

TEDH y gestación por sustitución

Fernando GONZÁLEZ HOYA, Sandra Gabriela GUERRERO SOTO, Pedro HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Lucía HOLGADO FRANCO, Luis Alberto INGELMO INGELMO, Lorena JUSTO DASILVA, Daniel LÁZARO MATÍAS, Natalia LÓPEZ MARTÍN, Clara Inês LUCAS MARTINS, Tomás MARTÍN LOSADA, Isabel MATEOS CÁRDENAS y Adrián MATEOS MORO

Grado en Derecho – Derecho Internacional Privado

Grupo II

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Presentación en abierto del Seminario: <https://youtu.be/wwU8YJlqJw>

Coordinador del Seminario: Daniel LÁZARO MATÍAS

Profesora responsable: Antonia DURÁN AYAGO

Tabla de contenido

1. Breve introducción a la regulación de la gestación por sustitución.	3
1.1. Regulación jurídica en Derecho Comparado.	3
1.1.1. Países en los que la gestación por sustitución está prohibida.	3
1.1.2. Países en los que la gestación por sustitución está permitida.	5
1.1.3. Países en los que la gestación por sustitución está permitida, pero con limitaciones.	6
1.2 Regulación jurídica en España.	8
2. Situación de la cuestión en España: problemas de reconocimiento de la filiación, insuficiencia de la regulación legal e inseguridad jurídica.	8
3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	16
3.1. Caso Mennesson contra Francia, de 26 de junio de 2014.	16
3.2. Caso Labassée contra Francia, de 26 de junio de 2014	26
3.3. Caso D. y otros contra Bélgica (nº 29176/13), de 8 de julio de 2014.	28
3.4. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 24 de enero de 2017	33
3.5. Caso C. y E. contra Francia, de 19 de noviembre de 2019	38
3.6. Caso D. contra Francia, de 16 de julio de 2020.	40
3.7. Opinión consultiva relativa al reconocimiento en la legislación nacional de una relación legal entre padres e hijos nacidos mediante gestación subrogada (solicitada por el Tribunal de Casación en Francia).	43
3.8. Segev Schlittner-Hay contra Polonia And Matan Schlittner Hay contra Polonia, de 26 de febrero de 2019	47
3.9. La gestación por sustitución desde las perspectivas de Luxemburgo y Estrasburgo: divergencias, convergencias y la oportunidad de un futuro diálogo.	48
4. Trabajos de la Conferencia de La Haya en materia de gestación por sustitución.	54
4.1. Contextualización del problema.	54
4.2. Los pasos de la Conferencia de La Haya	54
Bibliografía	62

1. Breve introducción a la regulación de la gestación por sustitución.

Cuando hablamos de gestación por sustitución, observamos que existe una denominación muy variada acerca del tema que hacen referencia a un mismo fenómeno: gestación por sustitución, maternidad subrogada, gestación subrogada, etc. Si bien, de conformidad con la Real Academia Española la gestación por sustitución es definida como el embarazo en el que media un contrato en virtud del cual, la gestante renuncia a la declaración de maternidad del hijo en favor del reconocimiento de la filiación biológica de otras personas, los padres comitentes o intencionales¹.

Si observamos las definiciones que da la doctrina acerca de la gestación por sustitución, todas ellas van a coincidir en la existencia de una serie de aspectos: de un contrato entre las partes, de una gestante, de un progenitor o unos progenitores legales, y de una entrega del bebé cuando finaliza el proceso. Por lo tanto, podemos considerar que estos elementos encuadran la base de la gestación por sustitución².

A continuación, vamos a presentar cuáles son los modelos regulatorios de la gestación por sustitución y, de entre ellos, en cual se inserta la regulación jurídica española.

1.1. Regulación jurídica en Derecho Comparado.

Dentro de este fenómeno, si queremos agrupar las regulaciones que existen a nivel mundial, esta puede ser una forma:

- En primer lugar, aquellos Estados que permiten regular la gestación por sustitución, reconociendo esta modalidad de maternidad, tanto aquella en la que media dinero de por medio, como aquella gratuita o altruista. Dentro de esta modalidad se insertan países como Rusia, India, Ucrania, Nepal, o incluso algunos estados de EE. UU., como California, o de México, como Tabasco.
- En segundo lugar, aquellos Estados en los que la gestación por sustitución está permitida, pero limitándose a casos en los que tenga un carácter altruista o gratuito. En este modelo, cada vez más frecuente en la Unión Europea, se insertan países como Reino Unido, Grecia, Portugal, etc.
- Y, en último lugar, los Estados que prohíben la gestación por sustitución. Esta modalidad regulatoria se encuentra muy presente en el ámbito europeo, dado que existe una amplia gama de países que consideran el contrato de maternidad subrogada como nulo, de tal forma que no va a ser posible efectuarlo ni de forma gratuita. Dentro de este escenario, se insertan países como España, Italia, Alemania, Francia, etc.

Por tanto, a continuación, vamos a estudiar de manera diferenciada, estas tres tendencias, en las que se organizan a nivel mundial, la regulación de la gestación por sustitución.

1.1.1. Países en los que la gestación por sustitución está prohibida.

Como hemos dicho, esta forma de regular la gestación por sustitución está muy presente en nuestro panorama europeo. A continuación, vamos a observar cómo se

¹ Real Academia Española, (s.f.). Diccionario panhispánico del español jurídico. Recuperado el 13 de diciembre de 2020, de <https://dpej.rae.es/lema/gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n>.

² M. GÓMEZ GÓMEZ, “La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado”. Revista *Documentos de trabajo = Working Papers (Instituto Complutense de Estudios Internacionales)*, 2020, p. 5.

encuentra regulada esta figura jurídica en varios ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

En primer lugar, vamos a tomar como ejemplo la regulación francesa. En el Derecho francés, la figura de la gestación por sustitución o “*gestation pour autrui*” se encuentra prohibida de una forma definitiva, dado que la Ley 94-653 de 29 julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano lo prohíbe³. Además, dicha norma introduce en el artículo 16-7 del Código Civil francés que establece: «*Es nulo de pleno derecho cualquier acuerdo relativo a la procreación o gestación por cuenta de otra persona*»⁴. También observamos en el Código Penal, que se sanciona tajantemente la gestación por sustitución en el artículo 227-12, que establece penas de prisión y de multa al encargado de mediar entre una pareja o una persona que desea tener un hijo, y una mujer dispuesta a gestarlo⁵.

Ante esta rigidez de las leyes francesas, multitud de parejas han optado por realizar estas prácticas en otros países⁶, como en los EE. UU., sin embargo, en muchas ocasiones, se han topado con muchas dificultades para inscribir los certificados de nacimiento en los Registros Civiles pertinentes. La jurisprudencia francesa ha sido muy clara proclamando que este tipo de prácticas son nulas a ojos de la legislación francesa, sin embargo, no es hasta 2014, con dos conocidas sentencias del TEDH (casos de *Mennesson* y *Labassee*, de 26 de junio de 2014), en las cuales se condena al Estado francés por no inscribir a dos menores nacidas en EE. UU. en el Registro Civil francés. Con posterioridad a dichas sentencias, la Corte de Casación francesa reconoció en dos sentencias de 3 de julio de 2015⁷ el estado de filiación paterna de menores que se hayan concebido mediante gestación por sustitución, en aquellas ocasiones en las que el padre que se pretende inscribir sea el biológico, señalando, de tal forma, a la madre gestante en el Registro. Este criterio, también se ha seguido por otros Estados europeos, como Alemania.

Otro ejemplo de nuestro entorno, en segundo lugar, es el caso italiano. El Derecho italiano prohíbe recurrir a la práctica de la procreación médicamente asistida de tipo heteróloga en la Ley n.º 40 del 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida (artículo 4.3)⁸. Además, es relevante el artículo 12.6 de la norma, que condena el uso de “madres de alquiler” con multas de seiscientos mil a un millón de euros, y con penas de tres meses a dos años de cárcel⁹. Sin embargo, es relevante para el Derecho italiano una sentencia del tribunal civil de Roma de 17 de febrero de 2000 que autoriza a una pareja a acudir a una gestante, dado que la mujer de dicha pareja padecía una malformación en su aparato reproductor que le impedía ser madre. Por tanto, se va a permitir la gestación por sustitución, dado que se lleva a cabo

³ Loi n° 94-653, du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain. Version consolidée.

⁴ *Légifrance*. (2020). Obtenido de Code Civil: «<https://www.legifrance.gouv.fr>».

⁵ *Légifrance*. (2020). Obtenido de Code Pénal: «<https://www.legifrance.gouv.fr>».

⁶ M. GÓMEZ GÓMEZ, *op. cit.*, 2020, p. 8-9.

⁷ Sentencias n° 619 y 620 de 3 de julio de 2015 de la *Cour de cassation* [Arrêt n° 619 (14-21.323) y arrêt n° 620 (15- 50.002)].

⁸ Artículo 4.3: “Se prohíbe el uso de técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo”.

⁹ Artículo 12.6: “Cualquiera, en cualquier forma, crea, organiza o publicita la comercialización de La subrogación de gametos o embriones o maternidad se castiga con prisión de tres meses a dos años y con una multa de entre 600.000 y un millón de euros”.

por «amor y no por dinero». Si bien, la mujer debía renunciar a la maternidad en favor de la gestante, y con posterioridad, adoptar al niño¹⁰.

1.1.2. Países en los que la gestación por sustitución está permitida.

En este apartado, veremos cómo se encuentra la gestación por sustitución en aquellos países que permiten la misma de forma amplia, ya sea porque ésta se realice de forma altruista o a cambio de una cantidad de dinero.

En primer lugar, atenderemos a la regulación existente en Ucrania. El punto de partida es el artículo 123.2 del Código de Familia. Señala este precepto que «[u]n embrión concebido por los cónyuges por medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán el matrimonio»¹¹. A pesar de que Ucrania admite cualquier modalidad comercial en la gestación por sustitución, solo se permite a parejas heterosexuales, ya que es necesario que la pareja, que quiere acceder a la gestación por sustitución, esté casada y Ucrania prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. Otros requisitos que establece la ley ucraniana a la gestación por sustitución es que el padre debe aportar el material genético del embrión y la madre no pueda tener hijos.

Por su parte, en Rusia está permitida la gestación por sustitución, incluida su modalidad comercial. No obstante, la legislación es imprecisa y entra en numerosas contradicciones. La Ley Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos incluye la gestación por sustitución como una modalidad de tratamiento frente a la infertilidad. La ley permite que accedan a la gestación por sustitución tanto las parejas casadas como las mujeres que no sean capaces de llevar un embarazo a término. No obstante, los órganos jurisdiccionales, sobre la base del principio del interés superior del menor, han permitido ambos supuestos, ordenando al Registro Civil la inscripción de la filiación. Clara es la prohibición de acceder a los matrimonios homosexuales, según regula la Ley Federal sobre Protección de los Niños.

En cuanto a la mujer gestante, ésta debe tener una edad comprendida entre los veinte y treinta y cinco años, un hijo sano propio y, además, un informe médico que verifique que se encuentra en un estado óptimo de salud. En caso de que esté casada es necesario el consentimiento de su marido para poder llevar a cabo la gestación por sustitución. Finalmente, la mujer gestante no puede tener ninguna vinculación genética con el hijo, de manera que no podrá prestar sus propios óvulos. Si permite la Ley que se empleen para la fecundación gametos procedentes de donantes.

En último lugar, el artículo 48 del Código de Familia ruso señala que la madre legal del niño es la mujer que da a luz, de manera que ostenta el derecho de quedarse con el recién nacido si lo estima oportuno¹².

Dentro de los estados federales, donde algunos de los estados federados permiten la gestación por sustitución y otros no, nos centraremos en Estados Unidos. Así, existen: 1) Estados que prohíben expresamente la gestación por sustitución (Arizona o Columbia), 2) Estados que solo la prohíben cuando haya una compensación

¹⁰ J. VELA SÁNCHEZ. «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler», *Diario La Ley*, 2011, p. 37.

¹¹ C.J. ÁVILA HERNÁNDEZ, “La maternidad subrogada en el Derecho Comparado”. *Cadernos de Derecho Actual*, 6, 2017, pp. 313-334.

¹² S. VILAR GONZÁLEZ, *Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EE. UU.) y Portugal* (tesis doctoral), Universitat Jaume I, 2017, p. 164.

de por medio (Nueva York o Nebraska) y 3) otros Estados que permiten tanto su modalidad comercial como altruista. Nos centraremos en estos últimos.

Illinois¹³ permite esta práctica sin muchas restricciones. Permite acceder a la gestación por sustitución tanto a parejas que hayan contraído matrimonio como aquellas que no lo hayan hecho; e incluso a personas solas. Dentro de los requisitos que debe cumplir la pareja gestante se encuentra que una de las dos personas debe prestar su material genético. Es necesario que exista la necesidad de optar por esta vía, es decir, que sea el último recurso al que recurrir.

En cuanto a la mujer gestante, la edad mínima para poder celebrar un contrato de gestación por sustitución es de 21 años. Tiene que haber dado a luz a un hijo. Es necesario que haya pasado un examen médico y debe tener contratado un seguro de salud que cubra las necesidades del embarazo. Por último, no puede ella tener relación genética con el hijo, es decir, no puede aportar sus óvulos.

