, otros Estados guardan silencio al respecto, pero en la práctica está tácitamente tolerada, tal es el caso de Polonia, República Checa, Bélgica o Luxemburgo.

<sup>12</sup> Asunto 65941/11, *Labassée versus* Francia, STEDH de 26 de junio de 2014, § 34.

<sup>13</sup> Asunto 65941/11, *Labassée versus* Francia, STEDH de 26 de junio de 2014, §30.

esta técnica como nacionales de sus Estados respectivos. Los ciudadanos europeos afectados han interpuesto demandas contra sus propios Estados por violación del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). En sus resoluciones, el Alto Tribunal ha examinado en qué medida esta materia es susceptible de afectar a la identidad, filiación y nacionalidad del menor, aspectos éstos comprendidos en el ámbito de su vida privada<sup>14</sup>.

En el fallo *Paradiso c. Italia* de 24 de enero de 2017, el TEDH estableció que la gestación por sustitución no puede ser reconocida como un derecho<sup>15</sup>. Sin embargo, tras reconocer el TEDH que es una materia sobre la que los Estados gozan de una amplia capacidad de decisión<sup>16</sup> y *no es tarea del Tribunal sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la política más apropiada para regular la maternidad subrogada*<sup>17</sup>; acto seguido, en su particular interpretación del art. 8.1 CEDH, el cual indica que *toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, a su domicilio y a su correspondencia*, añade el Tribunal de Estrasburgo que *el derecho a la identidad forma parte de la vida privada*<sup>18</sup>. Por tanto, si el derecho a la identidad forma parte de la vida privada, parece conveniente profundizar en la interpretación que el TEDH hace de la vida privada, para saber cómo afecta y qué consecuencias tiene sobre la identidad de las personas en la maternidad subrogada. Para ello, tomaremos como modelo el caso de Francia que fue demandada ante el TEDH por su rechazo a inscribir la filiación de los niños nacidos por ges-

<sup>14</sup> Las sentencias más significativas del TEDH que abordan el tema directamente son: los asuntos *Mennesson c. Francia* (demanda 65192/11) y *Labassée c. Francia* (demanda 65941/11), ambos idénticos en el razonamiento y fallo con sentencias de 26 de junio de 2014. No obstante, también hay que mencionar los asuntos *Foulon c. Francia* (demanda 9063/14) y *Bouvet c. Francia* (demanda 10410/14), también ambos con sentencias de la misma fecha, 21 de julio de 2016 de idéntico resultado al de sus precedentes y el asunto *Paradiso c. Italia* (demanda 25358/12) con sentencia de 24 de enero de 2017 de diferente fallo al no ser probada la paternidad biológica. En otras, el TEDH no aborda directamente el tema, pero su pronunciamiento es interesante por tener repercusiones indirectas en la materia. Así, en casos de fecundación in vitro: asuntos *Dickinson c. Reino Unido* (demanda 35394/1997) de 12 de mayo 2000 y *Jaggi c. Suiza* (demanda 58757/00) de octubre 2006; o de adopción: asunto *Godelli c. Italia* (demanda 33783/09) de 18 de marzo 2013. Otras veces el Tribunal ha establecido que la vida privada integra en ocasiones aspectos de identidad de la persona, no sólo física sino también social en *Mikulic c. Croacia*, (demanda 53176/99) de 7 de diciembre de 2000.

<sup>15</sup> Asunto 25358/12, *Paradiso versus Italia*, STEDH de 27 de enero de 2015, § 73. Consultar al respecto, Natalia Ochoa Ruíz, «Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, de 24 de enero de 2017, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*», *Aranzadi Doctrinal* 9 (2017): 2-22.

<sup>16</sup> Asunto 25358/12, *Paradiso versus Italia*, STEDH de 27 de enero de 2015 § 182, 194.

<sup>17</sup> Asunto 25358/12, *Paradiso versus Italia*, STEDH de 27 de enero de 2015 § 180.

