

Gestación por sustitución: un nuevo reto para el legislador español

Idoia Otaegui Aizpurua

Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
(UPV/EHU)

idoia.otaegui@ehu.eus

Surrogacy: A New Challenge for Spanish Legislator

ISSN 1989-7022

RESUMEN: La gestación por sustitución es una nueva forma de maternidad cada vez más frecuente y más controvertida. La postura de los Estados ante dicha maternidad difiere mucho de unos a otros. Por dicha razón, cada vez son también más numerosos los casos de gestaciones por sustitución internacionales, con las dificultades añadidas que eso supone. Uno de los grandes problemas a los que tienen que hacer frente los nacionales españoles que recurren a dicha técnica en el extranjero, dado que en España están prohibidos dichos contratos, es el reconocimiento e inscripción en el Registro Civil de la filiación establecida en el extranjero entre los menores nacidos de dicha técnica y los padres comitentes.

ABSTRACT: Surrogacy is a new form of motherhood more and more frequent, and more controversial. The position of the States before this motherhood differs from one another. That is why international surrogacy cases increase, with many added difficulties. One of the most important problem to deal with for Spanish people that have recourse to this surrogacy abroad is, the recognition and the registration on Spanish civil Registration of the filiation established abroad between children and contracting parents.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución internacional, menores, nacionalidad, filiación, reconocimiento estatus jurídico, inscripción

KEYWORDS: International surrogacy, children, nationality, filiation, recognition of legal status, registration

1. Introducción

La maternidad conocida como “gestación por sustitución”, “vientre de alquiler” o “maternidad subrogada”¹, es una forma de maternidad cada vez más frecuente, que tiene numerosas connotaciones éticas, médicas, biológicas, psicológicas, jurídicas, etc. pero nuestro objeto de atención serán, fundamentalmente, las jurídicas. La gestación por sustitución suele contener - además- el elemento internacional, porque su práctica sólo es posible en algunos Estados y es muy frecuente que nacionales de otros Estados en los que está prohibida, recurran a ella. Por ejemplo, son muy numerosas las gestaciones contratadas por nacionales extranjeros en algunos Estados de los Estados Unidos de América, como California o Minnesota, así como en la India, en Ucrania, Rusia, en Tailandia (hasta el año 2015²) o en Vietnam³. Se calcula que, desde principios de la década de 1970, más de 25.000 mujeres han actuado como madres de alquiler en Estados Unidos⁴. Pero, últimamente, esta práctica también se está cuestionando mucho y como ejemplo de ello, se ha realizado una campaña internacional en contra de tal práctica denominada *Stop Subrogation Now*, a la que se han adherido un grupo de académicas, filósofas y juristas feministas a través del manifiesto “#nosomosvasijas”⁵. Por el contrario, en el Estado español, existen dos asociaciones que propugnan la aprobación legal de dicha práctica en España⁶. Estamos ante uno de los asuntos de Derecho Internacional Privado de familia y de protección de menores más complicados de resolver satisfactoriamente a nivel jurídico, y ello porque las múltiples connotaciones bioéticas, morales, sociales, médicas,



jurídicas e incluso religiosas que conlleva, son muchas y muy delicadas. Dado que algunos de los efectos que produce dicha forma de gestación exceden de nuestro ámbito de estudio internacional *iusprivatista*, nuestra intención es centrarnos únicamente en algunas consecuencias jurídicas de la misma. Más concretamente, analizaremos los efectos de las gestaciones por sustitución llevadas a cabo en el extranjero sobre la determinación de la filiación de los menores y del estatus jurídico de estos últimos en España; asimismo, estudiaremos las consecuencias que produce la falta de reconocimiento por parte de las autoridades españolas -en territorio español- de las filiaciones establecidas en los diversos ordenamientos extranjeros⁷.

2. Trabajos en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Según el Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado⁸ (en adelante, "el Consejo"), la complejidad de las cuestiones de Derecho internacional privado y las relativas a la protección de los menores, derivadas todas ellas del creciente número de contratos internacionales de gestación por sustitución, es evidente. Por dicha razón, el Consejo decidió -en 2010- que la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya continuara haciendo un seguimiento de las cuestiones de Derecho internacional privado que planteen dichos contratos internacionales de maternidad subrogada y que presentara una breve nota preliminar para el Consejo de 2011, relativa a las cuestiones de Derecho internacional privado en relación con el estatus jurídico de los menores (excluyendo aquellas de las adopciones internacionales) y, en especial, las relativas al reconocimiento (transfronterizo) de la filiación.

En el mismo sentido, la Comisión especial para el seguimiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional⁹, también recomendó a la Conferencia de La Haya que analizara más detalladamente las cuestiones jurídicas que rodean a la gestación por sustitución internacional, especialmente aquéllas relativas a Derecho internacional privado. Como consecuencia de estas recomendaciones, la Oficina Permanente elaboró un documento¹⁰, poniendo de manifiesto las principales cuestiones de Derecho internacional privado suscitadas por dichos acuerdos de gestación por sustitución. En 2011, los Estados miembros de la Conferencia solicitaron a la Oficina Permanente que intensificara su trabajo en este ámbito, dado el amplio número de cuestiones que dicha técnica de reproducción plantea y que presentara un Informe preliminar que pusiera de manifiesto los avances realizados. Fruto de las solicitudes realizadas a la Oficina Permanente son, el documento presentado en 2012¹¹ « *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international* », y el "Estudio sobre la filiación jurídica y las cuestiones derivadas de los convenios de gestación por sustitución internacionales"¹². El amplio proceso de consulta realizado por la Oficina Permanente entre los principales actores de este tipo de maternidad en el mundo entero, permitió a la Conferencia de La Haya obtener valiosa información para elaborar tanto el Informe denominado " *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution* »¹³, como el Informe " *Le Projet Filiation/Maternité de substitution: note de mise à jour* " ¹⁴. En ambos documentos, la Conferencia puso de manifiesto la recomendación efectuada por los Estados miembros al Consejo para que éste constituyera un Grupo de Expertos que explorara la viabilidad de un instrumento multilateral en esta materia y, el Consejo, así lo decidió en 2015. El Grupo de Expertos debía ser geográficamente

representativo y debía constituirse consultando a los Estados miembros. El Grupo de Expertos comenzó a reunirse en 2016 y, hasta la fecha, se ha reunido una vez al año, en La Haya. Sin embargo, en 2018, han decidido que serán necesarias dos reuniones para avanzar más en este complejo tema. Tal y como mencionábamos anteriormente, en un primer momento, el Consejo solicitó al Grupo que considerara las normas de Derecho internacional privado relativas al estatus jurídico de los menores en situación transfronteriza, incluidos aquellos nacidos de contratos de gestación por sustitución internacionales. Y, la conclusión a la que llegó el Grupo de expertos en febrero de 2016 fue que, dada la complejidad del asunto, las diferentes regulaciones existentes y los diferentes puntos de vista de los Estados miembros con respecto a este tema, no habían podido llegar a ningún acuerdo respecto de la oportunidad o no de elaborar un texto jurídico en este ámbito, ni sobre su posible ámbito de aplicación o naturaleza. Por dicha razón, recomendaban proseguir los trabajos necesarios para la preparación de la futura reunión del Grupo¹⁵. Los informes realizados tras dichas reuniones han puesto de manifiesto, por un lado, que los Estados miembros representados en dicho Grupo se han puesto de acuerdo en que es necesario elaborar un instrumento multilateral vinculante, relativo al reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras que establezcan la filiación jurídica, pero que dicho instrumento requiere de un estudio más detallado¹⁶. Y, por otro lado, que, dada la diversidad de concepciones existentes en los Estados con respecto a la determinación y al reconocimiento de la filiación que consta en un acta o documento pública/o, este tema requiere de un análisis y un debate más profundos. La elaboración de un texto internacional que aglutinara tanto a los Estados de origen de los menores (muchos de ellos son Estados miembros de la Conferencia de La Haya) como a los Estados de origen de los comitentes, evitaría gran parte de los problemas legales a los que tienen que hacer frente en la actualidad las personas afectadas. El mencionado "*Rapport préliminaire*" de la Conferencia de La Haya también fue tenido en cuenta por la Comisión Internacional del Estado Civil (en adelante, CIEC) en la realización del interesante estudio relativo a "La maternidad de sustitución y el Estado civil del menor en los Estados miembros de la CIEC"¹⁷. En dicho estudio, la CIEC analizó la regulación de este tipo de maternidad en cada uno de los Estados miembros, así como el reconocimiento o la denegación de dicho reconocimiento, de los certificados de nacimiento o de las sentencias que establecen la filiación de los menores en el extranjero. A pesar de que hasta no hace mucho tiempo este tipo de maternidad no fuera muy frecuente, los grandes avances médicos han permitido concebir niños y niñas que, sin dicha asistencia médica, jamás hubiesen nacido. Pero, precisamente han sido las connotaciones morales, éticas o jurídicas que implican dichos avances médico-técnicos las que han llevado a muchos Estados a prohibir esta técnica de procreación, como sucede en el caso de España¹⁸. Sin embargo, los últimos acontecimientos judiciales europeos, parecen marcar la tendencia hacia el reconocimiento de determinados efectos (la filiación) derivados de dicha práctica, en interés superior de los menores directamente afectados.