California, por su parte, aunque tardó en dictar normas sobre la gestación por sustitución, sus tribunales marcaron una jurisprudencia, que sirvió para otros Estados, tendente al reconocimiento y obligatoriedad de los acuerdos de gestación por sustitución, siendo los primeros que dieron un valor preponderante a la intención de las partes contratantes, frente a cuestiones biológicas¹⁴. En cuanto a los requisitos legales, se permite acceder a la gestación por sustitución a todas las personas, con independencia de orientación sexual, nacionalidad si se accede a la paternidad de forma conjunta o individual. La ley no establece ningún requisito concreto a las mujeres gestantes. No obstante, la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva redactó un informe con una serie de recomendaciones para las mismas.

De especial atención es el caso de la India. Su falta de regulación legal en la materia no impide que se trate de un país *exótico* para la gestación por sustitución debido a sus bajos costes y a que su personal esté formado en Reino Unido y Estados Unidos. A pesar de la falta de regulación, existe un proyecto de ley en esta materia inclinándose a favor de que la modalidad comercial de gestación por sustitución sea legal. Por último, hay que señalar que hasta 2012, bastaba con un visado de turista para que cualquier persona, con independencia de orientación sexual y estado civil, pudiera acceder a la gestación por sustitución. No obstante, a partir de ese año, el Ministerio del Interior ordenó que era necesario para poder acceder a la misma un visado médico. Para expedir el mismo se establecieron una serie de directrices: matrimonio heterosexual casado por más de 12 años, presentar una carta expedida por la Embajada del país de procedencia, acuerdo debía formalizarse ante notario, etc.

1.1.3. Países en los que la gestación por sustitución está permitida, pero con limitaciones.

A continuación, hablaremos de los países en donde se permite la gestación por sustitución, pero de forma altruista. Sólo nos centraremos en Reino Unido, Grecia y Portugal.

Reino Unido prohíbe cualquier acuerdo económico de gestación por sustitución y sanciona penalmente la creación de establecimientos comerciales destinados a reclutar mujeres gestantes (*Surrogacy Arrangements Act*). Por tanto, se permite la gestación por

¹³ C.J. ÁVILA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2017, pp. 313-334.

¹⁴ S. VILAR GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2017, pp.358

sustitución que se realiza de forma gratuita y por motivos médicos, solo pudiendo pagar a la mujer gestante los gastos ocasionados por la gestación.

La filiación se determina por el parto. Si la mujer gestante está casada, el marido será el padre legal del niño, salvo prueba de que se opuso a la gestación por sustitución. Para transferir la filiación a la pareja, que recurre a la gestación por sustitución, es necesaria una *parental order*. Cuando la mujer gestante no esté casada, el varón que aporte su material genético será el padre legal del hijo, sin necesidad de la *parental order*.

El hecho que sea necesario para cambiar la filiación de la tramitación de la *parental order* se debe a que el Reino Unido permite a la mujer gestante cambiar de opinión antes y después del embarazo. Entre los requisitos para que se otorgue la *parental order*, se encuentran: la pareja que recurre a la gestación debe estar casada, constituir una unión civil o ser una pareja que mantenga una relación duradera, uno de los dos miembros de la pareja debe aportar su material genético, deben ser mayores de 18 años. La solicitud de la *parental order* se debe realizar transcurridos 6 meses desde el nacimiento del hijo.

Grecia, por su parte, regula la gestación por sustitución en la Ley 3098/2002, de Reproducción Humana Médicamente Asistida. Sólo se admite la gestación de forma altruista, sancionando penal o administrativamente, cualquier acuerdo que vulnere algún precepto de la Ley. El acuerdo debe estar suscrito por la madre gestante y la madre que recurre a la gestación por sustitución, y si tuvieran maridos o parejas de hecho estos también deberán prestar su consentimiento. Ambas mujeres deben tener su residencia habitual en Grecia. No pueden recurrir a la gestación por sustitución las parejas homosexuales. Por último, para que se transfiera la maternidad es necesario que se someta a autorización judicial el acuerdo de gestación por sustitución.

En cuanto a los requisitos de la gestante, ésta no debe tener una edad superior a los 50 años. El óvulo no puede ser suyo, de manera que no puede estar relacionado genéticamente con el hijo. Por su parte, no es necesario que el padre aporte su material genético.

Finalmente, Portugal legalizó la gestación por sustitución con la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que permite que se celebren acuerdos de gestación por sustitución siempre que se haga de forma gratuita y siempre que la madre que recurra a la gestación presente alguna enfermedad o lesión que impidan tener ella un embarazo; o si existen otras condiciones clínicas que lo justifiquen. Al igual que en otros países la gestante podrá recibir dinero para compensar los gastos derivados del embarazo y se prevén sanciones penales en caso de incumplimiento de dicho requisito de gratuidad.

El acuerdo de gestación por sustitución debe constar por escrito y firmado por las partes. Puede acceder a la gestación por sustitución tanto nacionales portugueses como extranjeros. La gestación por sustitución se encuentra vetada para hombres y parejas homosexuales.

De especial interés son las STC portugués de 24 abril de 2018 y de 18 de septiembre de 2019, en las que se declararon diversos artículos de la Ley inconstitucionales. En concreto, declaró inconstitucional el hecho de que la mujer no pudiera revocar el consentimiento inicialmente prestado, señalando el TC que la mujer podrá revocar el consentimiento hasta el momento de ejecución del contrato, es decir, cuando se debía dar al niño a la pareja o mujer que recurra a la gestación por sustitución. También declaró inconstitucional la obligación de secreto absoluto respecto

de los donantes de gametos o embriones y de la mujer gestante, por entender que suponían una restricción a los derechos a la identidad personal y al desarrollo de la personalidad de los sujetos nacidos.

1.2 Regulación jurídica en España.

España, se inserta dentro de la mayoría de estados constitucionales europeos que prohíben la gestación por sustitución, dado que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, declara 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*». La decisión, por parte del Derecho español, de legislar en este sentido se basa en un Informe del Comité Ad Hoc de Expertos en el progreso de las Ciencias Biomédicas del Consejo de Europa¹⁵.

Además, es relevante mencionar que la gestación por sustitución también se castiga penalmente, aunque no aludiendo de forma expresa a esta figura, en el artículo 221 del Código Penal, con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años, a quienes entreguen al niño gestado, a quienes lo reciban y a los intermediarios, aunque dicha entrega se realice en un país extranjero¹⁶.

Si bien han existido propuestas legislativas regulando la cuestión, por parte de los grupos parlamentarios españoles. Sin ir más lejos, el Grupo Parlamentario de Ciudadanos¹⁷ ha presentado varias proposiciones de ley reguladoras del derecho a la gestación por sustitución, publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales con fechas de 8 de septiembre de 2017¹⁸ y de 16 de julio de 2019¹⁹.

2. Situación de la cuestión en España: problemas de reconocimiento de la filiación, insuficiencia de la regulación legal e inseguridad jurídica.

La primera referencia a la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico interno español la constituyó el artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre²⁰, promulgada una década después del nacimiento del primer ser humano concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida, hecho que demuestra la vanguardia por aquella época del legislador español²¹. Su contenido coincide con el mismo artículo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (LTRHA), derogatoria de la anterior, y que recoge una triple previsión al respecto:

¹⁵ Principles set out in the report of Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI). Council of Europe, 1989.

¹⁶ Artículo 221: «1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. (...)».

¹⁷ Gómez Gómez, M. (2020), p. 12.

¹⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, núm. B-145-1, de 8 de septiembre de 2017.

¹⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, núm. B-46-1, de 16 de julio de 2019.

²⁰ Boletín Oficial del Estado n.º 282, de 24 de noviembre de 1988.

²¹ C. M. MARCO ATIENZA, «Respuestas jurídicas en España ante la gestación por sustitución», *Derecho y salud*, 26, 2016, p.194.

- a) La nulidad de pleno derecho del «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».
- b) La determinación de la filiación por el parto, de manera que será madre la mujer que dé a luz, de acuerdo con el principio *mater certa semper est*.
- c) La posibilidad de que el padre biológico reclame su paternidad, conforme a las reglas generales previstas en el Código Civil.

Esta solución se basa en un Informe del Comité *ad hoc* de expertos en el progreso de las ciencias biomédicas del Consejo de Europa de 1989²².

Controvertido es el ámbito de aplicación de dicho precepto, único que regula esta técnica de reproducción en el derecho español. En contra de lo que ha defendido parte de la doctrina, el artículo 10 LTRHA no regula todos los casos de gestación por sustitución habidos y por haber, por una mínima conexión que exista con España. No es una norma material imperativa o ley de policía, sino de derecho civil y que se aplica a situaciones internas (=gestaciones por sustitución ejecutadas en España) o a situaciones internacionales que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.4 CC²³, norma de conflicto no excepcionada por el artículo 10 LTRHA, han de ser reguladas por la ley española. La previsión se recoge en una ley especial, la LTRHA, pero bien podría haberse introducido en el Código Civil; no por ello deja de ser una norma sustantiva de ámbito interno. Su alcance territorial no es universal, aunque sólo sea porque no lo ha dispuesto así el legislador, pudiéndolo haber hecho (=norma de extensión). Además, se debe aplicar cuando la cuestión planteada sea la determinación de la filiación de una persona nacida por gestación subrogada —cuestión de derecho aplicable que conduce al artículo 9.4 CC—, no cuando se pretenda el reconocimiento en España de la filiación determinada legalmente en un Estado extranjero —campo de la validez extraterritorial de decisiones extranjeras—²⁴.

Partiendo de la legalidad de que goza la gestación por sustitución en Estados extranjeros, sin embargo, el principal problema que se plantea en España es si resulta posible reconocer su eficacia en un país en el que la práctica no tiene cabida.

La primera decisión española relevante en la materia, por ser pionera en permitir el acceso de una filiación de dos menores nacidos por gestación por sustitución²⁵, fue la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009, que resolvió un recurso interpuesto por unos padres comitentes

²² Principles set out in the report of Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI). Council of Europe, 1989.

²³ Artículo 9.4.I CC: «La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5».

²⁴ Especialmente recomendable, por su extenso desarrollo y rigurosidad: A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7, n.º 2, 2019, pp. 45-113. Sobre este particular, en especial, pp. 58-59.

²⁵ A. DURÁN AYAGO (2019). «Gestación por sustitución en España: a *hard case needs law*. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, n.º 2, 2019, pp. 575-576.

españoles contra la negativa a inscribir el nacimiento de dos bebés nacidos por esta técnica en el Registro Civil consular.

El supuesto de hecho fue el siguiente: dos hombres, españoles residentes en Valencia y casados desde octubre de 2005, se trasladaron a California (Estados Unidos) para celebrar un contrato de gestación por sustitución. La técnica de reproducción utilizada fue la gestación subrogada tradicional: la gestante aportó sus propios gametos y ambos comitentes proporcionaron su material genético, produciéndose la fecundación sin que se pudiera determinar, por expreso deseo de los últimos, quién era el padre biológico²⁶. Fruto de ello, el 24 de octubre de 2008, en San Diego (California), nacieron dos niños. La pareja española solicitó inscribir su nacimiento en el Registro Consular español de Los Ángeles, para lo que aportaron: los certificados de nacimiento expedidos por las autoridades estadounidenses, en los que ambos hombres aparecían como padres de los nacidos; el libro de familia; y fotocopias del pasaporte y DNI de los comitentes. El encargado del Registro Civil denegó la inscripción alegando que los recién nacidos lo habían sido por gestación por sustitución, prohibida por el artículo 10 LTRHA, y que en virtud de esa norma debía considerarse a la gestante como madre legal.

La DGRN estimó el recurso —ordenó inscribir el nacimiento— y lo hizo mediante la correcta delimitación entre normas de Derecho internacional privado que siguen el método conflictual y normas que siguen el método del reconocimiento: una certificación registral extranjera es, por ende, una decisión extranjera. La inscripción de un nacimiento mediante su presentación en el Registro Civil, por tanto, no es una cuestión de derecho aplicable, sino una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras. El encargado del Registro Civil no determina la filiación de los nacidos, sino que decide sobre el reconocimiento en España de una filiación ya determinada en otro Estado²⁷.

En consecuencia, no debe aplicarse el derecho sustantivo español (artículo 10 LTRHA) ni las normas de conflicto españolas (artículo 9.4 CC), sino las reguladoras del reconocimiento de decisiones extranjeras en España: en este caso, las que disciplinan el acceso de una certificación registral extranjera al Registro Civil español, esto es, el artículo 81 RRC²⁸, que apuesta por un control de legalidad para que la certificación pueda llegar a tener fuerza en España, pero que no consiste en comprobar si la solución es formalmente idéntica a la que adoptarían los tribunales españoles; exigir una simetría en las soluciones dadas por el Estado extranjero y el español conllevaría, en este caso, el cambio de la filiación al cruzar la frontera. Rechazó la Dirección General, de igual forma, que pudiera existir fraude de ley —ya que los comitentes no utilizaron una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, por ejemplo, cambiando artificiosamente de nacionalidad— o *bad forum shopping* —no situaron la filiación en manos de las autoridades estadounidenses para eludir la ley imperativa española, dado que la certificación registral no provoca un estado civil inalterable y dicha filiación

²⁶ M. S. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, «La maternidad subrogada: ¿absurdo jurídico en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo?», *Revista de derecho privado*, 56: 2016, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, p. 5.

²⁷ Según la DGRN, caso distinto sería la inscripción del nacimiento por declaración, donde el encargado del Registro Civil debe llevar a cabo un control de legalidad de los hechos declarados y de la declaración misma. Si el supuesto de hecho presenta elementos extranjeros, deberá aplicar las normas de conflicto españolas (artículo 12.6 CC). Si la norma de conflicto determina la aplicación de la ley española, sí podría resultar aplicable el artículo 10 LTRHA, derecho material español (FJ 2.º).