<sup>18</sup> Asunto 65941/11, *Labassée versus Francia*, STEDH de 26 de junio de 2014, § 38.

tación subrogada, al violar según los demandantes el derecho a la vida privada y familiar. El TEDH no reconoció la violación del respeto al derecho a la vida familiar alegada por los matrimonios recurrentes, pero sí admitió la violación del artículo 8 de la CEDH por no respetar su derecho a la vida privada. En la fundamentación de las sentencias de los asuntos *Menesson* y *Labassée* el TEDH estableció que *el respeto a la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, lo que incluye también su filiación*<sup>19</sup>. El supuesto de hecho, originado por una maternidad subrogada y juzgado por el TEDH era en ambos casos similar, así como el razonamiento y fallo de una misma fecha, 26 de junio de 2014. Los matrimonios *Menesson* y *Labassée* eran matrimonios heterólogos con problemas de infertilidad que acudieron a la maternidad subrogada en California y Minnesota respectivamente, donde esa técnica era legal al estar prohibida en Francia. Los maridos aportaron los espermatozoides, que fecundaron un óvulo de donante, y los embriones resultantes fueron implantados en los úteros de madres gestantes. Los Tribunales de los Estados de California (asunto *Menesson*) y de Minnesota (asunto *Labassée*) confirmaron a los maridos como padres biológicos y a sus mujeres como madres legales de intención. El consulado francés, así como con posterioridad, el *Tribunal de casación* rechazaron las inscripciones de filiación. No obstante, el TEDH dictó sentencia favorable a los demandantes, los niños *Menesson* y *Labassée* el 26 de junio de 2014.

El TEDH estableció en su fallo que *el respeto a la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, lo que incluye también su filiación*<sup>20</sup>. Esta declaración del TEDH es un tanto confusa al emplear, en la traducción francesa la palabra *détails*, que evoca aspectos no esenciales de identidad, pero a continuación incluye como tal la filiación la que, por el contrario, no constituye un aspecto accesorio sino sustancial de identidad<sup>21</sup>. En su argumentación el TEDH extiende la concepción de vida privada a la filiación al manifestar que *hay una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación*.<sup>22</sup> El TEDH subraya de forma repetida que *es necesario en todo caso tener en cuenta la circunstancia de que un aspecto esencial de la identidad del individuo se halla en juego cuando se toca la filiación*<sup>23</sup>. Resulta desconcertante que se conciba

<sup>19</sup> Asunto 65941/11, *Labassée versus* Francia, STEDH de 26 de junio de 2014, § 75.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> En la web del TEDH se recoge la sentencia en lengua francesa (lengua oficial) y en islandés, alemán y turco (lenguas de traducción no oficial).

<sup>22</sup> Asunto 65941/11, *Labassée versus* Francia, STEDH de 26 de junio de 2014, § 39.

<sup>23</sup> Asunto 65941/11, *Labassée versus* Francia, STEDH de 26 de junio de 2014, § 59.

la filiación como un derecho de carácter individual. Observa atinadamente al respecto, la profesora de la Universidad de la Sorbona, Fabra-Magnan que «la filiación no es un derecho individual del niño sino un vínculo entre el niño y sus padres por lo que no se le puede reconocer al primero sin reconocérselo a los segundos»<sup>24</sup>. La filiación afecta a la vida privada del individuo y está regulada por el Derecho privado, pero no es un derecho privado e individual sino un vínculo jurídico entre padres e hijos. Este aspecto objetivo que genera derechos y obligaciones entre ambos es necesario que sea protegido por el Estado, lo que le confiere una dimensión pública y determina que el poder de disposición de los sujetos sea limitado en cuanto a plazos, circunstancias y personas que pueden ejercitar la acción de reclamación o impugnación de la filiación.