3. La jurisprudencia de los Tribunales supranacionales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

2.1. El TJUE

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), tampoco es ajeno a esta problemática, aunque las resoluciones dictadas en esta materia son, hasta la fecha, muy escasas. En el mes de marzo de 2014, la Gran Sala se pronunció en los asuntos C-167/12 y C-363/12, a propósito de la cuestión prejudicial relativa al permiso de maternidad retribuido solicitado por dos madres de intención -“subrogantes” en palabras del Tribunal- que tuvieron cada una de ellas un hijo a través de un contrato de gestación por sustitución, y que les fue denegado por sus empleadores¹⁹. El Tribunal de Luxemburgo fue contundente al establecer que: “...los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85 a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente”²⁰. Es decir, el Tribunal de la Unión Europea consideró que el permiso de maternidad retribuido sólo le corresponde a la mujer que, efectivamente, ha estado embarazada y ha dado a luz al niño o a la niña, no a la madre de intención o subrogante.

Siguiendo con la jurisprudencia supranacional, debemos destacar las dos sentencias que han marcado un “antes y un después” en esta materia. Se trata de las sentencias dictadas por el TEDH el día 26 de junio de 2014, en los asuntos *Mennesson c. Francia y Labassée c. Francia*²¹, que analizaremos a continuación. Posteriormente, el Tribunal dictó las sentencias *Paradiso y Campanelli c. Italia*²², *Foulon y Bouvet c. Francia y Laborie c. Francia*²³, que han ratificado la tendencia iniciada con las dos anteriores.

2.2. El TEDH

a. Los asuntos *Mennesson y Labassée c. Francia*

Los Estados miembros del CEDH que consideran los contratos o los convenios de gestación por sustitución contrarios a su ordenamiento jurídico (entre ellos, España), se han visto condicionados por lo resuelto por el TEDH en los asuntos *Mennesson y Labassée c. Francia*²⁴. En Francia, país correspondiente a la nacionalidad y a la residencia habitual de los demandantes ante el Tribunal europeo y primer país del Consejo de Europa en ser condenado por esta cuestión, las citadas sentencias han ahondado en el debate doctrinal²⁵ y social que tenía lugar desde hace más de dos décadas²⁶. El Estado francés, al igual que el español, prohíbe por ley los contratos de este tipo, por considerarlos contrarios al principio esencial de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas (arts. 16.7 y 16.9 del Código Civil francés), por lo que dichos contratos serían nulos de pleno derecho y contrarios al orden público internacional francés. A pesar de la condena del TEDH a Francia, una gran parte de la doctrina francesa sigue defendiendo el mantenimiento de la prohibición de dichos contratos, porque el Tribunal europeo no ha cuestionado la licitud o ilicitud de la prohibición francesa, sino la denegación del reconocimiento -por parte del Estado francés- de la filiación de unas menores, ya reconocida en otro país (Estados Unidos). No se trataría de una cuestión relativa a la validez o a la nulidad de los contratos en sí, sino una cuestión de reconocimiento de una

certificación registral de nacimiento realizada y emitida en un país extranjero. Sin embargo, el Ministerio de Justicia francés dictó -el 25 de enero de 2013- una Circular (la llamada “Circular *Taubird*”²⁷) relativa a la expedición del certificado de nacionalidad francesa a los/as niños/as nacidos/as en el extranjero de progenitores franceses que hubieren recurrido, aparentemente, a una “gestación por sustitución”. La Circular establecía que la mera sospecha de que los progenitores hubiesen recurrido a la gestación por sustitución no era motivo suficiente para denegar dicho certificado de nacionalidad. Posteriormente, el Consejo de Estado francés confirmó la aplicación de dicha Circular²⁸, al rechazar las diferentes demandas interpuestas contra la misma por diferentes asociaciones²⁹. Las razones por las que, en nuestra opinión, dichas sentencias han modificado y modificarán esta materia, son las siguientes. En primer lugar, porque hasta dicha fecha ningún Tribunal supranacional había resuelto dicha cuestión y, mucho menos, desde el punto de vista de la vulneración de los derechos humanos. El hecho de que el TEDH haya condenado a un Estado miembro por vulnerar el derecho fundamental al respeto de la vida privada de unos menores, sitúa los hechos en un plano diferente al que se había planteado hasta el momento. En segundo lugar, porque el TEDH consideró -por unanimidad- que el principio del “interés superior del menor” y los derechos de los menores primaban sobre el de los padres de intención o comitentes. La relevancia que durante los últimos años está adquiriendo el principio del “interés superior del menor”, es enorme³⁰ y estas sentencias son una prueba evidente de ello. El TEDH manifestó que se trata de “un principio esencial según el cual, cada vez que la situación de un/a menor está en cuestión, el interés superior de éste/a debe primar”³¹. En tercer lugar, porque frente a la invocación de la excepción de orden público internacional (por parte de las autoridades judiciales del Estado demandado), para denegar el reconocimiento de las sentencias extranjeras, el TEDH considera – sin cuestionar dicha cláusula como tal- que lo que hay que comprobar es si, a la hora de aplicar este mecanismo a los supuestos concretos, los jueces internos han tenido en cuenta la necesidad de establecer un justo equilibrio entre el interés colectivo a hacer respetar aquello que ha sido democráticamente elegido y el interés de los demandantes, entre el que se encuentra el interés superior de la niñas a disfrutar plenamente de su derecho al respeto de la vida privada y familiar. Y, en cuarto y último lugar, porque consideramos que dichas sentencias se han convertido (junto a otras) en un instrumento relevante del papel modernizador que el TEDH está teniendo en el Derecho internacional privado de los Estados miembros del CEDH.

Los hechos que dieron origen a ambas sentencias son los siguientes: el matrimonio heterosexual formado por los Sres. *Mennesson*³² recurrió a una madre gestante (en el Estado de California), porque la mujer tenía una disfunción uterina y no podía llevar a cabo la gestación. En este caso, el material genético lo aportaron tanto la esposa como el marido y las niñas fueron concebidas *in vitro*. La filiación con respecto a los padres intencionales fue establecida por la decisión del TS de California de 14 de julio de 2000, de acuerdo con lo establecido por las disposiciones del *California Family Code*. En el caso del matrimonio *Labassée*, la esposa tenía un problema de infertilidad y recurrieron al *International Fertility Center for Surrogacy* de Minnesota, a fin de tener un hijo/a. La gestación se llevó a cabo con material genético del Sr. *Labassée* y material genético de una donante anónima. El Tribunal del Estado de Minnesota, dictó una sentencia en virtud de la cual establecía que la madre gestante renunciaba a los derechos materno-filiales que le correspondieran con respecto a la niña a la que había dado a luz. A través de una segunda sentencia, ese mismo tribunal estableció que el Sr. *Labassée* era el padre biológico de la menor y que la guarda legal y física de la niña le correspondía a él, autorizándole asimismo a volver a Francia con su hija. En el acta de nacimiento, se indicó

que la menor era hija de los Sres. *Labassée*. En ambos supuestos, las autoridades francesas denegaron la inscripción en el Registro Civil francés de las actas de nacimiento de las menores (que, a su vez estaban basadas en sendas sentencias que establecían la filiación de las niñas) porque, en caso de realizarse, la inscripción sería contraria al orden público internacional francés. Las actas de nacimiento se habían realizado porque, previamente, sendas sentencias habían establecido la filiación de las menores. La *Cour de cassation* francesa determinó que, en el ordenamiento francés, los acuerdos de gestación por sustitución eran nulos porque eran contrarios al principio esencial vigente en el Derecho francés de la indisponibilidad del estado civil de las personas y, por lo tanto, eran contrarios al orden público francés. El Alto Tribunal definió lo que se considera contrario al orden público en esta materia. Así estableció que “... en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, es nulle d'une nullité d'ordre public”³³. Una vez agotadas las instancias internas, tanto los Sres. *Menesson* con los Sres. *Labassée*, interpusieron las respectivas demandas ante el Tribunal europeo, en su nombre y en el de sus hijas (en el caso de los primeros, nacieron dos niñas y en el segundo, una). Ambas parejas invocaron la vulneración del art. 8, por una parte y la vulneración del art. 14 combinado con el artículo 8 CEDH, por otro. En relación al artículo 8 CEDH, el Tribunal estimó que debía distinguirse entre el derecho al respeto de la vida privada de las menores, por una parte, y el derecho al respeto de la vida familiar de los “padres de intención” o “comitentes”, por otra. Para ello, se basó en que, en este asunto, con el rechazo del reconocimiento jurídico del vínculo de filiación entre los demandantes, las autoridades francesas realizaron una injerencia, tanto en el apartado relativo al respeto de la vida familiar como en el relativo a la vida privada de las personas (y, como tal fue reconocida por el Tribunal en el apartado 49). Pero, este último apartado sólo era aplicable con respecto a las menores, entendiendo que “el derecho al respeto de la vida privada integra en ocasiones aspectos de la identidad no sólo física sino social del individuo (...)”³⁴ (apartado 45). Asimismo, el Tribunal estableció que la determinación de la filiación estaba “directamente relacionada” con la vida privada y con la identidad de las menores nacidas de una gestación por sustitución.