²⁸ Artículo 81 RRC: «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales».

puede ser impugnada en España—. Además, la inscripción no vulneraría el orden público internacional español, puesto que el derecho español tiene en cuenta más realidades que la puramente biológica a la hora de determinar una filiación²⁹. Por último, el principio-valor del interés superior del menor aconsejaría la inscripción, pues de lo contrario los menores, españoles al nacer de padre español [artículo 17.1.a) CC], quedarían sin filiación inscrita en el Registro Civil y no tendrían una filiación única en todo el mundo.

La resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal, de suerte que el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia dictó sentencia el 15 de septiembre de 2010³⁰ estimando el recurso y mandando dejar sin efecto la inscripción de nacimiento. Se consideró que hay Estados que contemplan la legalidad de esta práctica y se planteó si ésta puede tener cabida en nuestro ordenamiento, y cómo lograría resolverse la situación de las parejas que viajan a otros países y quieren reconocer la filiación por naturaleza en España.

Según el juez, la DGRN olvida en su resolución que el artículo 81 RRC es jerárquicamente inferior al artículo 23 LRC³¹, que permite la inscripción de certificaciones registrales extranjeras «siempre que no haya duda del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española»: si bien no cabe dudar de la certificación californiana desde el punto de vista formal, desde el biológico resulta evidente que una mujer ha tenido que dar a luz; por este motivo, existen dudas sobre la veracidad del hecho inscrito. Como la certificación registral californiana violaba el artículo 10 LTRHA, no es posible que acceda al Registro Civil español. Se alcanza la misma conclusión: ajustándose el encargado del Registro a lo dictado por el artículo 23 LRC y teniendo en cuenta la nulidad de pleno derecho a la que se refiere el artículo 10 LTRHA, éste tiene la competencia de examinar la legalidad conforme a la ley española de la certificación expedida en el registro californiano antes de su inscripción en el registro español. Se expresa el impedimento de que la inscripción acceda al Registro por estar prohibida en España la gestación por sustitución. Además, cree incorrecto el razonamiento para aceptar la filiación por naturaleza a favor de dos hombres: para el caso, es irrelevante que el derecho español permita una filiación adoptiva de este tipo o una natural en la que figuren como madres naturales dos mujeres, ya que «los hijos no pueden tener dos padres varones naturales por la sencilla razón [de] que los varones no pueden, en el estado actual de la técnica, concebir ni engendrar». Además, ello no resulta discriminatorio, pues para denegar la inscripción no se está atendiendo al sexo de los progenitores, sino a la técnica de reproducción empleada: el fin no justifica los medios y el ordenamiento español tiene instrumentos para conseguir la filiación natural a favor del padre biológico y la adopción por su cónyuge. Por último, destaca que es indudable la existencia de *bad forum shopping*: se han desplazado a Estados Unidos para eludir la ley imperativa española.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011³² desestimó el recurso de apelación de los comitentes y confirmó el fallo de

²⁹ Así, por ejemplo, permite determinar la filiación adoptiva a favor de dos varones y la filiación biológica a favor de dos mujeres (cfr. artículo 7.3 LTRHA).

³⁰ ECLI:ES:JPI:2010:25.

³¹ Artículo 23 LRC: «Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española [...]».

³² ECLI:ES:APV:2011:5738.

primera instancia. La sala arguye también que el artículo 23 LRC impide el acceso al Registro de aquellas certificaciones no conformes con la ley española, y que la inscripción es contraria al orden público internacional español, ya que nadie puede ser objeto del comercio de los hombres y el niño no puede ser objeto de transacción, pues con ello se contrarían las leyes imperativas españolas y un conjunto de principios constitucionales, como serían: la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), la integridad moral (artículo 15 CE) y la protección integral de los hijos y las madres cualquiera que sea su estado civil (artículo 39.2 CE). Incluso llega a afirmar el carácter del artículo 10 LTRHA como ley de policía. Descarta, de igual forma, que exista discriminación por razón de sexo. Por último, considera que bien podría defenderse que la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la protección del interés superior del menor.

El caso llegó finalmente al Tribunal Supremo, cuya Sala de lo Civil se pronunció, no sin que cuatro magistrados formularan voto particular discrepante, por sentencia de 6 de febrero de 2014³³. Los comitentes recurrieron en casación alegando un único motivo: «infracción del artículo 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño». El Alto Tribunal desestimó el recurso y negó efectos en España al certificado registral del Estado de California, fundando su decisión en el límite del orden público internacional español. Para el reconocimiento en España de una certificación registral extranjera *ex arts. 23 LRC y 85 RRC* es necesario que no haya duda del hecho inscrito y que se respete la legalidad española. El control ha de ser, por tanto, también material. El respeto a la ley española no exige la absoluta conformidad de los asientos registrales extranjeros con todas y cada una de las exigencias de ésta, pues ello haría prácticamente imposible el reconocimiento, pero sí el respeto a aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto el de la filiación, inspirados en un «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 estos encarnan» (=orden público internacional español).

Sostiene el tribunal que si bien la determinación de la filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no contraviene el orden público internacional español, ya que el propio ordenamiento contempla otras opciones [adopción (arts. 175 y ss. CC) o consentimiento a la fecundación con contribución de donante (artículo 8.2 LTRHA)], las técnicas de reproducción humana asistida no deben vulnerar «la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una suerte de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población». Consecuencia de ello es que el artículo 10 LTRHA integra el orden público internacional español.

La denegación tampoco contraría el interés superior del menor. Dicho interés es un concepto jurídico indeterminado que el legislador ha introducido para ampliar el margen de ponderación del juez, pero no permite a éste alcanzar cualquier resultado. El principio del interés superior del menor no puede ser una excusa para contrariar lo

³³ ECLI:ES:TS:2014:247.

expresamente previsto en la ley española (artículo 10 LTRHA), pues por esa vía el juzgador se arroga una potestad que corresponde al Parlamento. Aunque el reconocimiento de la filiación puede suponer un perjuicio para la posición de los menores, también lo irroga determinar una filiación en contra de lo establecido en una legislación nacional e internacional que se inspira en la protección de la dignidad de la mujer gestante y del menor, evitando convertirlo en objeto de comercio.

Indica la Sala que no se vulnera el derecho de los menores a tener una identidad única, pues su relación con los Estados Unidos es puramente ficticia, ni su derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH, puesto que su posible limitación se prevé expresamente en ese tratado y en este caso es necesaria en una sociedad democrática.

No obstante, concluye, el Estado debe garantizar la protección de los menores en los casos —como el enjuiciado— donde se establezca una relación de familia con un niño (STEDH de 28 de junio de 2007, Wagner y J. M. W. L. c. Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, Harroudj c. Francia). El ordenamiento español permite determinar la filiación paterna respecto del comitente-padre biológico y la adopción o el acogimiento familiar, por lo que el Tribunal Supremo insta al Ministerio Fiscal a llevar a cabo todas las acciones pertinentes para determinar, en la medida de lo posible, la correcta filiación de los dos niños.

Los votos particulares, por su parte, reconocen que en nuestro Estado es válido y legalmente posible introducir la certificación registral sin que afecte lo dispuesto en la LTRHA.

Las sentencias del TEDH en los asuntos *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, dictadas el 24 de junio de 2014 y comentadas más tarde, llevaron a los comitentes a plantear de nuevo ante el Tribunal Supremo un incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia, al considerar que el resultado al que llegó la misma necesariamente debía variar después de los pronunciamientos del tribunal europeo. El Alto Tribunal desestimó de nuevo por auto de 2 de febrero de 2015³⁴, al que se formularon también votos particulares, sus pretensiones, insistiendo en su doctrina sobre el acceso de la inscripción de los menores al Registro Civil. Los comitentes argumentaban nuevamente que se habían vulnerado varios derechos fundamentales, entre ellos: la igualdad sin discriminación, tanto de los menores por razón de nacimiento, como de los padres por razón de su orientación sexual; y la intimidad familiar. La Sala Primera, sin embargo, no ve indicios de posibles o potenciales lesiones a la vida privada de los menores. Resalta que los dos casos resueltos en la alta instancia europea y el de los comitentes españoles presentaban diferencias sustanciales: mientras en aquéllos, los tribunales franceses negaban categóricamente la inscripción porque se opondría a la expresa prohibición dispuesta en el Código Civil francés, en España no hay impedimento para determinar su filiación conforme a la normativa española atendiendo a la realidad actual jurídica que ha de considerarse, es decir, por la vía de la adopción o, en su caso, del reconocimiento por el padre biológico. Además, en Francia no resultaba viable que los menores adquiriesen la nacionalidad francesa, cosa que en España sí es posible. Mientras en Francia el ordenamiento no tutelaba una realidad familiar ya nacida, en España se protege y se reconoce que los niños forman un núcleo familiar *de facto*, existiendo caminos legales para normalizar en derecho la situación.

³⁴ ECLI:ES:TS:2015:335A.

La DGRN, sin embargo, ha intentado aclarar la cuestión a través de distintas instrucciones:

Menos de un mes después de la sentencia de primera instancia del caso comentado, la DGRN dictó una instrucción el 5 de octubre de 2010³⁵ con el fin de atajar el problema del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y dar plena protección jurídica al interés superior del menor, todo ello derivado de los muchos recursos interpuestos contra los Registros Civiles consulares. Según refleja la motivación de la misma, se pretendía con ella proteger los intereses de la gestante y el superior del menor, abordando qué instrumentos son necesarios para reconocer efectos registrales al nacimiento por esta técnica cuando uno de los progenitores sea español, cómo evitar que accedan al Registro Civil filiaciones fruto del tráfico internacional de menores y cómo asegurar que el menor pueda conocer en el futuro su origen biológico. El órgano administrativo concluyó reconociendo la posibilidad de inscribir el nacimiento de un menor nacido como consecuencia de estas técnicas siempre que exista resolución judicial dictada por tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Dicha resolución debería someterse a exequátur o, si el procedimiento extranjero fuera análogo a uno de jurisdicción voluntaria, a reconocimiento incidental. Además, la DGRN abre la posibilidad de un control incidental sobre una suerte de cuestiones, previamente a la inscripción y en el caso de que la resolución judicial sea apta de reconocimiento en España. La instrucción también acordaba no aceptar como título apto para la inscripción una certificación registral extranjera —es el caso de la sentencia comentada— o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

A pesar de que la normativa reguladora del Registro Civil no reconoce estos requisitos, por lo que parte de la doctrina sostiene que se trata de exigencias contrarias a la ley amén de disfuncionales —algunos Estados no prevén la intervención judicial en los contratos de gestación subrogada, tornándose así en poco menos que una condición diabólica³⁶—, debemos reconocer que esta instrucción supuso un gran avance, proporcionó un tratamiento bastante correcto de la cuestión y aún hoy sirve de guía para las personas que quieran someterse a un procedimiento de gestación por sustitución en el extranjero a fin de regularizar la situación³⁷. Con ella, los juzgados aligeraron la carga de casos de denegación de la inscripción por gestación por sustitución, puesto que reconoce sus efectos y aporta seguridad jurídica. Las personas que optan por recurrir a esta técnica de reproducción no tienen que permanecer en un limbo legal entre la legislación española y la legislación del Estado de gestación.

El 14 de febrero de 2019 la DGRN dictó otra instrucción que dejaba sin efecto la de 5 de octubre de 2010 ya comentada y que incluía novedades en la regulación en pos de aportar una mayor seguridad jurídica. Asumía la solución dada por la instrucción de 2010, aunque se reforzaron las garantías: se exigió que la gestante consintiese a la determinación de la filiación a favor de los comitentes en un momento posterior al parto y se introdujo la necesidad de estudiar la idoneidad de los comitentes para asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad. Además, daba respuesta a los casos en los

³⁵ *Boletín Oficial del Estado* n.º 243, de 7 de octubre de 2010.

³⁶ A. DURÁN AYAGO, «Gestación por sustitución en España:...», *loc. cit.*, p. 578 y A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y derecho internacional privado...», *loc. cit.*, p. 64.

³⁷ A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y derecho internacional privado...», *loc. cit.*, pp. 59-65.

que no existiese sentencia judicial pero en los que uno de los comitentes fuese padre biológico del recién nacido: si fuese necesario, se impugnaría la filiación paterna tal y como dispone el artículo 10.3 LTRHA; si no, cabría el reconocimiento del nacido por declaración ante el encargado del Registro Civil, lo que requeriría consentimiento de la madre, del marido si ésta estuviese casada y una prueba de ADN a fin de poder constatar que quien dice ser padre biológico lo es realmente. Sin embargo, la mayor novedad de esta instrucción era la respuesta dada a los supuestos de gestaciones en la que una mujer comitente aportase material genético y, según el artículo 9.4 CC, norma de conflicto, resultase de aplicación para la determinación de la filiación la ley de un Estado que no reconociese vínculo legal alguno del nacido con la mujer gestante. Se previó la posibilidad de que la comitente pudiese reclamar judicialmente su maternidad, quebrando el tradicional principio *mater certa semper est*.

Sin embargo, esta instrucción, profusamente fundamentada, no fue siquiera publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, dado que cuatro días después la propia DGRN la dejó sin efecto a través de su instrucción de 19 de febrero de 2019, que en una página ventila la cuestión. La Dirección General indica qué postura ha escogido: el amparo de los derechos de los menores —en cuanto a la salvaguarda del interés superior que se les ha sido atribuido— y la protección de las gestantes frente a cualquier situación de vulnerabilidad a la que se puedan ver sometidas. La instrucción se dicta apoyándose en el argumento de que la gestación por sustitución da lugar a una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes. El interés del menor debe quedar salvaguardado y la actuación llevada a cabo por los poderes públicos debe garantizar a la mujer una protección adecuada ante el peligro de los posibles abusos que se puedan dar en situaciones de vulnerabilidad, ya que es inadmisibles.