Al respecto, no hay que olvidar la existencia de un margen de apreciación por el Estado por cuestiones de orden público que queda plasmado en el art. 8.2 CEDH, siendo esgrimido este factor por el *Tribunal de casación* en aplicación de la legislación francesa<sup>25</sup>. Sin embargo, el TEDH consideró que al ser los señores *Labassée* y *Menesson* biológicamente los padres de los niños, había que tener en cuenta la importancia del factor biológico en la configuración de la identidad personal<sup>26</sup> y que Francia no había respetado su vida privada al impedir el establecimiento de una relación legal de filiación entre los niños y su padre biológico respectivo. Por esa razón, el Tribunal advertía que *conviene pues atenuar el margen de apreciación de que dispone el Estado*<sup>27</sup> y rechazaba la argumentación de Francia porque consideraba que su negativa se debía a *la voluntad de desanimar a sus nacionales a recurrir fuera de su territorio a un método de procreación que prohíbe en su Estado con la finalidad, según su percepción de la problemática, de salvaguardar a los niños y a la madre gestante*<sup>28</sup>. Sorprende que el reproche se fundamente en la voluntad del Estado de no fomentar el fraude de ley ¿Acaso el TEDH desearía que los Estados no protegieran la legalidad? El TEDH con esta declaración parece ir no sólo en contra de sus propios actos sino de los principios más elementales de Derecho nacional e internacional. Con relación a este supuesto, observa Simón Yarza la «volubilidad del Tribunal de Estrasburgo

<sup>24</sup> Muriel Fabre-Magnan, «L'impossibilité d'une gestation pour autrui «éthique» en *La famille en mutation, Archives de philosophie du droit, Tomo 57*, ed. por René Sève (Paris: Dalloz, 2014), 465-484.

<sup>25</sup> Asunto 65941/11, *Labassée versus* Francia, STEDH de 26 de junio de 2014, § 48.

<sup>26</sup> Asunto 65192/11, *Menesson versus* Francia, STEDH de 26 de junio de 2014, §§ 99, 100 y 101.

<sup>27</sup> Asunto 65941/11, *Labassée versus* Francia, STEDH de 26 de junio de 2014, § 59.

<sup>28</sup> Asunto 65941/11, *Labassée versus* Francia, STEDH de 26 de junio de 2014, § 54.

en la aplicación de cánones hermenéuticos de eficacia contradictoria». Existen una serie de principios interpretativos —principalmente, aunque no sólo, el principio de *interpretación dinámica o evolutiva* y el principio del *margen de apreciación nacional*— que operan en direcciones inversas, y que el Tribunal aplica alternativamente, sin un criterio claro de selección y así como el margen de apreciación contribuye a reforzar la soberanía de los Estados en cuestiones complejas, el principio de interpretación evolutiva o el respeto efectivo de los derechos tiende a restringir sus facultades»<sup>29</sup>.

## V. Consecuencias generales de la doctrina del TEDH

En primer lugar, el TEDH, como ya hemos indicado, emplea un concepto excesivamente amplio de privacidad capaz de abarcar, en principio, cualquier conducta relacionada con la identidad cuando, en rigor, la privacidad debiera entenderse como aquel ámbito de la persona en el que se desarrollan determinados comportamientos excluidos de la proyección pública<sup>30</sup>, extendiéndose esta confusión a la misma jurisprudencia<sup>31</sup>. Simón Yarza apunta que «la elasticidad del concepto de privacidad empleado por el Tribunal podría reputarse inocua si, en el tránsito que media entre la definición de las posiciones jurídicas *prima facie* y las posiciones definitivas, la afirmación inicial de un derecho humano no generase una fuerte presunción a favor de la conducta protegida (...) El resultado de este modo de proceder es una estructura de razonamiento excesivamente individualista, en el que las «razones del individuo» cuyos derechos se tutelan *prima facie* aparecen sobredimensionadas en relación con las «razones del bien común», las cuales se hallan envueltas en el halo de sospecha propio de la «injerencia», y deben estar «previstas por la ley» y sujetarse a un estricto control de necesidad»<sup>32</sup>.

Sin embargo, la consecuencia más importante a mi parecer, es que el TEDH, parece distinguir en la práctica entre la maternidad subrogada rea-

<sup>29</sup> Fernando Simón Yarza, «Gestación subrogada o vientres de alquiler: Reflexiones a la luz del Derecho Comparado y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Constitucional* 25 (2017): 1-24.