Finalmente, los jueces europeos fallaron que el Estado francés había vulnerado el artículo 8 CEDH con respecto a las menores, en el apartado relativo a la vida privada, pero no así con respecto a los padres³⁵. Estimaron que el hecho de que las menores afectadas tuvieran la filiación determinada en el ordenamiento estadounidense y no la pudieran tener en el ordenamiento francés, les afectaba de manera relevante y vulneraba su derecho a la identidad en la sociedad francesa y, en consecuencia, su derecho al respeto de la vida privada. Dicha denegación adquiriría mayor relevancia, teniendo en cuenta que tanto el Sr. *Menesson* como el Sr. *Labassée* eran los padres biológicos de sus respectivas niñas. Finalmente, el TEDH puso de relieve que, asimismo, al denegar en ambos supuestos el reconocimiento de la filiación con respecto a sus progenitores biológicos, el Estado francés se había excedido en el margen de apreciación que le reconoce el propio Tribunal en la aplicación del CEDH. Cuando lo que está en juego es un aspecto especialmente importante de la existencia o de la identidad de las personas, el margen de apreciación reconocido al Estado se ve, habitualmente, restringido. Y, en este caso, los hechos objeto de litigio, revestían dicho carácter. El Tribunal ejerció, tal y como le corresponde, un control europeo de dicho margen de apreciación estatal.

Con respecto al matrimonio *Menesson*, el TEDH consideró que los tribunales franceses -tras analizar la situación concreta de los mismos-, estimaron que las dificultades a las que tenían que hacer frente en su vida diaria por la ausencia de reconocimiento en derecho francés del vínculo de filiación establecido en el extranjero, no sobrepasaban los límites establecidos con respecto al art. 8 CEDH, por lo que no se consideró vulnerada dicha disposición. Esto, unido al margen de apreciación nacional del que gozan los Estados, llevó al Tribunal a considerar que se había mantenido un justo equilibrio entre los intereses concurrentes en este apartado, el de los demandantes y el del Estado (apartados 93 y 94). Los asuntos analizados han puesto de manifiesto que el TEDH ha primado el interés superior de las menores afectadas sobre otros intereses concurrentes en los mismos, entre los que se encontraba el interés público y sobre la invocación de la excepción de orden público internacional. Se trata de una tendencia jurisprudencial predominante durante los últimos años en materias relativas a menores.

b. El asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*

Más recientemente, el TEDH ha dictado dos importantes sentencias en el controvertido asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*. En un primer momento, la Sala del TEDH dictó una sentencia, el 25 de enero de 2015, en la que condenó a Italia por no haber primado el “interés superior del menor” sobre el orden público internacional -en las decisiones adoptadas por las autoridades italianas en relación con una “gestación por sustitución”³⁶- y por no haber preservado un justo equilibrio entre los intereses en presencia³⁷. Sin embargo, en sentencia dictada el 24 de enero de 2017, la Gran Sala ha revocado lo fallado por la Sala y ha considerado que el Estado italiano no había vulnerado el derecho al respeto de la vida familiar ni el de la vida privada de los demandantes, regulados en el artículo 8.1 del CEDH³⁸. Al igual que sucedió en el asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, en este asunto también se produjo por parte de las autoridades nacionales del Estado demandado una denegación de reconocimiento de una relación jurídica válidamente creada por otro Estado, porque vulneraba el orden público internacional del Estado requerido. En aquella ocasión, se trataba del no reconocimiento de una adopción internacional y, en este supuesto, de la denegación de reconocimiento del certificado de nacimiento que establecía la filiación del menor afectado con respecto a los demandantes. Pero, contrariamente a lo sucedido en el primer caso, en el que madre e hija (según el ordenamiento peruano) pudieron hacer una vida familiar más o menos “normal”, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, la denegación del reconocimiento del vínculo de filiación (porque las autoridades italianas consideraron que los comitentes habían vulnerado el orden público italiano), tuvo como consecuencia el que dichas autoridades adoptaran unas drásticas y graves resoluciones, que condujeron a la retirada del niño de sus “padres” (según el ordenamiento ruso), para darlo inmediatamente en adopción, cosa que no hicieron en el asunto *Wagner*. Por primera vez, un menor nacido a través de una gestación por sustitución, es retirado del cuidado de sus progenitores comitentes porque éstos han vulnerado el orden público internacional del Estado de acogida o de residencia del menor. Para establecer la filiación del menor, las autoridades italianas aplicaron sus propias normas de conflicto, obviando el reconocimiento del certificado de nacimiento ruso, que establecía que el menor era el hijo del matrimonio *Paradiso-Campanelli*. Las normas de conflicto italianas establecían que la ley aplicable a la filiación, era la determinada por la ley nacional del hijo/a en el momento de su nacimiento. Teniendo en cuenta que dicho menor había nacido de un gameto de donantes desconocidos, la nacionalidad del menor era indeterminada y, en consecuencia, las autoridades italianas consideraron que el menor estaba en situación de abandono. En palabras del

Tribunal de instancia, “la aplicación de la ley nacional ha tenido como consecuencia el no reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, porque los demandantes no tenían un vínculo genético con el niño” (apartado 77). Sin embargo, tras esta constatación, la Sala del TEDH consideró que el hecho de que los jueces nacionales realizaran una aplicación estricta del derecho nacional para determinar la filiación y que pasaran por alto el estatuto jurídico creado en el extranjero, no fue una decisión irrazonable. Es decir, en esta ocasión, la Sala no consideró que la denegación de reconocimiento por parte de las autoridades italianas del vínculo válidamente reconocido en el extranjero vulnerara derecho fundamental alguno. La Gran Sala también ha fallado en este sentido. El tribunal de menores competente en el asunto, consideró que los Sres. *Paradiso-Campanelli* habían vulnerado la ley relativa a la adopción internacional y la ley de reproducción asistida italianas y, en consecuencia, el orden público internacional. Por dicha razón, y sin que tuviera lugar examen pericial alguno en relación a la capacidad o idoneidad de los comitentes para hacerse cargo del cuidado del menor, éste - inscrito como hijo suyo en la Federación Rusa- debía ser alejado de los comitentes, de manera que no tuvieran contacto con el bebé; y así, fue acordada la retirada del niño para que fuera dado en acogimiento y, posteriormente, en adopción.

Lo que los jueces de Sala sí consideraron desproporcionadas (aunque no fuera por unanimidad³⁹), fueron las medidas adoptadas por los tribunales italianos para retirar al niño del hogar en el que vivía con los demandantes y someterlo a tutela. Estas medidas supusieron una grave injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes y en la vida familiar del menor. Los jueces de Sala manifestaron que la invocación del orden público internacional no podía ser una “carta en blanco” que justificara cualquier medida, teniendo en cuenta que el Estado en cuestión debe tener siempre en cuenta el interés superior del menor, independientemente del vínculo que una a dicho menor con sus “padres”. El mantenimiento de los vínculos familiares previamente establecidos entre el menor y su familia (salvo que ésta sea especialmente indigna), constituye uno de los elementos fundamentales del derecho a la vida privada y familiar regulada en el art. 8 CEDH y, según el TEDH, uno de los elementos del principio del “interés superior del menor”. Por lo tanto, separar a un menor de su entorno familiar es, según reiterada jurisprudencia del Tribunal⁴⁰, una medida extrema a la que sólo se debe recurrir en supuestos de suma gravedad y sólo circunstancias muy excepcionales pueden determinar la ruptura de dicho vínculo. Dicha medida estará justificada únicamente cuando el fin de la misma sea proteger al niño/a frente a un peligro inminente para éste/a. Sólo en dichos supuestos. Pero incluso en los casos en los que dicha ruptura tenga lugar, deben ser adoptadas todo tipo de medidas para mantener las relaciones personales que existían antes de la ruptura entre los miembros de la misma y, llegado el momento, poder reconstruir dicha familia. Por otra parte, el margen de apreciación otorgado a los Estados en estos asuntos varía en función de las cuestiones en litigio y de los intereses en juego. A pesar de reconocer ese margen de apreciación a las autoridades nacionales, el Tribunal de Sala también recalcó que los jueces europeos deben estar seguros de que, en el supuesto concreto, las circunstancias justificaban la retirada del menor de sus “padres”. Es decir, el Estado demandado tiene que demostrar que sus autoridades han evaluado cuidadosamente la repercusión que la medida en cuestión tendría, tanto sobre el menor como sobre los padres, así como otras posibles soluciones, antes de llevar a cabo dicha retirada del menor. Reconociendo que -en esta ocasión- el asunto era delicado y que había graves sospechas sobre los

demandantes, el Tribunal consideró que los hechos en los que se basaron las autoridades italianas para decidir que el menor debía ser retirado, no eran los adecuados y que no preservaron un justo equilibrio entre los intereses en juego; en consecuencia, las graves medidas adoptadas excedieron de su margen de apreciación nacional. Sin embargo, la Gran Sala ha contradicho también en este sentido a la Sala. En opinión de la primera, a pesar de reconocer “el dolor moral” que los padres de intención pudieran sentir por ver incumplido su deseo de paternidad, el interés general en juego, tenía mucho mayor peso frente al interés particular de los demandantes de garantizar su desarrollo personal a través de su relación con el menor (apartado 215). Dejar al menor con los demandantes hubiese supuesto, en palabras de dicha Gran Sala, legalizar la situación ilegal creada por los demandantes, vulnerando importantes normas de Derecho italiano. Pero, a pesar de la primera condena al Estado demandado por vulneración del artículo 8 CEDH, el Tribunal estableció que dicha condena no obligaba a dicho Estado a devolver el niño a los demandantes dado que, a la fecha de la sentencia, el niño ya llevaba viviendo dos años con la familia de acogida con la que, sin duda, habría desarrollado un vínculo afectivo (apartado 88). Una nueva ruptura familiar sería, en esas circunstancias, realmente perjudicial para el interés del menor. La Gran Sala ha revocado la sentencia de Sala. La relevancia de la resolución dictada por los diecisiete jueces europeos es destacable por las siguientes razones: En primer lugar, porque es la primera vez que la Gran Sala dicta una sentencia relativa a la gestación por sustitución.