Jurídicamente, supuso el retroceso de la cuestión a la solución dada en la instrucción de 5 de octubre de 2010, esto es, a la posibilidad de inscripción por sentencia extranjera a través de exequátur o reconocimiento incidental, según proceda. Políticamente, vino motivada por una orden directa de Dolores Delgado, ministra de Justicia en aquel momento³⁸, que instó a que la DGRN se retractase a través de una incalificable instrucción que, según DURÁN AYAGO, se asemeja más bien a un panfleto político, como atestigua su indescriptible fundamentación³⁹.

Por último, es importante apuntar que los artículos 96 y 98 de la «nueva» Ley del Registro Civil (Ley 20/2011, de 21 de julio), que aún no ha entrado en vigor, permitirán la posibilidad de inscribir resoluciones judiciales y certificaciones de asientos registrales de Estados extranjeros, si bien sometidas a un control material, pues no deben resultar manifiestamente incompatibles con el orden público español.

Como conclusión: la regulación de la cuestión en España se caracteriza por una gran inseguridad jurídica, paliada en parte por un papel competencialmente forzado de la DGRN a través de sus instrucciones de 5 de octubre de 2010, 14 de febrero de 2019 y

³⁸ P. MARTÍN, «Delgado paró la inscripción de bebés porque la orden del ADN se hizo a sus espaldas», *El Periódico*, 18 de febrero de 2019. <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20190218/justicia-paro-incrpcion-bebe-gestacion-subrogada-dolores-delgado-7309830>

«Dolores Delgado: “No podemos permitir que se trafique con los vientres de alquiler”», *La Sexta*, 16 de febrero de 2019. https://www.lasexta.com/programas/sexta-noche/entrevistas/dolores-delgado-gestacion-subrogada-no-podemos-permitir-que-se-trafique-con-los-vientres-de-alquiler-video_201902165c687e530cf2396d7065dd0c.html

³⁹ A. DURÁN AYAGO, «Gestación por sustitución en España...», *loc. cit.*, p. 577-579.

18 de febrero de 2019⁴⁰. Por tanto, y a pesar de los esfuerzos de la DGRN y los preceptos de la Ley del Registro Civil de 2011, entendemos que la cuestión del reconocimiento de la filiación quedará condicionada por el límite del orden público, tal y como reconoció la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la sentencia ya comentada. El problema es que dicho límite, que debería interpretarse restrictivamente, se aplica como un orden público de dirección, resguardando un concreto modelo de organización social, y no de protección, analizando los resultados en el caso concreto a fin de valorar la lesión efectiva a los valores y derechos protegidos por el ordenamiento español.

Debemos fijarnos en las distintas posturas a favor y en contra. La gestación por sustitución se está convirtiendo en un tema de actualidad jurídica y, por ello, se necesita una respuesta del legislador que sea clara y concisa: una verdadera solución. Si bien es cierto que, por una parte, se debe garantizar el desarrollo familiar y la libertad reproductiva a aquellas personas que cuentan con impedimentos (y más en una sociedad que, cada vez más, posibilita el acceso a diferentes técnicas de reproducción asistida), no podemos evitar preguntarnos qué papel juega la mujer gestante durante todo el entramado del procedimiento. Tampoco ayuda que la alternativa sean arduos procesos de adopción, cuyas cifras descienden cada vez más a favor de otros modos de tener hijos.

Existe una imperiosa necesidad de reformar el derecho material español, circunscrito en esta cuestión a la LTRHA, a fin de actualizar la regulación de la gestación por sustitución, camino hoy utilizado por multitud de parejas homosexuales, heterosexuales con algún tipo de problema específico o varones en solitario para engendrar. Así, con independencia de que las Cortes Generales elijan la solución que legítimamente consideren más oportuna, debe adoptarse una postura estable que deje atrás resultados contradictorios y tenga en cuenta que cada vez más españoles viajan al extranjero para tener descendencia a través de esta técnica.

3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La gestación por sustitución es una práctica cada vez más frecuente en los Estados europeos y ha llegado recientemente al TEDH. En este apartado veremos en profundidad los casos que hasta ahora se han resuelto sobre esta cuestión, así como las distintas soluciones dadas por el Tribunal para cada uno de ellos. Para concluir, analizaremos las diferencias entre los enfoques adoptados por Estrasburgo y Luxemburgo y la posibilidad de un futuro consenso entre ambos.

3.1. Caso Mennesson contra Francia, de 26 de junio de 2014.

3.1.1. Circunstancias del caso.

Un matrimonio heterosexual francés incapaz de concebir hijos de forma natural debido a la infertilidad de la mujer y tras una serie de intentos fallidos usando la técnica de la fecundación in vitro, decide recurrir a la técnica de la implantación de sus propios gametos en el útero de otra mujer en California (lugar donde este proceso es legal) y, por tanto, suscribir un acuerdo de gestación subrogada.

En una sentencia el Tribunal Supremo de California dictaminó que el primer solicitante sería el “padre genético” y la segunda solicitante la “madre legal” de cualquier niño a quien la gestante diera a luz en los cuatro meses siguientes. La sentencia especificaba los datos que tenían que consignarse en el certificado de

⁴⁰ A. DURÁN AYAGO, «Gestación por sustitución en España...», *loc. cit.*, p. 578.

nacimiento y establecía que el primer y segundo solicitantes deberían ser inscritos como padre y madre de los niños. Cuando las gemelas nacieron, los certificados de nacimiento fueron elaborados de conformidad con las condiciones indicadas anteriormente.

Posteriormente, el “padre intencional” fue al Consulado francés en Los Ángeles para inscribir los datos de las partidas de nacimiento en el Registro francés de nacimientos, matrimonios y defunciones y los nombres de las niñas se registraron en su pasaporte para que él pudiera regresar a Francia con ellas. El Consulado desestimó la petición alegando que no se podía demostrar que la persona a la que se pretendía inscribir como madre había dado a luz a las niñas y, sospechando que se trataba de un contrato de gestación por sustitución, remitió el expediente a la Fiscalía de Nantes. No obstante, los cuatro solicitantes pudieron volver a Francia sin problema porque la Administración Federal de los Estados Unidos había emitido pasaportes para las gemelas en los que el matrimonio aparecía como padre y madre de las niñas.

En 2001 se comenzó una investigación preliminar contra una persona por actuar como intermediario en un contrato de gestación por sustitución y con respecto al matrimonio por falsa representación que infringe el estado civil de las niñas. El juez de instrucción no resolvió porque los hechos se habían cometido en el territorio de los EE.UU., donde los mismos no estaban tipificados como delito y, por tanto, no eran punibles en Francia.

Los datos de las partidas de nacimiento se inscribieron, a instancia de la Fiscalía, en el Registro central francés de nacimientos, matrimonios y defunciones y, poco después, el Fiscal de Crèteil interpuso un recurso contra el matrimonio francés para que se anularan las anotaciones y la sentencia se registró al margen de las entradas, que quedaban así invalidadas.

Como la sentencia del Tribunal Supremo de California era contraria al orden público francés y al concepto francés del orden público internacional, no podía ejecutarse en Francia y no podía reconocerse en Francia la validez de los certificados expedidos sobre la base de la misma.

A raíz de esta actuación del Ministerio Fiscal, hubo una serie de procedimientos en los tribunales civiles:

El **Tribunal de primera instancia de Crèteil** declaró la acción como inadmisibile porque no podía considerarse admisible una acción del Fiscal por razón de orden público que él mismo había infringido si las disposiciones en que se había basado le permitían verificar la validez de los certificados e, incluso, rechazar el registro de los mismos.

El Fiscal apeló al **Tribunal de Apelación de París** y este también lo consideró inadmisibile, como cuestión de orden público internacional al considerar que el contenido de las anotaciones era exacto por lo que se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo de California y que la Fiscalía no discutía que la sentencia fuera vinculante para Francia o que los certificados expedidos en California fueran válidos de conformidad con los procedimientos habituales en ese Estado.

El **Tribunal de Casación** revocó esa sentencia sobre la base de que la Fiscalía tenía un interés en anular las inscripciones ya que las partidas de nacimiento en cuestión solo podrían haberse emitido siguiendo un acuerdo de gestación por sustitución. Remitió el caso al Tribunal de Apelación con un Tribunal de diferente composición.

El **Tribunal de Apelación de París** revocó la decisión que se le había remitido, anuló las inscripciones relativas a las partidas de nacimiento y ordenó que su sentencia fuera anotada al margen de las inscripciones de nacimiento invalidadas. Consideró que no podía alegarse que, por la acción interpuesta por el Ministerio Fiscal, las autoridades fiscales hubieran contravenido el orden público o perturbado las relaciones familiares pacíficas, ya que el objetivo era frustrar los efectos de un estado civil extranjero que consideraban contrarios al orden público francés o evitar la solicitud de registro de esas inscripciones. Dijo que los certificados eran indisociables de la decisión que los sustentaba y que la eficacia de la misma estaba supeditada a su legalidad internacional.

Los **solicitantes interpusieron recurso de casación** alegando que el interés superior del menor (en el sentido del artículo 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño) no se había tenido en cuenta y quejándose de una violación de su derecho a una relación estable entre padres e hijos y, además, una violación del artículo 8 de la Convención considerándolo aisladamente y en conjunción con el artículo 14. Alegaron que el reconocimiento de esa relación legítima paterno filial en Francia no era contraria al orden público internacional, que no debía confundirse con el nacional.

Sin embargo, el **Tribunal de Casación** (Sala Primera de lo Civil) dictó sentencia desestimando el recurso porque, a su juicio, la negativa a registrar los datos de un certificado de nacimiento expedido en ejecución de una resolución judicial extranjera, está justificada, ya que dar efecto a un acuerdo de gestación por sustitución era contrario a la inalienabilidad del estado civil (principio esencial del derecho francés).

Por último, el padre solicitó un certificado de nacionalidad francesa para las niñas nacidas en el extranjero. El secretario superior le envió formularios de acuse de recibo fechados en los que indicaba que la solicitud "todavía se estaba tramitando en su departamento en espera de una respuesta a la solicitud de autenticación enviada al Consulado de Los Ángeles, California".

3.1.2. Fundamentos de derecho.

Se alega una presunta violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Los demandantes se quejaron de que, en detrimento del interés superior de los hijos, no podían obtener el reconocimiento en Francia de la relación paterno-filial establecida legalmente en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución. Denunciaron una violación del derecho al respeto de su vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 de la Convención.

El mencionado artículo 8 de la Convención establece lo siguiente:

1. *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
2. *Las autoridades públicas no podrán injerirse en el ejercicio de este derecho, salvo que ello sea conforme a la ley y sea necesario en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención de desórdenes o delitos, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de los demás.”*

3.1.3. Fondo del asunto.

3.1.3.1. Respecto si ha habido o no una interferencia.

No se discute entre las partes la existencia o no de una injerencia en su derecho al respeto de su vida familiar como consecuencia de la negativa de las autoridades francesas a reconocer legalmente el vínculo familiar entre los demandantes.

Se parte de que el Tribunal está de acuerdo en que **ha habido una injerencia** en el ejercicio del derecho garantizado por el artículo 8 de la Convención (reiterando el enfoque que utilizó en Wagner y J.M.W.L, entre otros).

Ahora bien, esa injerencia no infringirá el artículo 8 del Convenio si puede justificarse "conforme a la ley" y siempre que sea "necesario en una sociedad democrática" (tal y como establece el párrafo segundo del mismo artículo 8).

La noción de "necesidad" implica que la interferencia corresponde a una necesidad social apremiante y, en particular, que es proporcional al objetivo legítimo perseguido.

3.1.3.2. Justificación de la interferencia.

3.1.3.2.1. El requisito que exige que sea “De acuerdo a la Ley”

En este punto, veremos las diferentes posturas de las partes en el proceso:

A. Los demandantes.

Las demandantes alegaron que **la base jurídica de la interferencia en cuestión era insuficiente.**

Se refirieron al principio del efecto atenuado del orden público internacional, según el cual "la reacción a una disposición que infrinja el orden público internacional variaba según el caso se refiera a la adquisición de un derecho en Francia o a dar efecto en Francia a un derecho adquirido válidamente, sin fraude, en el extranjero".

Para justificar su postura, alegaron que el artículo 16.7 del Código Civil se limitaba a consagrar el principio de que todo acuerdo de gestación por sustitución reproductiva o gestacional era nulo y no establecía que la nulidad se extendía a las relaciones paterno filiales establecidas legalmente en el extranjero respecto de los hijos así concebidos.

Además, sostienen que ninguna disposición de la legislación francesa prohibía el establecimiento de una relación legítima paterno filial entre un niño concebido de ese modo y la mujer y el hombre a quienes se había entregado el niño, y que el artículo 47 del Código Civil establece que siempre que los documentos del estado civil expedidos en un país extranjero se consideren válidos en la medida en que hayan sido elaborados de conformidad con los procedimientos utilizados en ese país. Así mismo, alegaron que otras parejas que habían celebrado acuerdos de gestación por sustitución en el extranjero habían tenido éxito a la hora de registrar los datos de nacimiento de los niños. Además, en el momento de los hechos, la jurisprudencia no excluía el reconocimiento de las relaciones legales entre padres e hijos por razones de orden público internacional.