<sup>30</sup> Sobre la amplitud del concepto en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, *vid.* Ángel J. Gómez Montoro, «Vida privada y autonomía personal o una interpretación *passerpartout* del artículo 8 CEDH», en *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, coord. por Francisco Rubio Llorente et al. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016): 617-650.

<sup>31</sup> Robert P. George, *Making Men Moral* (Oxford: Oxford University Press, 1993): 210.

<sup>32</sup> Yarza, «Gestación subrogada...», 21.

lizada en Francia y la practicada en el extranjero. El TEDH, por un lado, no niega a Francia su derecho a prohibir la maternidad subrogada, pero por otro, en sus sentencias de 26 de junio de 2014, asuntos 65192/11 y 65941/11, le insta a legalizar sus consecuencias y a reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los comanditarios. Se aprecia una incoherencia en la postura del TEDH, o al menos, una cierta contradicción ya que respeta la prohibición nacional de acudir a la práctica de la maternidad con la excepción de que se haga en el extranjero. El recurrir a una ley extranjera para eludir la nacional ¿No es acaso un fraude de ley? Si Francia tiene derecho a prohibir la gestación subrogada pero no a regular sus consecuencias ¿De qué le sirve prohibirla si va a estar obligada a reconocerla cuando se practique en el extranjero? ¿Se trata simplemente de una prohibición de lugar? ¿Sólo va a tener efecto esta prohibición en su territorio, pero no cuando sus nacionales acudan al extranjero y por la fuerza de los hechos consumados insten al Estado a reconocerla cuando pisen suelo francés? ¿No habrá entonces discriminación de los nacidos por medio de esta técnica según se practique en Francia o en el extranjero? Y si también llega a reconocerse, por el principio de no discriminación, la filiación de los nacidos por esta práctica en el propio Estado volvemos al mismo punto de partida ¿De qué le sirve a éste mantener una prohibición en su territorio si no puede obligarla a cumplirla y no tiene consecuencias?

Finalmente, no podemos dejar de constatar una cierta contradicción en el fallo del TEDH al esgrimir el vínculo biológico como fundamento del mismo porque en los asuntos *Menesson* y *Labassée* era el marido quien aportaba el espermatozoide<sup>33</sup>, por lo que *la realidad biológica del vínculo está ya establecida*<sup>34</sup>. Sin embargo, no utiliza a continuación los mismos argumentos ni alega el vínculo biológico de la madre gestante para invocar la filiación materna, estimándola ésta a favor de las señoras *Labassée* y *Menesson* como «madres de intención». Sorprende, pues, que las argumentaciones que el TEDH esgrime con tanta rotundidad en favor del padre biológico no las aplique a la madre gestante cuya relación con el niño, sea o no genética, es siempre biológica y acorde con la determinación tradicional reconocida por la legislación de que madre es la determinada por el parto. Parece ser que en la maternidad subrogada el argumento biológico es, pues, un arma de doble filo, según se refiera a la maternidad biológica o a la paternidad biológica, utilizada a conveniencia del tribunal.

<sup>33</sup> Asunto 65941/11, *Labassée versus* Francia, STEDH de 26 de junio de 2014, § 79.

<sup>34</sup> *Idem*.