- a) En segundo lugar, porque la Gran Sala ha considerado que la gestación por sustitución que les ocupa no es una gestación “tradicional” y que ni los hechos ni las cuestiones planteadas ante el TEDH son equiparables a los de los asuntos *Mennesson y Labassée*. La gran diferencia radica en que en el asunto *Paradiso y Campanelli*, ninguno de los padres comitentes tenía vínculo biológico con el menor. Este hecho, junto con el poco tiempo de convivencia con el menor, hasta que éste les fue retirado a los padres de intención, y la precariedad de los vínculos que les unían al menor, desde un punto de vista jurídico, son elementos determinantes para considerar la inexistencia de una vida familiar entre las partes directamente implicadas (apartado 157). Por otro lado, la demanda interpuesta por los Sres. *Paradiso y Campanelli* ante el TEDH no versa sobre la transcripción del certificado de nacimiento del menor, ni sobre cuestiones relativas a su identidad, sino sobre las graves medidas adoptadas por las autoridades italianas ordenando la retirada del niño. Este aspecto también es determinante y explica la diferencia del fallo con respecto a las sentencias *Mennesson y Labassée*.
- b) En cuarto lugar, la sentencia considera que el hecho de separar a un menor de ocho meses - nacido a través de la técnica de la gestación por sustitución- de sus “padres comitentes”, con los que no le unían vínculos biológicos, no vulnera el derecho a la vida privada de ninguna de las partes implicadas.
- c) Y, en quinto y último lugar, porque prima el hecho de que los “padres de intención” hubiesen vulnerado la legislación y el orden público italianos, frente al interés superior del menor a continuar viviendo con las personas que lo cuidaron desde el momento en que nació. Como consecuencia de esta consideración, la Gran Sala estima acertadas las durísimas medidas sancionadoras adoptadas por las autoridades italianas.

El desenlace de este caso no ha sido el habitual en estos supuestos porque, finalmente, los padres comitentes que contrataron la gestación de su hijo (reconocido como tal por el ordenamiento ruso), se quedaron sin él, no porque fueran unos padres inapropiados o incapaces de cuidar del menor, sino únicamente porque la forma de maternidad elegida por ellos vulneraba el orden público internacional de Italia y, probablemente, nunca pensaron que dicha vulneración jurídica tendría como consecuencia la retirada del menor que habían “contratado”⁴¹.

4. Regulación en el ordenamiento jurídico español

La situación en España de este tipo de maternidad, cada vez más frecuente también entre nacionales españoles, se ha visto afectada en cierta manera, - tal y como decíamos anteriormente- por las sentencias *Mennesson* y *Labassée*⁴² pero hasta que la legislación vigente no sea modificada, el actual y complejo escenario jurídico es el siguiente: Según lo establecido en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”⁴³. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico español, los contratos de gestación por sustitución se sancionan con la nulidad de pleno derecho de los mismos, “nulidad que se produce *ipso iure*, por ministerio de la ley siendo por ello apreciado de oficio, aunque no se haya alegado por ninguna de las partes (...). Dicha nulidad es también absoluta, *erga omnes*, de manera que tiene efecto general que alcanza a todos y no sólo a las partes contratantes y sus causahabientes; y es definitiva, al no caber contra ella ni la prescripción –la acción no está sujeta a plazo- ni la confirmación o convalidación”. La ley declara la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación, pero lo que no dice es si el contrato es nulo por su ilicitud/causa o por su objeto⁴⁴. Además, el apartado segundo del artículo 10 dispone que, “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, por lo que la madre de los niños nacidos a través de dicha gestación, será – a efectos del ordenamiento español- la madre que los dé a luz. Esta madre no tendría ninguna obligación de entregar a otras personas a los/as hijos/as que ha gestado y parido (dada la ilicitud del contrato firmado) y podría llegar a reclamar al hijo/s o hija/s en caso de que los/las hubiese entregado a los “padres de intención”. No obstante, existe una vía en la citada Ley a través de la que han podido y siguen pudiendo ser reconocidos como hijos los menores nacidos de una madre gestante. Dicha vía es el tercer apartado del artículo 10, que establece que “queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Como el propio apartado dispone, en caso de que el padre comitente haya aportado material genético para la fecundación, podrá reclamar su paternidad biológica y, de esta manera, el/los hijo/s nacidos de esta forma podrían ser reconocidos como hijo/s suyos, con todas las consecuencias. También el/los hijo/s podrían ejercer la acción de reclamación de paternidad. En ambos casos, las acciones a las que se refiere dicho apartado son las generales correspondientes a la determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC⁴⁵. Esta posibilidad de atribución de la paternidad, es mencionada tanto en el Auto del TS de 2 de febrero de 2015 como en la Consulta “Relativa al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España, mediante gestación por sustitución tras la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014”, emitida por la DGRN a los distintos Registros Civiles españoles, de fecha 11 de julio de 2014.

En el mes de diciembre de 2014, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid se pronunció⁴⁶ a propósito de la solicitud de la prestación por maternidad, realizada por un hombre soltero español (D. Ramón), que recurrió a un contrato de gestación por sustitución (que se llevó a cabo en la India), a fin de tener a su hijo. En este caso, el solicitante aportó material genético, así como la madre gestante (Dña. Carolina), por lo que ambos eran los padres biológicos del menor. Y, así se hizo constar en el Registro Civil de Nueva Delhi. La inscripción de nacimiento del menor se realizó sin obstáculo alguno, porque ambos progenitores biológicos constaban como padres del menor, a pesar de que posteriormente la madre renunciara a sus derechos y obligaciones como tal, y entregara el niño al padre. De vuelta a España con el niño, el padre disfrutó de la prestación por paternidad que le fue reconocida, pero también solicitó la prestación por maternidad que le fue denegada. Interpuso la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, pero éste también se la denegó. Ante la nueva desestimación de su petición, el Sr. Ramón recurrió en Suplicación ante el TSJ de Madrid y éste, finalmente, se la reconoció, en su calidad de padre mono parental del menor. Por lo tanto, en los supuestos en los que consta como madre la madre biológica (a pesar de que luego renuncie a sus derechos y obligaciones como tal), el problema jurídico desaparece, porque ya consta como madre aquélla que ha traído al mundo al/a niño/a. Realmente, esta solución sería válida en los supuestos en los que el padre de intención fuera un hombre soltero. No porque legalmente sólo lo fuera en estos casos, sino porque en la práctica, los padres comitentes suelen ser o bien parejas heterosexuales, o parejas homosexuales. Proporcionalmente, el número de personas solteras sin pareja que recurre a estos contratos de gestación, suele ser bastante menor que el resto de parejas. La opción de que conste como madre la madre gestante, aunque fácticamente no ejerza como tal, no suele ser aceptada por las parejas que recurren a esta técnica. La Resolución dictada por la DGRN el 18 de febrero de 2009, parecía haber allanado el camino de las inscripciones en el Registro Civil español de las filiaciones constituidas en el extranjero, pero la “dicha” duró poco porque, tanto la Sentencia revocatoria del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia⁴⁷ como la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 “Sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”⁴⁸ y la STS de 6 de febrero de 2014, que impedía la inscripción, establecieron serias dificultades para realizar dichas inscripciones. Además, la Consulta/Instrucción de la DGRN de 11 julio de 2014, reiteró la plena vigencia y aplicabilidad de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, con independencia de las modificaciones que se pudieran realizar en la materia a través de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que, más adelante analizaremos. Tanto las Resoluciones de la DGRN como la sentencia de 2014 del Alto Tribunal, han hecho correr “ríos de tinta” a nivel doctrinal⁴⁹. La Instrucción de 2010 establecía que, sólo las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales competentes del Estado de origen en el que se determinara la filiación del nacido eran títulos aptos para la inscripción del nacimiento y filiación, no siendo suficiente dicha acreditación a través de las certificaciones registrales extranjeras. Dicha resolución judicial extranjera tenía que ser, con carácter general, reconocida - salvo lo dispuesto en convenios internacionales- de acuerdo con el procedimiento previsto en los arts. 955 a 958 de la LEC de 1881 (*exequátur*). Y, excepcionalmente, cuando la resolución judicial derivase de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no sería necesario dicho procedimiento de *exequátur*, sino el mero reconocimiento y control registral, realizado por el Juez encargado del Registro Civil. El requisito de la resolución judicial del país de origen, responde – según la propia DGRN⁵⁰- a la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde

se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. Sin embargo, se trata de un requisito no requerido por los arts. 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil español para la inscripción en dicho Registro de un nacimiento que ya consta en un acta registral extranjera, dado que esta última opera como un título válido a dichos efectos. Por lo tanto, la Instrucción exigía un requisito que la normativa registral no requiere. En estos supuestos en que se admite el reconocimiento, el Encargado del Registro civil deberán controlar los siguientes extremos:

- d) a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubiesen presentado.
- e) b) Que el Tribunal de origen hubiese basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- f) c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- g) d) Que no se hubiese producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- h) e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Por el contrario, en los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Como decíamos al inicio, a pesar de lo resuelto por el TEDH en las sentencias *Mennesson y Labassée* o, precisamente por lo que dichas sentencias no dicen, el Tribunal Supremo se ha reafirmado - a través del Auto dictado por el Pleno de la Sala de lo Civil con fecha 2 de febrero de 2015⁵¹- en lo ya fallado en su Sentencia de 2014⁵². En dicho Auto, se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la citada sentencia, y el Pleno de la Sala reiteró que la sentencia del Alto Tribunal de 2014, no vulneró los derechos fundamentales de los menores a los que se les denegó la inscripción de la filiación, ni los de los aquéllos que pretendían ser inscritos como progenitores (dos hombres). Y ello porque, "(...) 2. La interdicción de discriminación por razón de filiación no exige que el ordenamiento jurídico español deba reconocer como filiación la relación que deriva de haber concertado con la madre gestante un contrato de gestación por sustitución. El legislador español goza de un cierto margen de libertad para atribuir el carácter de relación paterno-filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas (...). Pero de dicho principio constitucional no deriva la obligación de los poderes públicos de otorgar necesariamente el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tal filiación, pero que no lo son en el ordenamiento jurídico español, como es el caso de los comitentes en un contrato de gestación por sustitución respecto del niño nacido como consecuencia de tal gestación"⁵³. Por lo tanto, a pesar de las sentencias europeas, el TS

español se reafirma en su postura. Independientemente de que dicha postura sea considerada más o menos acertada, el gran problema de la misma es que tiene consecuencias directas en muchos menores ya nacidos y que se hallan residiendo en España en familias españolas, sin que su situación jurídica esté regularizada.

Sin embargo, la Sala Cuarta del mismo Alto Tribunal constituida en Pleno, resolvió en el mes de octubre de 2016 dos recursos de casación para unificación de doctrina, en los que se planteaba si la maternidad por sustitución podía considerarse una situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento y falló en sentido afirmativo (siendo uno de los recurrentes un varón). El Tribunal Supremo dio la razón a los demandantes de las prestaciones porque estimó que, "... ha de hacerse una interpretación integradora de las normas aplicadas, contempladas a la luz de la jurisprudencia del TEDH y de diversos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios"⁵⁴.

El origen de todas estas resoluciones está en el caso (el *leading-case*) planteado por un matrimonio de homosexuales españoles que, para cumplir su deseo de ser padres, recurrió a una gestación por sustitución en San Diego (California) -fruto de la cual- nacieron dos gemelos. El matrimonio solicitó la inscripción – como hijos de ambos- en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, presentando a tal efecto los certificados de nacimiento de los niños - expedidos por los registros americanos-, el Libro de Familia de los comitentes y sus certificados de nacimiento. Pero el Encargado Consular de dicho Registro denegó la inscripción, alegando que los niños habían nacido a través de la gestación por sustitución, contraria al artículo 10.1 de la Ley 14/2006. Los solicitantes recurrieron ante la DGRN dicha denegación y ésta estimó dicho recurso, a través de la conocida Resolución de 18 de febrero de 2009⁵⁵, acordando la inscripción de los menores como hijos de los recurrentes. Sin embargo, el Ministerio Fiscal la recurrió ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia y éste, a través de su sentencia de 15 de septiembre de 2010, dejó sin efectos la inscripción de nacimiento de los menores realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, por lo que se derivaba la necesidad de su cancelación. La sentencia de primera instancia fue posteriormente confirmada en apelación por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 confirmada, a su vez, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. A la vista de la anulación judicial de la Resolución de la DGRN de 2009, este último Centro Directivo, sin esperar a la firmeza del fallo judicial de instancia, aprobó la Instrucción de 5 de octubre de 2010⁵⁶, sobre "régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", a fin de "dotar de plena protección jurídica al interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución"⁵⁷.

Uno de los principales motivos por los que el TS, en su sentencia de febrero de 2014, denegó la inscripción del acta de nacimiento de los menores en el Registro Civil español, fue porque dicha inscripción vulneraría el orden público internacional español. El Alto Tribunal definió lo que consideraba orden público internacional, entendiendo por tal "...el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que éstos encarnan"⁵⁸. Asimismo, concretó el contenido de ese orden público en materias relativas a la familia y a las relaciones paterno-filiales, estableciendo que "Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fun-

damentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución). Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público, que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión⁵⁹.

Asimismo, afirmó que “las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español”⁶⁰.

La entrada en vigor de las leyes aprobadas en 2015, podía haber reflejado lo establecido por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010⁶¹, pero no lo hizo. Nos estamos refiriendo a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁶² y a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil⁶³. La vigente Ley 15/2015, regula la inscripción en los registros españoles de las resoluciones judiciales extranjeras definitivas, dictadas por órganos judiciales en procesos de jurisdicción voluntaria (art. 11), por una parte y, el reconocimiento de los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria firmes acordados por autoridades extranjeras (art. 12), por otra. Con respecto a las resoluciones judiciales definitivas, éstas podrán ser inscritas en los registros españoles, “a) previa superación del trámite de *exequátur* o de reconocimiento incidental. Hasta entonces, sólo podrán ser objeto de anotación preventiva. b) Por el Encargado del registro correspondiente, siempre que verifique la concurrencia de los requisitos para ello”. Es decir, este artículo parece prever tres formas de reconocimiento⁶⁴: el *exequátur*, el reconocimiento incidental y la tercera forma que realizaría el Encargado del registro correspondiente y que sería otra modalidad de reconocimiento automático o incidental. Y, en el supuesto de que la resolución no sea definitiva, tal y como menciona el apartado 2 del artículo 11, sólo cabría su anotación preventiva. El artículo 12 de la Ley 15/2015 prevé, por su parte, la posibilidad del reconocimiento incidental de los actos de jurisdicción voluntaria firmes, así como las causas de denegación de dicho reconocimiento. En este último aspecto, sorprende la regulación de la Ley 15/2015, teniendo en cuenta la posterior aprobación de la Ley 29/2015, cuyo art. 46 también regula dicho aspecto⁶⁵, pero con diferencias destacables. Una de ellas está en los apartados c) y d) del párrafo 3 del artículo 12. Estos apartados hacen referencia a la denegación del reconocimiento, “c) Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español y d) Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico”. El artículo 46 por su parte, menciona únicamente como causa de denegación la contrariedad con el orden público (español), al tiempo que añade otras previstas en los Reglamentos comunitarios⁶⁶, no previstas en la Ley 15/2015. Desconocemos las razones por las que el legislador español no ha tenido en cuenta la proximidad en la aprobación de ambas leyes (después de tanto esperar

para la segunda), pero consideramos que ha perdido una buena ocasión de homogeneizar o uniformizar la legislación española en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