Por último, los solicitantes se han enfrentado a un cambio abrupto de la práctica en cuanto a la obtención de pasaportes para sus hijos en el Consulado francés en Los Ángeles (diseñado para detectar casos de “madres de alquiler”) comparable al cambio repentino en la práctica que había sido objeto de una constatación de violación por el Tribunal de Justicia en Wagner y J.M.W.L.

B. El Gobierno Francés.

El Gobierno afirmó **que la injerencia se había producido "de conformidad con la ley"**. El artículo 16.7 del Código Civil, que era una disposición de orden público, disponía que todo acuerdo de gestación por sustitución reproductiva o gestacional era nulo y sin valor, y que el Tribunal de Casación había observado en varias sentencias que el principio de inalienabilidad del cuerpo humano y del estado civil también eran de orden público y se opuso a la atribución de la condición de padre o madre por contrato y a que se hiciera efectiva una relación padre-hijo prevista en los acuerdos de gestación por sustitución.

Los demandantes no podían desconocer el carácter de orden público de la prohibición de las prácticas de maternidad subrogada en virtud de la legislación francesa cuando celebraron el acuerdo, ni las dificultades que podrían surgir posteriormente.

Además, de conformidad con la jurisprudencia sobre el artículo 47 del Código Civil derivada de la sentencia del Tribunal de Casación de 12 de noviembre de 1986, las autoridades estaban justificadas para negarse a dar efecto en Francia a documentos de estado civil elaborados en un tercer Estado, cuando los datos consignados en ellos no coincidan con la realidad.

Salvo en casos aislados, en Francia no había práctica alguna, en ese momento, consistente en registrar los datos de nacimiento de los niños nacidos como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución celebrado en el extranjero.

C. El Tribunal.

Según la jurisprudencia del Tribunal, la expresión "de conformidad con la ley" del artículo 8.2 exige que la medida o medidas en cuestión tengan algún fundamento en el derecho interno, pero también se refiere a la calidad de la ley en cuestión, exigir que sea accesible al interesado y previsible en cuanto a sus efectos.

Para que la ley sea previsible, debe establecer con suficiente precisión las condiciones en que puede aplicarse una medida, a fin de que los interesados puedan regular su conducta en consecuencia.

El Tribunal considera que estas condiciones se cumplen en el presente asunto. Los demandantes no han aportado ninguna prueba que demuestre que en Francia existía una práctica más liberal en relación con el reconocimiento de dicha relación paterno filial. En el momento de los hechos, los artículos 16.7 y 16.9 del Código Civil establecían que los acuerdos de maternidad subrogada eran nulos y sin valor y especificaban que ello obedecía a razones de orden público.

A pesar de que el Tribunal de Casación no se ha pronunciado sobre el reconocimiento de la relación con arreglo al derecho francés, había especificado con anterioridad que el acuerdo de gestación por sustitución contravenía los principios de inalienabilidad del cuerpo humano y del estado civil.

Los demandantes no podían ignorar que existía un riesgo sustancial de que los tribunales franceses se pronunciaran en consecuencia en su caso, aun cuando ninguna disposición del Derecho nacional excluyera expresamente el reconocimiento de dicha relación y a pesar del principio del efecto atenuado del orden público (que, además, el Consejo de Estado considera inaplicable a este tipo de situaciones).

Por consiguiente, **el Tribunal considera que la injerencia fue "conforme a la ley"** en el sentido del artículo 8 del Convenio.

3.1.3.2.2. En cuanto a que la injerencia persiga "objetivos legítimos".

A. Los demandantes

Los demandantes observaron que la Fiscalía había solicitado, por propia iniciativa, el registro de la sentencia de los Estados Unidos dictada en su caso y, meses después de obtener el registro, había solicitado a los tribunales nacionales su anulación. Alegaron que, a la luz de estas acciones contradictorias, no podía considerarse que las autoridades francesas hubieran perseguido un objetivo legítimo.

B. El Gobierno

Según el Gobierno, la razón de la negativa a registrar los datos de las partidas de nacimiento de los Estados Unidos en el Registro francés era que esto habría dado efecto a un acuerdo de gestación por sustitución, que estaba formalmente prohibido por una disposición de orden público interno y constituía un delito punible de ser realizado en Francia.

Para el Gobierno, **los "objetivos legítimos" de la injerencia eran la prevención del desorden o el delito, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los demás.** Añadieron que el Ministerio Fiscal había pedido que se registraran los datos de las partidas de nacimiento de las niñas para poder solicitar posteriormente la anulación de esas inscripciones y que, al hacerlo, había cumplido con lo dispuesto en el artículo 511 de la circular general sobre el estado civil, que prescribía el registro automático en lo que respecta al orden público, en particular, cuando era necesario anular un documento sobre el estado civil de un nacional francés expedido en el extranjero con arreglo a los procedimientos locales.

C. El Tribunal

Al Tribunal no le convencen las alegaciones de ninguna de las partes. Observa que el Gobierno no ha establecido que cuando los nacionales franceses recurren a un régimen de maternidad subrogada en un país en el que dicho régimen es legal, ello constituya un delito con arreglo al Derecho francés.

El Tribunal entiende, sin embargo, que la razón por la que Francia se niega a reconocer dicha relación paterno filial legal es que trata de disuadir a sus nacionales de recurrir a métodos de reproducción asistida fuera del territorio nacional que están prohibidos en su propio territorio, con el fin de proteger a los niños madres de alquiler.

Por tanto, **el Tribunal acepta que el Gobierno pueda considerar que la injerencia persiguió dos de los objetivos legítimos enumerados en el párrafo segundo del artículo 8 del Convenio: la "protección de la salud" y la "protección de los derechos y libertades de los demás".**

3.1.3.2.3. En cuanto a la exigencia de que sea "necesario en una sociedad democrática".

A. Los demandantes.

Reconocieron que, al no existir un enfoque europeo común, los Estados parte tenían, en principio, un **amplio margen de apreciación en cuanto al contenido de las disposiciones jurídicas relativas a la maternidad subrogada**. No obstante, afirmaron que, **en el presente caso, el alcance de ese margen de apreciación era relativo**. Lo que aquí se trataba era una decisión que, en su país de residencia, privaba a los niños nacidos como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución legalmente realizado en el extranjero de documentos del estado civil que indicaban su relación legal con sus padres, incluido su padre biológico.

Dijeron que la exigencia de tener en cuenta el interés superior del niño restringía ese margen de apreciación y, que, además, había una tendencia favorable en Europa para tener en cuenta situaciones como la suya.

Alegaron que los **tribunales franceses no habían llevado a cabo el necesario examen concreto y exhaustivo de su situación familiar** y de los intereses contrapuestos y que el Tribunal de Apelación se limitó a desestimar el motivo de apelación y el Tribunal de Casación confirmó esa sentencia, con la mera afirmación de que la medida en cuestión no impedía a los demandantes vivir juntos.

La justificación de los tribunales nacionales era irrelevante, ya que **el principio de la inalienabilidad del estado civil de una persona era objeto de numerosas disposiciones prácticas** (*los transexuales pueden obtener un cambio de sexo indicado en su certificado de nacimiento, por ejemplo*). Además, el derecho francés favorece actualmente a los padres "intencionales" (*por ejemplo, en el caso de la implantación de embriones en el útero de un tercero, que era legal en Francia, una mujer que llevó el embrión de otra pareja y dio a luz a un niño que no era biológicamente suyo, podría establecer una relación legal padre-hijo con ese niño que excluía a los padres biológicos. Lo mismo ocurre en los casos de inseminación de donantes.*)

Alegaron que **la injerencia no permitía alcanzar el objetivo perseguido**, ya que no privaba a los hijos de la relación legal paterno filial con la madre y el padre reconocidos por la legislación californiana y no impedía a los solicitantes vivir juntos en Francia. Además, **su vida familiar efectiva y afectiva era "legalmente clandestina"**. Esto choca especialmente en el caso del primer solicitante, que, a pesar de ser su padre biológico, fue privado del reconocimiento de esa relación legal por la negativa a inscribir los datos de las partidas de nacimiento en el Registro, sin haber nada que impidiera que esa relación fuera registrada oficialmente.

Los solicitantes **no tienen otra posibilidad de establecer legalmente los vínculos familiares**, ya que la jurisprudencia del Tribunal de Casación excluye la inscripción de los datos de nacimiento y la adopción o el reconocimiento de su disfrute de facto de la condición (posesión de estado).

Los demandantes también observaron **que la medida en cuestión tenía "consecuencias manifiestamente desproporcionadas" para la situación de las hijas** (no tenían nacionalidad francesa, no tenían pasaporte francés, no tenían un permiso de residencia válido, aunque como menores no podían ser deportados, y podría resultar imposible obtener la nacionalidad francesa y, por tanto, no ser elegible para votar y no tener derecho a un permiso incondicional para permanecer en Francia, también podrían verse impedidos de heredar en virtud de la herencia de los dos primeros solicitantes, etc.). Para llevar a cabo tareas administrativas para las que se requiere la nacionalidad francesa o una relación oficial entre padres e hijos, tenían que presentar los certificados de nacimiento de los Estados Unidos junto con una traducción jurada oficial para

demostrar que los niños eran suyos, y el éxito de su solicitud dependía de la buena voluntad de la persona que se ocupaba de ello.

También **cuestionan la finalidad de denegar la inscripción** si, como sostiene el Gobierno, tales certificados surten pleno efecto en Francia y la inscripción es una mera formalidad.

Dado que las sentencias del Tribunal de Casación anulaban el reconocimiento de la paternidad por los padres biológicos de los hijos nacidos como resultado de un contrato de gestación por sustitución realizado en el extranjero, en este caso, las niñas no podían adquirir la nacionalidad francesa, aunque el primer demandante fuera su padre biológico (y, en virtud del artículo 18 del Código Civil, “un hijo de quien al menos uno de los padres es francés tiene nacionalidad francesa”).

B. El Gobierno

El Gobierno alegó que el hecho de que no se registraran los datos de los documentos extranjeros del estado civil, no les impedía tener pleno efecto en Francia.

El Gobierno argumenta que:

- Los certificados de nacionalidad francesa se expedieron sobre la base de dichos certificados cuando se comprobó que uno de los padres era francés y que los menores no podían ser expulsados de Francia.
- El matrimonio gozaba de plena responsabilidad parental respecto de las hijas, sobre la base de los documentos del estado civil de los Estados Unidos.
- En caso de que se divorciaran, el juez de familia determinaría su lugar de residencia y los derechos de contacto de los padres mencionados en el documento del estado civil extranjero.
- Como prueba de la condición de heredero por cualquier medio, las hijas estarían en condiciones de heredar en virtud de la herencia de los padres pretendidos sobre la base de sus documentos del estado civil de los Estados Unidos, según lo dispuesto en el derecho común.

El Gobierno cuestiona el alcance real de la injerencia en la vida familiar de los solicitantes, ya que habían superado los problemas a los que se referían, y que, en general, no han demostrado que se enfrentan a "dificultades numerosas y cotidianas". La injerencia se limita a su incapacidad para obtener documentos del estado civil francés.

A fin de proscribir toda posibilidad de que el cuerpo humano se convierta en un instrumento comercial, garantizar el respeto del principio de que el cuerpo humano y el estado civil de una persona son inalienables y proteger el interés superior del niño, el legislador había decidido no permitir los acuerdos de gestación por sustitución y que el hecho de permitir el registro de dichos certificados de nacimiento sería aceptar tácitamente que el Derecho interno podría eludirse a sabiendas y con impunidad.

La no inscripción de la relación legal con respecto del padre se debió al hecho de que el matrimonio había entrado en el acuerdo de gestación por sustitución como pareja y que sus respectivas situaciones eran indisociables.

Dado que la gestación por sustitución era una cuestión moral y ética y que no había consenso entre los Estados parte, estos últimos deben gozar de un amplio margen de apreciación en este ámbito y en la forma en que aprehenden los efectos de la relación

legal entre padres e hijos establecida en el extranjero. La injerencia en el ejercicio de sus derechos garantizados por el artículo 8 de la Convención es, por tanto, "totalmente proporcional" a los objetivos perseguidos, con el resultado de que no ha habido violación de esa disposición.

El Gobierno declaró que el padre no podía reconocer a las hijas en Francia porque el reconocimiento de la paternidad por el "padre intencional" de un hijo nacido de un contrato de gestación por sustitución debía anularse si había eludido la ley recurriendo a dicho acuerdo.

C. El Tribunal

El Tribunal comparte el análisis de los demandantes de que el hecho de que un aspecto esencial de la identidad de las personas esté en juego cuando se trata de la relación entre padres e hijos, restringe el margen de apreciación del Estado demandado en el presente caso. El Tribunal debe determinar, teniendo en cuenta el principio esencial del interés superior del menor, si se ha logrado un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos del Estado y los directamente afectados por esa solución.

En virtud del derecho francés, los acuerdos de gestación por sustitución eran nulos por razones de orden público, por lo que, sostuvo que, en la medida en que daba efecto a un acuerdo de gestación por sustitución, la sentencia dictada en el caso de los demandantes por el Tribunal Supremo de California era contraria al concepto francés de orden público internacional y que, dado que los certificados de nacimiento estadounidenses de las hijas se habían expedido en aplicación de dicha sentencia, los datos de dichos certificados no podían inscribirse en el registro francés. El tribunal debe verificar si, al aplicar este mecanismo, los tribunales nacionales tuvieron debidamente en cuenta la necesidad de encontrar un equilibrio justo entre los intereses en juego.