## VI. Conclusión

La noción de persona indisolublemente unida a la condición de hombre y dotada de una dignidad y derechos ha ido, entre otros elementos, configurando la civilización europea. En la actualidad, sin embargo, parece que se está construyendo otra Europa a la inicialmente conocida. Hay que admitir que el paso del tiempo imprime una evolución en las personas y en las sociedades, pero hay que cuestionar con qué objetivos y si existen límites. Los Estados europeos, a través de determinados acontecimientos históricos, se han acercado política y económicamente. Europa ha ido, pues, tomando cuerpo la paradoja es que, en determinados aspectos, ha ido también perdiendo su alma. En este sentido el concepto de persona ha empezado, en cierto modo, a agrietarse. Ya no es un concepto estable sino maleable. Ejemplo ilustrativo, entre otros, es la regularización por algunos Estados europeos de la maternidad subrogada influidos, entre otros factores, por avances bio-médicos e intereses económicos a la vez que impregnados de una filosofía relativista. Algunas instituciones, como el TEDH no han sido impermeables a esta influencia. El TEDH, en sus fallos, no reconoce la maternidad subrogada como un derecho ni la impone *ex lege*, pero a través de su particular interpretación del art. 8 CEDH, quizás la impone *de facto* al obligar a los Estados demandados a inscribir a los nacidos bajo esta técnica, en absoluto inocua. El Tribunal de Estrasburgo se limita a aspectos formales sin tener en cuenta la ilicitud del acto ni los problemas que subyacen: tráfico de menores, mercantilización del cuerpo de la mujer, deseos de paternidad satisfechos a cualquier precio, interés del menor sometido al del adulto, biomedicina sin ética etc. ¿Se está acaso deshumanizando el concepto de persona? ¿Saldrá indemne con ello la identidad europea? No hay que olvidar el principio de que un cambio de identidad en alguna de las partes, cambia la identidad del todo.

## Sobre la autora

**Carmen María Lázaro Palau** es licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona y Doctora en Derecho Europeo por la UNED. Ejerció como juez y abogado antes de dedicarse a la docencia. Miembro de la Asociación Internacional de Juristas Henri Capitant e IDADFE. Fue subdirectora del Instituto de Investigación en Estudios de la Familia de la *Universitat Internacional de Catalunya*; profesora adjunta del máster de Derecho Procesal de la *Université de Perpignan*; consultora de Derecho civil de la *Universitat Oberta de Catalunya* y tutora de la UNED. En la actualidad, es profesora de Derecho en la *Universitat Internacional de Catalunya*. Sus úl-

timas publicaciones: *Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, C. Brunetti-Pons (dir) (Paris: LexisNexis, 2018); «El seguro de divorcio por impago de pensión alimenticia» en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, C. Lasarte, M.D. Cervilla (dir) (Valencia: Tirant lo blanc, 2017) 563-571; «Reflexiones sobre la posible adaptación del *quotien* familiar francés a la tributación española», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales* (2017) 55-88.

### About the author

**Carmen María Lázaro Palau** holds a bachelor Degree in law from the University of Barcelona and a PhD in European law by the UNED. She worked as a judge and afterwards became a lawyer. She is a member of the International Association of Jurists *Henri Capitant* and IDADFE. She was a Deputy Director of the Family Studies Research Institute at the *Universitat Internacional de Catalunya*; assistant lecturer of the master of Procedure law of the *Université de Perpignan*; consultant of Civil law of the *Universitat Oberta de Catalunya* and assistant lecturer of the UNED. Currently, she serves as a lecturer of law at the *Universitat Internacional de Catalunya*. Her latest publications: *Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, C. Brunetti-Pons (dir) (Paris: LexisNexis, 2018); «El seguro de divorcio por impago de pensión alimenticia» en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, C. Lasarte, M.D. Cervilla (dir) (Valencia: Tirant lo blanc, 2017) 563-571; «Reflexiones sobre la posible adaptación del *quotien* familiar francés a la tributación española», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales* (2017) 55-88.

## **Derechos de autor**

Los derechos de autor (para la distribución, comunicación pública, reproducción e inclusión en bases de datos de indexación y repositorios institucionales) de esta publicación (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número de *Cuadernos Europeos de Deusto* es gratuito inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán leerse, descargarse, copiar y difundir en cualquier medio sin fines comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o el autor. Así mismo, los trabajos editados en CED pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en CED, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

## **Copyright**

Copyright (for distribution, public communication, reproduction and inclusion in indexation databases and institutional repositories) of this publication (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) belongs to the publisher University of Deusto. Access to the digital content of any Issue of *Cuadernos Europeos de Deusto* is free upon its publication. The content can be read, downloaded, copied, and distributed freely in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author. Thus, the content of CED can be subsequently published in other media or journals, as long as the author clearly indicates in the first footnote that the work was published in CED for the first time, indicating the Issue number, year, pages, and DOI (if applicable). Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.