5. Un reto para el legislador español

La complejidad de este tema queda patente en el hecho de que ni las recientes sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo, ni las resoluciones dictadas por el Alto Tribunal español, establecen un criterio homogéneo en la resolución del mismo. Pero, realmente, la dificultad radica en el origen mismo de esta técnica de reproducción, por los aspectos a los que afecta (médicos, éticos, bioéticos, jurídicos, etc.) y en los que la uniformidad de criterio es muy difícil, por no decir, imposible. Como sucede en otros muchos temas, cuando entran en juego aspectos relacionados con la ética, la moral o con la religión y, al mismo tiempo, aspectos médicos y jurídicos, la diversidad de opiniones suele ir pareja al número de personas consultadas. Por tanto, el acuerdo a nivel legislativo entre diferentes países, con culturas diferentes, diversos principios básicos, etc., es realmente complicado. Ello no obsta para que, habiendo víctimas inocentes e involuntarias y directamente afectadas por este asunto (los menores nacidos de dicha técnica de reproducción), haya que buscar una solución lo más uniforme y homogeneizada posible, para que la falta de uniformidad no cree problemas adicionales como los que están sucediendo actualmente⁶⁷. Consideramos que el legislador español tiene ante sí un gran reto legislativo, dado que, como anteriormente citábamos, cada vez son más las personas con nacionalidad o con residencia habitual en España que recurren a esta técnica de reproducción y que, tras realizarla en el extranjero, vuelven a España a residir. El gran problema radica en que esas personas no vuelven solas, sino que traen consigo a los menores nacidos de esos contratos nulos de pleno derecho en el ordenamiento jurídico español. Menores que no tienen ninguna culpa de que las personas que los han “encargado” lo hayan hecho vulnerando el ordenamiento jurídico español, pero padecen las consecuencias de dicha ilegalidad. Dichos menores entran en España, en la mayoría de las ocasiones, con pasaporte y nacionalidad extranjera, pero los Encargados del Registro civil en España y en el extranjero (los Cónsules), siguen invocando la excepción de orden público internacional para denegar la inscripción y, como consecuencia de ello, el pasaporte español y el reconocimiento del estatus jurídico de la filiación constituida en el extranjero. El resultado es que, a día de hoy, hay muchos menores residiendo en España, en un “limbo” jurídico. Bien es cierto que la posibilidad regulada en el apartado 3 del artículo 10 de la LTRHA, del establecimiento de la paternidad con respecto al padre biológico y la posterior adopción por la otra parte de la pareja, es una vía válida para regularizar la situación, pero esta solución no es posible en todos los supuestos. En estos últimos supuestos, la situación es más complicada. La cuestión es si la mayoría política del Congreso de los Diputados está dispuesta o cree necesario regular esta situación o no. En los partidos políticos representados en el Congreso no existe una postura unánime, precisamente, por los diferentes aspectos que convergen en este tipo de maternidad. Y en la sociedad española, a día de hoy, tampoco.

Bibliografía

- Álvarez González, S. (2010), "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *AEDIPr.* t. X, p. 339.* (2013b), "Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución", AA.VV. *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, pp. 77- 90.
- Avena-Robardet, V., (2014), «Réforme de la famille: on avance», *AJ Famille*, p. 391.
- Blanco-Morales Limones, P. (2015), "Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto", disponible en www.bitacoradipr.com, revista nº 1.
- Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa, J. (2015), "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Surrogacy and private international law: beyond the Spanish Supreme Court and the European Court of Human Rights*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre, vol.7, nº 2, pp. 45-113.- Chénéde, F. (2007), « Efficacité sur le territoire français de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger », *AJ Famille*, p. 478. * (2014) « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, p. 1797.
- De Miguel Asensio, P. (2014), "El reconocimiento en España de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución, tras las sentencias *Menesson* y *Labassée* del TEDH", <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 26 de junio.
- * (2010), "La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre gestación por sustitución", 8 de octubre, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com>.
- * (2015), "Normas de Derecho internacional privado (arts. 9 a 12) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria", <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 8 de julio.
- Dionisi-Peyrusse, A (2014), « Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, p. 211.
- Durán Ayago, A. (2015), "Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España", *Bitácora Millennium DIPr*, nº 2, pp. 50-63, disponible en www.millenniumdipr.com.- Fabre-Magnan, M. (2015), « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *Recueil Dalloz*, p. 224.
- Farnós Amorós, E. (2010), "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *Indret* 1/2010, pp. 1-25, disponible en www.indret.com.
- Fulchiron, H (2014), « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », *Recueil Dalloz*, p. 1773. * (2013b), « Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *Recueil Dalloz*, p. 2349.
- * (2015c), «Gestation pour autrui (statut des enfants): position du Tribunal supremo espagnol», *Recueil Dalloz*, p. 626.- Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. (2014), «« L'enfant de la fraude ». Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse », *Recueil Dalloz*, p. 905.
- * (2015), « La circulaire « Taubira » sur les certificats de nationalité validée », *Recueil Dalloz*, p. 357.* (2015) « Gestation pour autrui (transcription à l'état civil) : validité de la circulaire du 25 janvier », *Recueil Dalloz*, p. 355.
- Hauser, J. (2014), « Dis-moi qui est ta mère : porteuse ou commanditaire ? », *RTD Civ.*, p. 355.*(2013b), « Gestation pour autrui: le droit social est-il finalement plus important que le droit civil ou dis-moi qui est ta mère ? », *RTD Civ.*, p.828.- Haftel, B. (2011), « Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé », *AJ Famille*, p. 265.- Jiménez Blanco, P. (2015), "Nota a las STEDH de 26 de junio de 2104, asuntos *Menesson c. Francia* y *Labassée c. Francia*", *REDI*, vol. 67, 1, pp. 238-241.
- Jiménez Blanco, P., Presno Linera, M.A., (2014), "Libertad, igualdad ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, junio-septiembre, pp. 9-44.

Lamm, E. (2012), "Gestación por sustitución", *InDret*, 3/2012, www.indret.com

Lefebvre, V. (2015), « Gestation pour autrui : la CEDH persiste et signe », *Dalloz Actualité*, 20 février.

Le Maigat, P. (2016), "Gestation pour autrui (entrée sur le territoire) : délivrance d'un laissez-passer. Ordonnance rendue par Conseil d'État", *Recueil Dalloz*, p. 1700.- Marguénaud, J.P. (2015), « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD Civ.*, p. 325.

Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2009), "Nota a la Res. DGRN de 18 de febrero de 2009", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, pp. 1244-1252.

* (2010b), "Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood", *Yearbook of Private International Law*, vol. XII, pp. 619-637, (Edit.A. Bonomi y G.P. Romano), S.E.L.P., Lausanne.- Quiñones Escámez, A. (2011), « Instruction du 5 octobre 2010, de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui », *Revue critique de droit international privé*, p.183.

*(2009b), "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret* 3/2009, pp. 1-42, Barcelona, disponible en www.indret.com.

Requejo, M. (2009), "Spanish homosexual couple and surrogate pregnancy (II)", 14/03/2009, <http://conflictoflaws.net/2009/spanish-homosexual-couple-and-surrogate-pregnancy-ii>.

Seijas Quintana, J.A. (2014), "Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler", *Diario La Ley*, nº 8363, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de julio, Año XXXV.

Siffrein-Blanc, B. (2011), « La gestation pour autrui heurte les principes essentiels du droit français », *Dalloz Actualité*, 14 avril.- Vaquero López, C. (2015), "La paternidad de las parejas del mismo sexo a través de la gestación por sustitución: problemas jurídicos", *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, AA.VV. (Dir. Juan Soroeta Liceras), vol. XIV, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 291-332.

Vela Sánchez, J.A. (2014), "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014", *Diario La Ley*, nº 8279, Sección Doctrina, 26 marzo, Año XXXV.

Viganotti, E. (2015), « La décision des autorités italiennes de placer l'enfant conçu par mère porteuse en vue de son adoption n'a pas préservé un juste équilibre des intérêts en présence », *AJ Famille*, p. 165.

Winkler, M.M. (2015), "Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia", *Genius*, año II, número 1 de junio, pp. 243-257.

Notas

1. Hay numerosas formas de denominar esta realidad, tales como "madre de alquiler", "alquiler de útero", "madres portadoras", "maternidad de alquiler", etc. pero nosotros nos decantamos, siguiendo lo defendido por diversos autores, por el término "gestación por sustitución". Y ello, porque consideramos que este término se corresponde con el utilizado por el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y porque se ajusta mejor a la realidad de lo que acontece (aunque también otras denominaciones lo hagan) y no se limita al aspecto pecuniario que ponen de manifiesto otros términos (aunque sepamos a ciencia cierta que dichas gestaciones no son gratuitas, ni mucho menos). El artículo 10.1 dice que se entenderá por "gestación por sustitución", "el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero". En estos supuestos, una mujer "gesta" (en muchas ocasiones, no aporta material genético) un/a niño/a, en sustitución de otra que no puede o no quiere (en algunas ocasiones). Asimismo, el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción

ción Asistida (TRA), en la versión revisada y preparada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 2009 definió a la Gestante subrogada como “la mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros”.

Vid. S. Álvarez González, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr.* t. X, 2010, pág. 339; Lamm, E., “Gestación por sustitución”, *InDret*, 3/2012, www.indret.com.