El Tribunal de Casación declaró que la imposibilidad de inscribir los datos de las partidas de nacimiento no atenta contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar ni contra el interés superior de los hijos, ya que no los priva de la relación legal padre-hijo reconocida por la legislación californiana y que no les impide vivir en Francia con los padres pretendidos.

3.1.3. Conclusiones

Debe hacerse una distinción entre el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y el derecho de los demandantes tercero y cuarto al respeto de su vida privada, por otro lado.

- **El derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar.**

El Tribunal considera que la falta de reconocimiento, en el Derecho francés, de la relación legítima padre-hijo entre los padres pretendidos y las hijas afecta necesariamente a su vida familiar. Señala a este respecto que el Tribunal de Apelación de París reconoció en este caso que la situación así creada causaría "dificultades prácticas".

Por consiguiente, al no disponer de documentos del estado civil francés ni de un libro de familia francés, los solicitantes están obligados a presentar documentos civiles estadounidenses (no registrados) acompañados de una traducción jurada oficial cada vez que el acceso a un derecho o a un servicio requiera una prueba de la relación legal

padre-hijo y, a veces, se encuentran con sospechas, o incomprensión, de la persona que tramita la solicitud.

Además, una consecuencia del hecho de que, con arreglo a la legislación francesa, los dos hijos no tienen reconocida una relación legal paterno filial con los padres es que no se les ha concedido la nacionalidad francesa. El Gobierno sostiene que, según la circular del Ministro de Justicia de 25 de enero de 2013, las hijas podían obtener un certificado de nacionalidad francesa sobre la base del artículo 18 del Código Civil, que dispone que “el hijo de padre o madre francés tiene nacionalidad francesa” presentando sus certificados de nacimiento estadounidenses. No obstante, el Tribunal señala que aún no está claro si esta posibilidad existe realmente. Según la disposición mencionada, la nacionalidad francesa se concede sobre la base de la nacionalidad de uno u otro progenitor y, precisamente, la determinación jurídica de los padres la que está en el centro de la demanda presentada.

El Tribunal observa que el Gobierno se basa en el artículo 47 del Código Civil, que dice que los certificados de estado civil expedidos en el extranjero y redactados de conformidad con los procedimientos habituales del país de que se trate se consideran válidos "salvo en los casos en que otros certificados o documentos, datos externos o datos contenidos en el propio certificado demuestren que el documento en cuestión es ilegal, falso o que los hechos expuestos en él no coinciden con la realidad". La cuestión radica en si esta excepción se aplica a una situación como esta, en la que los hijos nacieron como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución celebrado en el extranjero, que el Tribunal de Casación ha considerado una elusión de la ley.

El Tribunal considera que debe resolver la cuestión teniendo en cuenta los obstáculos prácticos (y no los riesgos potenciales) que la familia ha tenido que superar debido a la falta de reconocimiento de dicha relación en el Derecho francés. Señala que las demandantes no alegan que haya sido imposible superar las dificultades a las que se referían y no han demostrado que la imposibilidad de obtener el reconocimiento de la relación legal padre-hijo en virtud de la legislación francesa, les haya impedido disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar. El Tribunal observa que anular la inscripción de los datos en el registro francés no les impedía vivir con los solicitantes primero y segundo en Francia.

El Tribunal concluye que los órganos jurisdiccionales franceses llevaron a cabo debidamente dicho examen y considera que la situación planteada por la conclusión del Tribunal de Casación en el presente asunto establece un **justo equilibrio entre los intereses de los demandantes y los del Estado en lo que se refiere a su derecho al respeto de la vida familiar.**

- **El derecho de las hijas al respeto de su vida privada.**

Este derecho exige que todos puedan establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales, lo cual incluye la relación legal entre padres e hijos. En el estado actual del derecho interno, las hijas se encuentran en una situación de inseguridad jurídica.

Aunque los tribunales franceses reconocen la relación paterno filial legal, en la medida en que se ha establecido con arreglo al derecho californiano, la negativa a dar efecto a la sentencia de los Estados Unidos y a registrar los detalles de los certificados de nacimiento muestra que la relación no está reconocida en el ordenamiento jurídico

francés. Una contradicción de este tipo socava la identidad de los hijos en la sociedad francesa.

Aunque el artículo 8 de la Convención no garantiza el derecho a adquirir una nacionalidad determinada, el hecho es que la nacionalidad es un elemento de la identidad de una persona.

El hecho de que las hijas no estén identificadas en el Derecho francés como hijas de los demandantes tiene consecuencias para sus derechos sucesorios. Este es también un componente de su identidad en relación con la filiación de la cual se priva a los niños nacidos como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución realizado en el extranjero.

El Tribunal puede aceptar que Francia desee disuadir a sus nacionales de salir al extranjero para aprovechar métodos de reproducción asistida que están prohibidos en su propio territorio. Considerando, no obstante, que los efectos del no reconocimiento en el Derecho francés de la relación legítima padre-hijo entre los hijos así concebidos y los padres previstos no se limitan a los padres, sino que también afectan a los propios niños, cuyo derecho al respeto de su vida privada se ve sustancialmente afectado.

Se plantea una grave cuestión en cuanto a la compatibilidad de esa situación con el interés superior del niño, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que se adopte al respecto.

Este análisis adquiere una dimensión especial cuando uno de los padres previstos es también el padre biológico del niño. Teniendo en cuenta la importancia de la filiación biológica como componente de la identidad no redundaría en interés del niño privarlo de una relación jurídica de esta naturaleza cuando se ha establecido la realidad biológica de esa relación y el niño y el progenitor de que se trate exigen su pleno reconocimiento.

Teniendo en cuenta esto, al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación jurídica con su padre biológico, el **Estado demandado sobrepasó los límites permisibles de su margen de apreciación**. El Tribunal concluye que **se ha vulnerado el derecho al respeto de la vida privada** de las niñas.

En conclusión, no se ha violado el artículo 8 del Convenio en lo que respecta al derecho de los solicitantes al respeto de su vida familiar. Sin embargo, ha habido una violación de esa disposición con respecto al derecho de los demandantes tercero y cuarto al respeto de su vida privada.

3.2. Caso Labassée contra Francia, de 26 de junio de 2014

3.2.1. Hechos probados

En el año 2000, una pareja francesa viaja a Estados Unidos, concretamente a Minnesota, con el fin de tener una hija mediante gestación por sustitución. El motivo de su desplazamiento es la ilegalidad de esta práctica en la República Francesa, recogida, como veremos más adelante, en el Código civil francés.

En el nacimiento se emplea material genético del padre intencional, pero no de la madre intencional, es decir, el óvulo procede de una donante.

La niña nace finalmente el 27 de octubre de 2001 y, tal y como consta en su acta de nacimiento expedida en Minnesota a fecha de 1 de noviembre de 2001, los padres son la pareja francesa (Sres. Labassée).

La gestante renuncia, ante las autoridades de Minnesota, a todos sus derechos respecto de la niña.

Los Sres. Labassée viajan a Francia con la niña y solicitan su inscripción en el Registro Civil francés como hija de la pareja. Esta posibilidad se les niega y acuden a los tribunales. En sucesivos recursos, la justicia francesa niega esta posibilidad a la pareja.

3.2.2. Fundamentos de derecho

Los tribunales franceses consideran que, al estar la gestación subrogada prohibida en Francia, la inscripción de tal filiación en el Registro supondría un perjuicio al orden público. Además, se considera la actuación de los padres como una fraudulenta violación de la ley francesa.

Los padres alegan posesión de estado y aportan el acta de nacimiento de Minnesota para conseguir la inscripción de su hija. La justicia francesa considera que, tanto la posesión de Estado, como el acta de nacimiento se encuentran viciadas.

Según la Corte de apelación francesa, para poder constituir una presunción legal que permita el establecimiento de la filiación, la posesión de estado debe estar exenta de vicios. En este caso, dicha posesión de estado responde a un contrato de gestación por sustitución, que, en aplicación de los arts. 16.7 y 16.9 del Código Civil francés, es nulo de pleno derecho. Bajo estas condiciones, la posesión de estado es considerada viciada y carece de efectos en cuanto a la filiación que reclaman los demandantes.

La jurisprudencia de la Corte de casación francesa ha venido considerando que el nacimiento es el resultado del fraude a la ley francesa que prohíbe la gestación por sustitución, por lo que debe denegarse la transcripción de las actas de nacimiento, que se consideran nulas y carecen de valor en Francia.

En algunas sentencias llega la Corte de casación a considerar este fenómeno como una compra del niño, considerándolo ajeno al interés superior del menor (artículo 3 del Convenio sobre los Derechos del Niño) y al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

En cuanto al derecho de respeto a la vida privada y familiar, las autoridades francesas han entendido que, para que este derecho nazca, debe considerarse que hay una familia. En casos como el presente, es difícil defender tal argumento si no se reconoce la existencia de una familia.

En definitiva, los puntos clave de los órganos franceses han sido la defensa del orden público y los vicios existentes en la posesión de estado.

3.2.3. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el mecanismo empleado por Francia en cuanto a la invocación de orden público internacional es un recurso previsto por el Derecho Internacional Privado. No obstante, considera que debe ser analizado y distinguido el derecho de los padres al respeto de su vida familiar y el derecho de la menor al respeto de su vida privada, en sintonía con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal considera que el respeto a la vida familiar se ve, de algún modo afectado por la ausencia de reconocimiento de la filiación. Para ello también ha señalado que el Consejo de Estado francés en su informe de 2009 reconoció que la vida familiar de estas personas se hace más complicada, en relación con determinadas formalidades cuando no hay un reconocimiento.

También establece el Tribunal que no es posible que las autoridades francesas aleguen falta de prueba o que consideren incompreensión o irregularidad en los documentos aportados por los padres, pues se encuentran debidamente apostillados y traducidos al francés, junto con toda la documentación necesaria.

Por otro lado, juega totalmente en contra de la menor el hecho de no tener un reconocimiento de filiación relacionado con sus padres, puesto que, sin ello, no le será otorgada la nacionalidad francesa. Esto es contradictorio para el Tribunal, ya que el artículo 18 del Código Civil francés establece que será francés el hijo cuando uno de los padres lo sea. Conforme al acta de nacimiento de la menor, emitido en Estados Unidos, son los Sres. Labassée sus padres, por lo que debería reconocérsele el derecho a la nacionalidad y la filiación.

De este modo, cuando Francia niega el reconocimiento de la menor como hija de los demandantes, realmente está afectando al desarrollo de la vida privada y pública de la menor, pues no integra su identidad dentro de la sociedad francesa.

Establece el Tribunal que afecta a la propia identidad de la demandante el hecho de no reconocer su nacionalidad, que conforme al derecho francés debería reconocerse, al menos por la parte de su padre biológico, pues es nacional francés. El artículo 8 del Convenio no recoge específicamente el derecho a la nacionalidad, pero es innegable que la nacionalidad es parte inherente de la identidad.

En cuanto a la sucesión, la menor podría verse privada de derechos por el no reconocimiento de la filiación por parte de sus padres. En este caso, el futuro padre es padre biológico también y habría iguales efectos, pero en el caso de la madre, la hija no tendría derechos sucesorios.

La conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que no hay una violación de los derechos familiares de los padres futuros, pero sí hay una violación del derecho a la vida privada de la menor, recogida en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

3.3. Asunto D. y otros contra Bélgica (nº 29176/13), de 8 de julio de 2014.

3.3.1. Circunstancias del caso

Los demandantes son un matrimonio belga que había viajado a Ucrania por cuestiones de un embarazo subrogado el 26 de febrero de 2013. Dicho matrimonio obtuvo el certificado de nacimiento del niño ucraniano (A) en el cual figuraba que eran los progenitores y sin hacer mención de la gestante. Aparte, querían obtener un pasaporte para A, pero la embajada de Bélgica en Kiev se lo denegó al no presentar los documentos requeridos que confirmaban que fueran ellos los padres. Por ello, el 19 de marzo de 2013, el matrimonio se dirigió al Tribunal de Primera Instancia de Bruselas solicitando el documento de viaje para que A pudiese entrar en Bélgica. Además, el 22 de marzo de 2013, interpusieron un procedimiento ante el mismo Tribunal para que, en virtud del artículo 27 del Código de Derecho Internacional Privado, se reconociese la validez del certificado de nacimiento del niño.

El 5 de abril de 2013 el Tribunal de Primera Instancia declaró que los demandantes no habían presentado suficientes pruebas que reconocieran la relación de parentesco entre el niño y el matrimonio belga, además de que no había datos sobre el método de procreación ni sobre el acuerdo de gestación subrogada.

La relación entre la gestante y el niño se pudo confirmar basándose en el parto según la legislación belga. Respecto a la relación parental, no se podía confirmar nada al no disponer de datos que informaban sobre el método de procreación utilizado. Además, los resultados de la prueba de ADN carecían de valor probatorio al haberse realizado en un sitio de Internet. Contra esta decisión, los demandantes presentaron un recurso de apelación.

El 8 de abril de 2013, el padre demandante declaró en Bruselas ante Notario el reconocimiento de A como su hijo.

El día 31 de julio de 2013 se pronunció el Tribunal de Apelación de Bruselas señalando que los demandantes habían presentado varios documentos adicionales en los que se confirmaba la relación biológica y la falta de amenaza al orden público en Bélgica, por lo que el Tribunal de Apelación estimó el recurso interpuesto por los demandantes, pues se consideró que las pruebas presentadas sobre el nacimiento de A, cumplían con las condiciones establecidas por el Gobierno ucraniano para declarar válido el acuerdo de gestación por sustitución. Por ello, el tribunal ordenó al Estado belga que se realizara la expedición del documento de viaje para que A pudiese entrar en el territorio nacional belga.

El problema fue que, durante todo este proceso, los demandantes estuvieron 3 meses separados del niño, pues se les había expirado el permiso de residencia en Ucrania y tuvieron que volver a Bélgica, teniendo únicamente dos ocasiones para ir a visitarlo durante un periodo limitado de tiempo de una semana.

El documento de viaje para el niño lo obtuvieron el 5 de agosto de 2013 y desde el día siguiente viven los tres en Bélgica.

3.3.2. Fundamentos de derecho

Para este caso, se analizan varios artículos:

- 1) Respecto al reconocimiento de partidas de nacimiento emitidas en el extranjero, los tribunales belgas aplican el artículo 27 del Código de Derecho Internacional Privado, el cual establece que se reconocerá en Bélgica un acto auténtico extranjero cuando su validez sea establecida de conformidad con el Derecho aplicable y después de haber reunido las condiciones necesarias para su autenticidad, según el Derecho del Estado en el que se haya establecido.
- 2) En relación con el derecho aplicable a la filiación, tenemos el artículo 62.1. del Código de Derecho Internacional Privado:

“El establecimiento y la impugnación de la paternidad o la maternidad de una persona se rigen por el Derecho del Estado de su nacionalidad al momento del nacimiento del niño o, si este establecimiento resulta de un acto voluntario, al momento de ese acto.

Cuando el Derecho designado por el presente artículo no establezca la necesidad de consentimiento, la exigencia y condiciones del consentimiento del niño, así como el modo de expresión de ese consentimiento, se rigen por el Derecho del Estado sobre el territorio del cual él tenga su residencia habitual al momento de otorgarlo”.

- 3) En la sección 4 de la Ley 14 de agosto de 1974 sobre la emisión de pasaportes, se establece que “el personal diplomático y consular belga expide pasaportes u otros documentos en sustitución de los nacionales belgas en países extranjeros”. Por otro lado, en la sección 7 de la misma Ley, se recoge que “cuando exista una duda sobre la identidad o nacionalidad del solicitante, la expedición del pasaporte u otro documento que lo sustituya podrá suspenderse hasta que la persona o el departamento hayan establecido su identidad o nacionalidad belga por medio de documentos o testimonios concluyentes”.
- 4) En el Código de Familia de Ucrania, se regula el uso de técnicas de reproducción asistida. En su artículo 123.2 se dispone lo siguiente: “En caso de que se transfiera el embrión humano concebido por los cónyuges, como resultado del uso de técnicas de reproducción asistida al útero de otra mujer, los padres biológicos del bebé serán registrados como los padres legales del recién nacido”.
- 5) Por último, se hace referencia a la Convención de los Derechos Humanos haciendo mención de una serie de artículos:
 - Artículo 8 sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar:
 1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*
 - Artículo 6: toda persona tiene derecho a un proceso equitativo.
 - Artículo 13: derecho a un recurso efectivo. *“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”*
 - Artículo 17: prohibición del abuso del derecho. *“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.*
 - Artículo 35.3 y 4 sobre las condiciones que deben darse en la demanda para ser admisible.

Los demandantes habían alegado la violación del artículo 8 del Convenio señalando que no se había respetado su vida privada y familiar debido al tiempo que

tuvieron que estar separados de su hijo ya que las autoridades belgas habían denegado la entrada de A en el territorio nacional. Durante ese tiempo que tuvieron que estar separados del niño, habían sufrido en todo momento al no poder estar con él y sintiendo que no le habían dejado debidamente protegido, por lo que la decisión del Estado belga de no admitir su solicitud para que el niño pudiese entrar en el territorio fue considerada infundada y contraria al interés superior del niño, además de que consideraban que el derecho a mantener relaciones familiares entre los padres y los hijos debía primar sobre cualquier interés del Estado, según los demandantes.

3.3.3. Decisión de terceros y evaluación del Tribunal.

Por otro lado, tenemos la decisión del Centro Europeo de Derecho y Justicia, el cual consideró que al haber sido los demandantes quienes habían infringido el Derecho belga y el Derecho internacional al realizar la gestación subrogada, no podían ser ellos quienes denunciaran una situación que ellos mismos habían originado, por lo que el CEDJ solicitó que se no se estimara la demanda conforme al artículo 17 del Convenio. También el CEDJ añadió que, aunque los demandantes tuvieron que estar una temporada separados del niño, no lo consideraron un tiempo excesivo y que el Estado belga lo que buscaba en todo momento era que se cumpliera la ley del estado civil y que no se realizaran prácticas contrarias a la dignidad humana y, por encima de todo, que se protegiese los intereses del niño.

Respecto a la decisión del Tribunal, este evaluó el presente caso diciendo que:

En primer lugar, es fundamental mencionar que cuando los demandantes iniciaron los procedimientos de conformidad con el artículo 27 del Código de Derecho Internacional Privado en Bélgica, para que se garantizase el reconocimiento del certificado de nacimiento de A, que no eran objeto de las denuncias presentadas al Tribunal de Justicia, pues los demandantes se referían únicamente a una solicitud de urgencia que presentaron para que el niño pudiese entrar en Bélgica.

En segundo lugar, el Tribunal señaló que tanto el Gobierno como los demandantes estaban de acuerdo en que el presente caso estaba comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Convención, pues sostiene que este último puede extenderse incluso si la vida familiar todavía no se ha formado al completo, pues aunque ésta no se haya establecido completamente, los lazos familiares existen: desde el nacimiento de A, el matrimonio belga en todo momento quería garantizar una vida familiar efectiva entre los tres, y ello se comprueba que se está cumpliendo desde que el niño y el matrimonio belga están viviendo juntos en Bélgica, por lo que, en opinión del Tribunal, el artículo 8 de la Convención se puede aplicar a la situación de la familia de este caso.

Por último, el Tribunal analiza si la denegación a expedir el documento de viaje por parte del Gobierno belga se trataba de una injerencia conforme a la ley y si era necesaria para mantener una sociedad democrática (artículo 8.2. de la Convención). El Tribunal dijo lo siguiente:

- 1) La denegación del Gobierno de Bélgica para expedir el pasaporte de A estaba basada en el artículo 7 de la Ley de 14 de agosto de 1974 sobre expedición de pasaportes, en la cual se establecía que la expedición de cualquier documento podría suspenderse si existía alguna duda respecto a la nacionalidad del interesado. Y en este caso, el nacimiento de A en Ucrania no fue reconocido conforme al artículo 27 y el artículo 62 del Código de Derecho Internacional Privado.

- 2) Las autoridades belgas se habían negado a autorizar la entrada del niño en el territorio nacional debido a que se tenía que verificar si se estaba cumpliendo con las legislación belga y ucraniana. La injerencia por parte del Gobierno belga había tenido lugar por el hecho de que era necesario prevenir los delitos y combatir con la trata de seres humanos. En el presente caso, el objeto era proteger los derechos de la gestante y del niño.
- 3) Se sostiene que el derecho al respeto a la vida familiar tiene un margen amplio, pues no existe un consenso entre los Estados miembros y tampoco hay un acuerdo respecto a la importancia del interés buscado o a los medios que se han de usar para poder protegerlo.
- 4) Como sabemos, mientras se llevaba a cabo el trámite para que se aceptase la solicitud de urgencia que habían presentado los demandantes, tuvieron que estar separados de A durante un periodo aproximado de 3 meses, el cual fue muy difícil para ellos al no poder desarrollar una vida familiar con normalidad. El Tribunal era consciente que aquella separación afectaba a las relaciones entre los padres y el niño, pues además los primeros meses de vida son fundamentales para el desarrollo psicológico del niño con sus padres. A pesar de ello, el Tribunal señaló que la espera del matrimonio para que se les admitiese la solicitud no fue excesivamente larga, además de que era un procedimiento que obligatoriamente el Estado belga tenía que realizar al considerar que “la Convención no puede exigir a los Estados miembros que se autorizasen el ingreso a su territorio de los hijos nacidos de la gestante subrogada sin previa verificación legal por parte de las autoridades nacionales”.
- 5) Coincide con el argumento del Gobierno belga cuando se señala que el matrimonio tenía que haber previsto que esta situación podía darse, pues los tribunales belgas, en otras ocasiones, ya habían resuelto casos similares y por lo tanto, los demandantes tenían que haber sabido que la solicitud para expedir el documento de viaje es un trámite que conlleva un tiempo determinado, más aún cuando se tiene que reconocer la relación familiar con el niño y que sean las autoridades belgas quienes permitan la entrada de A en el territorio nacional.
- 6) Las dificultades que tuvieron los demandantes para permanecer más tiempo en Ucrania no era responsabilidad del Estado belga, además de que en ningún momento las autoridades belgas habían negado al matrimonio que viajaran a Ucrania para ver al niño durante al menos un par de días.
- 7) La solicitud presentada por los demandantes fue calificada de carácter urgente por el Presidente del Juzgado de Primera Instancia, pero ello no implicaba el reconocimiento de la existencia de la relación biológica entre los demandantes y el niño, pues no se habían presentado las pruebas suficientes para poder verificarlo y por lo tanto, el Tribunal entendió que el Estado belga había actuado correctamente al denegarles la solicitud en un primer momento, siendo los propios demandantes los que habían provocado que su situación familiar se llevara a cabo mediante un procedimiento largo y complicado.

Por todo lo expuesto anteriormente, el Tribunal declaró infundada la denuncia del artículo 8 del Convenio por parte de los demandantes y que se debe de desestimar conforme al artículo 35.3 a) y 4 del mismo Convenio.

3.4. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 24 de enero de 2017

3.4.1. Breve introducción

El señor Campanelli y la señora Paradiso presentaron en 2012 una solicitud contra la República Italiana por considerar que las autoridades del país habían vulnerado el derecho a la vida privada y familiar del niño. Derechos recogidos en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los DDHH y las Libertades Fundamentales.

En 2015 la demanda fue admitida. Y la Sala de la Segunda Sección del Tribunal determinó que sí había existido esa violación del artículo 8.

Posteriormente, el Gobierno italiano pidió la remisión del caso a la Gran Sala, en virtud del artículo 43 de la Convención.

3.4.2. Las circunstancias del caso

El señor Campanelli y la señora Paradiso intentaron ser padres por medio de la reproducción asistida y por medio de la adopción. Ninguno de estos mecanismos resultó exitoso. Por lo tanto, decidieron recurrir a la gestación por sustitución a través de una gestante en Rusia.

Todo marchó según lo previsto y nació un niño el 27 de febrero de 2011. Ese mismo día, la gestante consintió que la inscripción del niño se hiciese como hijo de la pareja italiana.

Se procedió entonces al registro de la pareja como padres del niño en el Registro Civil de Moscú. Más tarde la parte demandante acudió al Consulado italiano en Moscú para regular su vuelta a Italia con el niño.

A finales de abril llegaron a Italia. Sin embargo, se envió una nota a distintos organismos italianos que decía que el expediente relativo al nacimiento del niño contenía datos falsos. Pensando que no había ningún impedimento, acudieron a realizar la inscripción de la partida de nacimiento.

En mayo de 2011 se inició un proceso penal contra los demandantes, acusados de alteración del estado civil y de falsificación por haber viajado con el niño a Italia sin seguir los procedimientos establecidos.

Además, se inició la apertura del procedimiento de adopción del niño, ya que según la ley italiana se consideraba que el niño se encontraba en estado de abandono.

La pareja se opuso, en parte argumentando que, tras muchos intentos, acudieron a Rusia donde la gestación por sustitución es legal.

Los tribunales italianos ordenaron una prueba de ADN entre padre e hijo que terminó demostrando que no existía vínculo genético entre ellos.

El Registro del municipio se negó a registrar el certificado de nacimiento y el Ministerio Público solicitó que se diera una nueva identidad al niño y se emitiera un nuevo certificado.

Durante este proceso se realizaron informes psicológicos y relativos al entorno en el que se desarrollaba la vida del niño, siendo todos los resultados favorables. Los demandantes intentaron que se les adjudicase el niño, aunque fuese por la vía de la adopción. Sin embargo, el niño termina en manos de los servicios sociales.

En el proceso se vincula la ilegalidad cometida por la pareja según los tribunales con la vulneración de la Ley italiana 184 de 4 de mayo de 1983 (derecho del niño a una familia). Acabar con esta situación de ilegalidad es la razón para retirar al niño.

Ante el Tribunal de Apelación de Campobasso los demandantes alegaron que los tribunales italianos no podían impugnar la certificación rusa de nacimiento, a lo que el Tribunal respondió alegando que, según la Ley de Adopción, el niño se encontraba en situación de abandono. A los ojos del Tribunal, según la Ley 218/1995 Sobre Derecho Internacional Privado, sí se podía proceder a la impugnación de la certificación.

Este tribunal entendió que la pareja había cometido el delito regulado en el artículo 72 de esta Ley de Adopción (sobre la introducción de un menor en el país para conseguir algún tipo de beneficio) y se continuó con el proceso de adopción.

En 2013, el niño fue entregado a una familia para proseguir con el procedimiento de adopción.

3.4.3. Legislación y práctica nacionales pertinentes

Según la ley de DIPr mencionada anteriormente, la filiación del niño se determina por la legislación nacional del niño en el momento del nacimiento.

Según la normativa rusa vigente en el momento de los hechos, se les reconocería como padres del nacido aun siendo por gestación por sustitución, siempre y cuando la gestante diese su consentimiento.

3.4.4. Derecho y los instrumentos internacionales pertinentes

Cabe destacar el Convenio de La Haya sobre supresión del requisito de legalización de documentos públicos extranjeros. En él se establece que el que ese documento esté apostillado no es signo de que todo lo indicado en el mismo sea cierto.