2. Tailandia ha sido uno de los destinos “favoritos” de nacionales australianos, japoneses, norteamericanos, etc., hasta el mes de febrero de 2015, fecha en la que las autoridades de dicho país han decidido prohibir dicha gestación a los nacionales extranjeros. Las razones por las cuales era uno de los destinos elegidos por dichas personas eran, por una parte, el menor coste del proceso – en comparación con otros Estados – y, por otra, la ausencia de prohibición legal alguna para parejas del mismo sexo. A partir de la citada fecha, sólo podrán acceder a dicha maternidad las personas heterosexuales en las que uno de los miembros de la pareja tenga la nacionalidad tailandesa y, además, alguno de ellos tenga alguna relación de parentesco con la mujer gestante. India, Nepal y Camboya también las han prohibido.
3. En este caso sucede lo contrario de lo acontecido en Tailandia. A partir del año 2015, se podrán llevar a cabo en Vietnam gestaciones por sustitución, pero con condiciones. Sólo podrán recurrir a dicha forma de maternidad, personas sin útero debido a problemas congénitos u obstétricos y personas a las que se recomienda no llevar a cabo una gestación, por problemas de salud. Sólo podrán llevarse a cabo en determinados hospitales vietnamitas.
4. Según consta en un documento de la Fundación Victor Grifols i Lucas, información publicada en <http://www.elmundo.es>, el 6 de julio de 2015.
5. Vid. <http://www.elmundo.es>, de 6 de julio de 2015.
6. La Asociación por la Gestación Subrogada en España y la Asociación “Son Nuestros Hijos”, promulgan su aprobación en España. La primera de ellas ha elaborado una iniciativa legislativa popular que pretende llevar al Congreso de los Diputados, si consigue las firmas necesarias.
7. Vid. S. Álvarez González, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, AA.VV. Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 77- 90.
8. Vid. Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo sobre Asuntos generales y Política de la Conferencia de La Haya (7-9 abril 2010), p. 3.
9. Dicha reunión tuvo lugar los días 17-25 de junio de 2010. Una de las Conclusiones fue: « La Commission spéciale recommande que la Conférence de La Haye étudie de manière plus poussée les questions juridiques, en particulier de droit international privé, entourant la maternité de substitution à caractère international ».
- 10.« Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international », Documento preliminar nº 11 de marzo de 2011, para el Consejo de abril de 2011, sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, disponible en www.hcch.net, bajo el título « Filiation/Maternité de substitution ».
- 11.Documento preliminar nº 10, marzo de 2012.
- 12.Vid.«Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », Documento preliminar nº 3 C de marzo de 2014, para el Consejo de abril de 2014.
- 13.Documento preliminar nº 3 B, de abril de 2014, a la atención del Consejo de abril de 2014.
- 14.Documento preliminar nº 3 A, de febrero de 2015, a la atención del Consejo de marzo de 2015 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia.
- 15.Vid. *Report of the february 2016 meeting of the Experts’ Group on Parentage/Surrogacy-Rapport de la réunion de février 2016 du Groupe d’Experts relatif au projet Filiation/Maternité de substitution*, Preliminary Document nº 3 of February 2016 for the attention of the Council of March 2016 on General Affairs and Policy of the Conference, The Hague/La Haye, HCCH.

16. *Vid. Rapport du Groupe d'Experts sur le Project filiation/Maternité de Substitution, février 2017*, www.hcch.net.
17. *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant. Dans les états membres de la CIEC*. El estudio fue publicado en la web de la organización en el mes de febrero de 2014. Se encuentra disponible en www.ciec1.org.
18. En quince Estados miembros del Consejo de Europa, la gestación por sustitución está expresamente prohibida. Dichos Estados son: Alemania, Austria, España, Francia, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía. En otros diez Estados miembros, o está prohibida en disposiciones generales, no está tolerada o bien tiene una legalidad incierta. Entre estos Estados se encuentran, Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino. Por el contrario, en siete Estados miembros está autorizada. Así, Albania, Georgia, Grecia, Países Bajos, Reino Unido, Rusia y Ucrania; aunque dentro de éstos, hay que distinguir aquellos Estados que permiten la "comercialización" y los que no. Georgia, Rusia y Ucrania pertenecen al primer grupo. Finalmente, en Bélgica, en la República Checa, en Luxemburgo y en Polonia, está tolerada, pero no está expresamente regulada. Portugal también la reguló, en el año 2016 y entró en vigor en 2017, pero el TC ha declarado -en 2018- inconstitucionales varios artículos de la misma, porque vulneran principios y derechos constitucionales.
19. Ambas sentencias fueron dictadas el día 18 de marzo de 2014. *Vid.* Hauser, J., (2014) « Dis-moi qui est ta mère : porteuse ou commanditaire ? », *RTD Civ.*, p. 355 ; (2013b), « Gestation pour autrui: le droit social est-il finalement plus important que le droit civil ou dis-moi qui est ta mère ? », *RTD Civ.*, p.828; Dionisi-Peyrusse, A., (2014) « Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, p. 211.
20. Apartado 43 de la sentencia de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, *C.D. y S. T.*
21. Aunque ambas sentencias fueron dictadas el mismo día, el primer caso en ser resuelto fue el asunto *Menesson*.
22. STEDH, sentencia de 27 de enero de 2015 y la sentencia dictada por la Gran Sala, el 27 de enero de 2017.
23. Sentencias de 21 de julio de 2016 y 19 de enero de 2017, respectivamente.
24. En España, dichas sentencias ya han tenido su efecto inmediato. En palabras del entonces Ministro de Justicia, Sr. Gallardón, el Ministerio de Justicia tenía intención de cursar de forma inmediata una instrucción a todos los consulados de España en el extranjero, a fin de que inscribieran en el Registro Civil español a todos los niños nacidos mediante dicha técnica. (*Diario El País*, Sección Sociedad, 11 de julio de 2014), "Justicia ordena volver a inscribir a los bebés de "vientre subrogado"". *Vid.* P. Jiménez Blanco, "Nota a las STEDH de 26 de junio de 2104, asuntos *Menesson c. Francia y Labassée c. Francia*", *REDI*, vol. 67 (2015), 1, pp. 238-241; y P. De Miguel Asensio, "El reconocimiento en España de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución, tras las sentencias *Menesson y Labassée* del TEDH", <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 26 de junio de 2014.
25. *Vid.* Fabre-Magnan, M. (2015), « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *Recueil Dalloz*, p. 224 ; Fulchiron, H. (2014), « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », *Recueil Dalloz*, p. 1773 ; (2013b) « Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *Recueil Dalloz*, p. 2349 ; Avena-Robardet, V. (2014), « Réforme de la famille : on avance », *AJ Famille*, p. 391; Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. (2014), « L'enfant de la fraude ». Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse », *Recueil Dalloz*, p. 905 ; Chénéde, F. (2007), « Efficacité sur le territoire français de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger », *AJ Famille*, p. 478 ; (2014b), « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, p. 1797 ; Haftel, B. (2011), « Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé », *AJ Famille*, p. 265 ; Siffein-Blanc, C. (2011), « La gestation pour autrui heurte les principes essentiels du droit français », *Dalloz Actualité*, 14 avril.
26. El 31 de mayo de 1991, la *Cour de Cassation*, en Pleno, dictó una sentencia en la que afirmó que los llamados convenios de "mère porteuse" (madre gestante), estaban prohibidos en el ordenamiento francés. Tras dicha sentencia y, a través de la Ley de bioética nº 94-653, de 29 de julio de 1994, el legislador francés consideró necesario introducir la mencionada prohibición en el artículo 16.7 del Código civil. Posteriormente, fueron dictadas numerosas sentencias que rechazaron sucesivamente dicha práctica. Sirvan como ejemplo, entre otras muchas, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 19 de marzo de 2014, las dos sentencias de la Sala Civil del mismo órgano, de fecha 13 de septiembre de 2013 (la nº 12-18.315 y la nº 12-30.138); la sentencia dictada por la *Cour d'appel* de París, 1re ch. C. de 14 de julio de 2000; o la sentencia de la *Cour de Cassation*, Civ. 1re, 6 de abril de 2011, nº 09-17.130.

27. Por ser la Ministra de Justicia, la Sra. *Taubira*, la firmante de dicha Circular.
28. El 12 de diciembre de 2014. Las asociaciones que interpusieron las demandas (en contra y a favor de la circular) eran: la Asociación de Juristas de la Infancia, la Asociación Hestia, la Asociación Familiar Católica de *Auxerrois*, la Asociación CLARA, el Sr y la Sra. *Menesson*, el Sr. *Ryckebusch* y la Asociación de Familias Homoparentales. Vid. H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, « La circulaire « Taubira » sur les certificats de nationalité validée », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 357 ; « Gestation pour autrui (transcription à l'état civil) : validité de la circulaire du 25 janvier », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 355.
29. P. Le Maigat, "Gestation pour autrui (entrée sur le territoire) : délivrance d'un laissez-passer. Ordonnance rendue par Conseil d'État", *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1700.
30. En el propio Estado demandado, un día después de las citadas sentencias, la Asamblea Nacional aprobó el día 27 de junio de 2014, en primera lectura, la Proposición de Ley relativa a la autoridad parental y al interés del menor (TA nº 371). El texto sigue su trámite parlamentario y, a fecha de noviembre de 2015, se encuentra para su debate, en el Senado. El texto puede ser consultado en www.assemblee-nationale.fr. Dicha proposición de ley modifica determinados artículos del Código civil francés relativos al ejercicio de la patria potestad en supuestos de separación y divorcio. No hay mención alguna en dicha proposición – a pesar de que fue solicitado- de la gestación por sustitución.
31. Apartado 81 de la sentencia *Menesson*.
32. Vid. Quiñones Escámez, A. (2009), "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret*, 3/2009, p. 9.
33. Sentencias dictadas el día 6 de abril de 2011.
34. Y así lo ha afirmado en diferentes sentencias como *Mikulic c. Croacia*, sentencia de 7 de febrero de 2002, apartado 53 y 54; en el asunto *Niemietz c. Alemania*, sentencia de 16 de diciembre de 1992, apartado 29; o en el asunto *Jaggi c. Suiza*, sentencia de 13 de julio de 2006, apartado 25.
35. En este caso, la posible vulneración del art. 8 fue analizada en relación al apartado relativo a la vida familiar y no a la vida privada.
36. Los hechos son, brevemente, los siguientes: El matrimonio de ciudadanos italianos residentes en Italia, formado por la Sra. Donatina Paradiso y el Sr. Giovanni Campanelli, después de acudir sin éxito al uso de técnicas de fecundación *in vitro*, optó por realizar un contrato de gestación por sustitución con la empresa *Rosjurconsulting* de la Federación Rusa. Tras localizar una madre de alquiler, con la que se utilizaron técnicas de fecundación *in vitro*, en febrero de 2011 nació un niño que, de acuerdo con la legislación rusa, fue inscrito como hijo de la Sra Paradiso y del Sr. Campanelli sin indicación de que había nacido a través de un acuerdo de maternidad subrogada. En abril de 2011, el Consulado de Italia en Moscú entregó los documentos que permitían al niño viajar a Italia. Pocos días después de la llegada a Italia, el Sr. Campanelli solicitó sin éxito a la autoridad municipal de Colletorto la inscripción del nacimiento del niño. Por su parte, el Consulado de Italia en Moscú informó al Tribunal de menores de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades de Colletorto que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información falsa. En mayo 2011, la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli fueron acusados de alteración del estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción. La Fiscalía del Tribunal de menores de Campobasso solicitó la apertura de un procedimiento para dar al niño en adopción puesto que, de acuerdo con la legislación italiana, había sido abandonado. En agosto de 2011, una prueba de ADN reveló que el Sr. Campanelli no era el padre biológico del niño, lo que, unido al comportamiento contrario a la ley, llevó al Tribunal de menores a quitar el niño a los solicitantes y someterlo a tutela. El niño fue colocado en un hogar de acogida sin informar a la Sra Paradiso y al Sr. Campanelli de su localización ni permitirles ningún contacto con él. En enero de 2013 el bebé fue entregado a unos padres adoptivos. En abril de 2013 se confirmó la negativa a inscribir el acta de nacimiento de Rusia debido a su contrariedad con el orden público y a la inexactitud de la certificación, puesto que no existía relación biológica entre el niño y los solicitantes. Estos últimos alegaron, sin éxito, que habían actuado de buena fe y que no tenían conocimiento del material genético que había sido utilizado en la clínica rusa. En el mismo mes de abril de 2013, el niño recibió una nueva identidad, indicándose en el nuevo certificado de nacimiento que había nacido de padres desconocidos. En junio de 2013, el Tribunal de meno-

res declaró que los solicitantes carecían de capacidad de actuar en el procedimiento de adopción iniciado por ellos, puesto que no eran ni los padres ni familiares del niño.

- 37.** Apartado 80 de la sentencia. *Vid.* Viganotti, E., (2015), «La décision des autorités italiennes de placer l'enfant conçu par mère porteuse en vue de son adoption n'a pas préservé un juste équilibre des intérêts en présence», *AJ Famille*, p. 165; Lefebvre, V., «Gestation pour autrui: la CEDH persiste et signe», *Dalloz Actualité*, 20 février, 2015; Marguénaud, J.P., (2015), «L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui», *RTD Civ.*, p. 325.
- 38.** El fallo no ha sido unánime. Once jueces frente a seis han considerado que el Estado italiano no había vulnerado el art. 8 CEDH. Los seis jueces disidentes han realizado sus correspondientes e interesantes Opiniones Separadas.
- 39.** Cinco votos contra dos.
- 40.** *Vid.* Asunto *Scozzari y Giunta c. Italia* (GS), apartado 148; asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (GS), sentencia de 6 de julio de 2010, apartado 136; Asunto *Y.C. c. Reino Unido*, sentencia de 13 de marzo de 2012, apartados 133-138; asunto *Pontes c. Portugal*, sentencia de 10 de abril de 2012, apartados 74 a 80; y, asunto *Zhou c. Italia*, sentencia de 21 de enero de 2014, apartados 55-66.
- 41.** *Vid.* M.M. Winkler, "Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia", *Genius*, año II, número 1 de junio 2015, pp. 243-257.
- 42.** *Vid.* Calvo-Caravaca, A.L., Carrascosa, J. (2015), "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Surrogacy and private international law: beyond the Spanish Supreme Court and the European Court of Human Rights*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre, vol. 7, nº 2, pp. 45-113.
- 43.** Esta nulidad de pleno derecho también se establece en otros ordenamientos europeos como Francia, Italia, Alemania, Austria, Finlandia, Montenegro, etc., tal y como menciona la propia STEDH *Menesson c. Francia*.
- 44.** *Vid.* Blanco-Morales Limones, P., "Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto", disponible en www.bitacoradipr.com, revista nº 1, 2015.
- 45.** Apartado I, segundo de la Consulta o Instrucción "relativa al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España, mediante gestación por sustitución tras la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014" emitida por la DGRN a los distintos Registros Civiles españoles, de fecha 11 de julio de 2014.
- 46.** Sentencia de 23 de diciembre de 2014, nº 1201/2014.
- 47.** De 17 de septiembre de 2010.
- 48.** B.O.E. núm. 243, de 7 de octubre de 2010.
- 49.** *Vid.* De Miguel Asensio, P., "La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre gestación por sustitución", 8 de octubre de 2010, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com>; Quiñones, A., «Instruction du 5 octobre 2010, de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui», *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 183; Seijas Quintana, J.A., "Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler", *Diario La Ley*, nº 8363, Sección Comentarios de jurisprudencia, 28 de julio de 2014, Año XXXV; Vela Sánchez, J.A., "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014", *Diario La Ley*, nº 8279, Sección Doctrina, 26 mar. 2014, Año XXXV; Jiménez Blanco, P, Presno Lineira, M.A., "Libertad, igualdad ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, junio-septiembre 2014, pp. 9-44; Vaquero López, C., "La paternidad de las parejas del mismo sexo a través de la gestación por sustitución: problemas jurídicos", *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, AA.VV. (Dir. Juan Soroeta Licerias), vol. XIV, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 291-332.
- 50.** Según consta en la Consulta de 11 de julio de 2014.

51. Recurso nº 245/2012, Ponente: Sr. Sarazá Jimena. *Vid.* A. Durán Ayago, "Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España", *Bitácora Millennium DIPr*, nº 2, 2015, pp. 50-63, disponible en www.millenniumdipr.com.
52. La doctrina francesa también se ha hecho eco de dicha resolución. *Vid.* H. Fulchiron, "Gestation pour autrui (statut des enfants): position du Tribunal supreme espagnol", *Recueil Dalloz*, 2015, p. 626.
53. Apartado Cuarto, 2, del Auto.
54. *Vid.* Nota informativa del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Área Social, de 20 de octubre de 2016.
55. *Vid.* Quiñones Escámez, A. (2009), "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *Indret* 3/2009, pp. 1-42, Barcelona, disponible en www.indret.com; Farnós Amorós, E. (2010), "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *Indret* 1/2010, pp. 1-25, disponible en www.indret.com; Requejo, M. (2009), "Spanish homosexual couple and surrogate pregnancy (II)", 14/03/2009, <http://conflictoflaws.net/2009/spanish-homosexual-couple-and-surrogate-pregnancy-ii>; Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2009), "Nota a la Res. DGRN de 18 de febrero de 2009", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, pp. 1244-1252; (2010b), "Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood", *Yearbook of Private International Law*, vol. XII, pp. 619-637, (Edit.A. Bonomi y G.P. Romano), S.E.L.P., Lausanne.
56. *B.O.E.* núm. 243, de 7 de octubre de 2010.
57. *Vid.* Apartado III de la Consulta de la DGRN de fecha 11 de julio de 2014.
58. FJ Tercero, 4, segundo apartado.
59. FJ Tercero, 5.
60. FJ Tercero, 7.
61. Aunque el Subsecretario del Ministerio de Justicia afirmó a un medio de comunicación que "Estamos dispuestos a recoger la redacción que tenía la Instrucción de 2010. Si no lo hemos hecho es porque considerábamos que técnicamente no era necesario", *El País*, Sección Política, 4 de julio de 2014, <http://politica.elpais.com/politica/2014/07/03/actualidad>.
62. *B.O.E.* núm. 158, de 3 de julio de 2015.
63. *B.O.E.* núm. 182, de 31 de julio de 2015.
64. *Vid.* P. De Miguel Asensio, "Normas de Derecho internacional privado (arts. 9 a 12) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria", <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 8 de julio de 2015.
65. El Título V de la Ley regula el reconocimiento, la ejecución de resoluciones judiciales y de documentos públicos extranjeros, el procedimiento de *exequátur* y la inscripción en Registros públicos. Ambas leyes fueron publicadas en el *B.O.E.* con un escaso margen de 28 días.
66. Concretamente, añade determinadas causas previstas tanto en el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012; modif., por Regl. 542/2014, *DO* núm. L 163, de 29 de mayo de 2014); como en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento número 1347/2000 (*DO* núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003).
67. *Vid.* Apartado 43 de la sentencia *Menesson c. Francia*; apartado 41 *in fine* de la sentencia *Labassée c. Francia* y Fundamento Jurídico Segundo y Quinto de la STS 247/2014, de 6 de febrero.