Es necesario también hacer referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Esta convención dispone que el primer periodo de la vida del niño sea un periodo en el que es vital que se cumplan todos los derechos que garantiza esta convención. Este primer periodo lo pasó con los demandantes.

3.4.5. Disputa ante la gran sala.

Los demandantes sostienen que las autoridades italianas no tuvieron en cuenta el interés del menor en su actuación. Las denuncias presentadas por la pareja en nombre del niño son objeto del procedimiento en esta Gran Sala.

El Gobierno italiano por su parte alega que los demandantes no agotaron la vía interna y que no poseían *locus standi* ante el tribunal. Ambas excepciones son rechazadas.

3.4.6. Sobre la posible violación del artículo 8 de la convención.

Según la pareja, el gobierno italiano con su actuación vulnera este artículo 8.

La Sala determinó que, a pesar de no poderse reconocer el certificado de nacimiento por la legislación italiana, había existido una familia de facto en el sentido del artículo 8.

Con lo cual, la Sala determinó que con las actuaciones de las autoridades italianas habían constituido una injerencia de hecho en la vida familiar *de facto* entre los demandantes y el niño. Así como injerencia en la vida privada de los demandantes.

La Sala sí reconoció que las autoridades italianas no actuaron del todo “mal” debido a que actuaron según lo entendible sabiendo que los demandantes vulneraron las leyes italianas. Sin embargo, también creyó que la retirada del niño es una medida que debe utilizarse como último recurso. (Las autoridades intentaban proteger el orden público).

La pareja alegaba que todo se había hecho cumpliendo los requisitos legales establecidos en el momento de los hechos y que todo obedecía a un plan serio de formar una familia. Además, alegan que la no existencia de vínculo biológico no es suficiente para descartar la existencia de una vida familiar.

A lo que el Gobierno alega que el artículo 8 ha sido interpretado de una manera demasiado amplia. Y además expone que esa vida familiar de hecho sería real si existiese un vínculo biológico. Y que el certificado de nacimiento era contrario al orden público.

Además de que, según el Código Civil italiano, la única madre biológica es la que da a luz al niño, algo que no ocurre en este caso.

3.4.7. La evaluación de la Corte.

Tienen en cuenta que no hay vínculo biológico y que el niño se gestó conforme a una práctica no admitida en Italia.

Expone que, a diferencia de los casos *Mennesson* y *Labassee*, no se debate sobre la transcripción de un certificado extranjero y sobre el reconocimiento de una filiación, sino que se debate sobre la actuación de las autoridades italianas.

3.4.8. Aplicabilidad del artículo 8 de la Convención

La Sala aplicó el artículo 8 por entender la existencia de esa vida familiar *de facto* y por la vulneración de la vida privada de la parte demandante.

El gobierno impugnó la decisión alegando que no había vínculo biológico y que la conducta de los demandantes fue ilícita.

Entonces la cuestión a dilucidar es si realmente los hechos se inscriben en la vida familiar y/o privada de los demandantes.

3.4.9. Sobre la vida familiar.

En el artículo 8 se presupone la existencia de una familia o la relación potencial que podría haberse dado.

Es necesario examinar el tipo de relación que existió, el papel de los demandantes y la duración de la cohabitación entre ellos y el niño.

El Tribunal reconoce la existencia de esa relación durante la primera etapa de vida del niño asumiendo los demandantes el papel de padres.

En cuanto a la cohabitación fue de 6 meses en Italia y unos 2 meses en Rusia. No existe un límite de cohabitación, sino que hay que atender también a la calidad de la relación.

El Tribunal reconoce que a pesar de la convicción del demandante de ser el progenitor biológico esto no compensa el poco tiempo de cohabitación y concluye que no se da una vida familiar de hecho.

Unido a la precariedad jurídica que los demandantes dieron a la situación incumpliendo la normativa italiana.

3.4.10. Sobre la privacidad.

El derecho a la vida privada abarca entre otras cosas la decisión de convertirse o no en padre.

El Tribunal determina que los hechos ocurridos, en concreto la relación mantenida con el niño, sí entra dentro de la esfera de la vida privada, aunque no fuese una situación de parentesco tradicional.

Con lo cual, el tribunal determina que el artículo 8 es solo aplicable respecto de la vida privada de los demandantes.

Lo que está en juego es el desarrollo personal de los demandantes a través de su relación con el niño.

Determina que el traslado y la colocación en un hogar sin contacto con los demandantes constituyen una injerencia en sus vidas privadas.

El Tribunal estima que el que los tribunales italianos aplicasen la legislación italiana en vez de basarse en el certificado ruso no contradice lo dispuesto en la Conferencia de La Haya de 1961 sobre la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros.

La legislación italiana conduce a la concepción del niño en estado de abandono. Algo que era previsible y, por tanto, era previsible la injerencia en la vida privada de los demandantes.

El Tribunal entiende que las actuaciones del gobierno italiano fueron suficientes y pertinentes.

La Gran Sala considera que los tribunales italianos no estaban obligados a dar prioridad a la preservación de la relación entre la pareja y el niño. Decidieron tomar medidas para dar al niño una familia de conformidad con la ley de adopción. Y que, en definitiva, las medidas adoptadas para la protección del niño se hicieron teniendo en cuenta el interés del menor en un primer lugar. Y se recalca una vez más las actitudes ilícitas de la pareja.

En conclusión, la Gran Sala determina que los tribunales italianos, teniendo en cuenta que el niño no sufriría daños graves, han logrado un equilibrio entre los intereses en juego dentro de su margen de apreciación. Por tanto, no existe vulneración del artículo 8 de la convención. (Se da más peso al interés general que al interés de los solicitantes).

3.4.11. Opiniones de los jueces.

- Opinión concurrente del juez Raimondi:

Está de acuerdo con reconocer que no existe una vida familiar *de facto* al no existir vínculo biológico y al haber pasado muy poco tiempo juntos.

- Opinión conjunta de los jueces Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov.

Exponen que habría sido necesario interpretar el artículo 8 junto con el 12 de la misma Convención, así como con el artículo 16 de la Declaración Universal de DDHH y el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Creen que debe observarse si la injerencia afecta al derecho de la pareja a la protección de su vida privada, no simplemente si se ve afectada su vida privada.

A su modo de ver, el niño fue víctima de la trata de seres humanos, con lo cual habría sido necesario tener en cuenta el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional además de la Convención sobre los Derechos del niño, concretamente su artículo 35. Creen que ha sido un gran error no haber tenido en cuenta el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño.

Según perciben los jueces, la maternidad subrogada regulada o no, es ilegal en el derecho internacional en virtud de este Protocolo. Creen que la gestación por sustitución no es compatible con la dignidad humana.

- Opinión concurrente del juez Dedov:

Este juez expone una larga serie de críticas a la gestación por sustitución. Manifiesta que el Tribunal debe dar una importancia mayor a valores como la dignidad, la igualdad o la solidaridad sobre el margen de apreciación.

- Opinión discrepante de los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev:

Estiman que ha habido una vulneración del artículo 8 de la Convención. Consideran una interferencia en el derecho de la pareja a que se respete su vida familiar.

Temen que comience a hacerse una distinción entre familias “legítimas” y familias “naturales”. Consideran que sí hubo vida familiar de hecho, como ya determinó la Sala en 2015.

Creen que la interpretación correcta del procedimiento en Italia fue la del Tribunal de Apelación, que para la retirada del niño tuvo en cuenta la situación de abandono del mismo y no las actitudes ilícitas de la pareja.

A los jueces les asombra que se declarase al niño en estado de abandono por el hecho de que la pareja no fuera legalmente los padres. Creen que esto podría ser incompatible con el artículo 8 del Convenio.

Difieren en la opinión de la mayoría sobre el alcance de un equilibrio de intereses por parte de los tribunales italianos.

Creen que en los tribunales italianos no se tuvo suficientemente en cuenta los informes sobre la capacidad de la pareja para ser buenos padres y que no se reparó en el impacto que podría tener la retirada del niño en la pareja. Por ello, creen que los

tribunales nacionales no intentaron llegar a un equilibrio justo y que las medidas fueron desproporcionadas.

3.5. Caso C. y E. contra Francia, de 19 de noviembre de 2019

Nos encontramos ante dos casos: caso n° 1462/18 y caso n°17348/18.

En el primero se trata de dos adultos franceses y un menor nacido en 2010. En el segundo caso son dos adultos y tres menores nacidos en 2014.

3.5.1 Caso N°1462/18

M y C se casaron en Francia en 2004. En 2010, nació B en Estados Unidos, a partir de gametos de M y C y de un tercer donante. En el certificado de nacimiento del niño, aparece el matrimonio francés como los padres.

El 22 de octubre de 2014, el matrimonio solicitó al consulado francés en Miami que se transcribiera el acta del nacimiento, pero dicha solicitud fue suspendida el 17 de febrero de 2015 por haber indicios de existir un acuerdo de gestación subrogada, pues tal y como se les había informado, no había ningún vínculo con los EEUU y el matrimonio no había dado lugar a ningún hijo que apareciera en el libro de familia, lo que constituía elementos suficientes para rechazar la solicitud del matrimonio.

Frente a la negativa de transcribir la solicitud de nacimiento, el 28 de agosto de 2015 el matrimonio ordenó al Tribunal de Primera Instancia de Nantes que se transcribiera el certificado de nacimiento del niño basándose en los artículos 8 y 14 de la Convención.

El 30 de agosto de 2016, El Tribunal de Primera Instancia de Nantes estimó la demanda señalando que el Ministerio no podía deducir que existía un acuerdo de gestación por sustitución por el hecho de la edad de los padres y por la ausencia de presentación del acta de nacimiento y el brazalete del hospital, pues éstos no eran elementos concluyentes y no había ninguna verificación que confirmase el fraude de ley.

El 11 de septiembre de 2017, el Tribunal de Apelación de Rennes confirmó la sentencia del 30 de agosto de 2016, admitiendo la solicitud de transcripción de la partida de nacimiento bajo la filiación paterna. Respecto a la filiación materna, esta no podía confirmarse porque seguía habiendo indicios de que existía un contrato de gestación subrogada, pues la madre no había dado luz y la partida de nacimiento extranjera no se correspondía con la realidad, por lo tanto, no se pudo inscribir en los registros del estado civil francés. La denegación de la filiación materna se basó en perseguir un fin legítimo para garantizar la protección del niño, además de que la gestación por sustitución es una práctica prohibida en la legislación francesa.

El matrimonio francés contra esta última sentencia no recurrió en casación.

3.5.2 Caso N° 17348/18

La pareja francesa (M y E) se casó en el año 2010 y los tres niños nacieron en Ghana en febrero de 2014 a partir de gametos del padre y de un donante. En los certificados de nacimiento aparece indicado que M y E son los padres de los tres niños y con ello, el matrimonio francés solicitó a la embajada de Francia en Ghana que se

transcribiese los certificados de nacimiento, lo cual fue suspendido el 15 de septiembre de 2014 al tratarse de un contrato de gestación subrogada, el cual está prohibido por el artículo 16.7 del Código civil francés. Frente a esta denegación, el matrimonio recurrió en apelación alegando que se estaban violando los artículos 8 y 14 de la Convención.

El 14 de marzo de 2018 se ordenó la transcripción de actas de nacimiento siempre que se designara al padre de los niños como padre biológico. Sin embargo, no podría hacerse lo mismo para la madre al haberse demostrado que no fue ella quien dio luz a los niños. Y para ello, el Tribunal de Casación dictaminó que “un niño nacido en el extranjero después de la gestación por sustitución puede ser adoptado por el cónyuge del padre biológico”.

El Tribunal de Apelación de Rennes decidió examinar ambas solicitudes al encontrar similitud entre ambas. Además, se pronuncia sobre la adopción simple o plena siempre y cuando se cumplan las condiciones en interés superior del menor.

Se dice lo siguiente:

- 1) En ambas solicitudes hay una negativa por parte de las autoridades francesas para transcribir los certificados de nacimiento de los niños. Los demandantes alegan la violación del artículo 8 del Convenio.
- 2) Los demandantes alegan una injerencia discriminatoria en el derecho al respeto de la vida privada de los niños por su nacimiento, basándose en el artículo 14 de la Convención.
- 3) El Gobierno francés admitió que la negativa a transcribir los certificados de nacimiento constituyó una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada, pero que dicha injerencia perseguía fines legítimos: “protección de la salud” y “protección de los derechos y libertades de los demás”, los del niño y la madre sustituta.
- 4) De las tres sentencias del Tribunal de Casación del 5 de julio de 2017, se desprende que la adopción por el cónyuge del padre es posible siempre que se cumplan las condiciones legales y la adopción sea en interés del niño. Se especifica que cuando el nombre de la gestante aparece en el certificado de nacimiento emitido en el extranjero, se puede tratar de una simple adopción; y si no es el caso, puede tratarse de una adopción total. Así, siguiendo un estudio elaborado en 2018, la mayoría de las solicitudes de adopción realizadas de esta manera han sido concedidas tras un periodo de tiempo determinado: 4,7 meses para la adopción simple y 4.1 meses para la adopción completa.
- 5) Los demandantes consideraron que la negativa a transcribir los certificados de nacimiento de un niño nacido por gestación subrogada, no protege los derechos y libertades del menor y de la madre sustituta, además de que esta última ya ha renunciado por voluntad propia a sus derechos y deberes respecto del niño.
- 6) Los demandantes señalaron que el pronunciamiento del Tribunal de Casación es irracional, pues se permite la transcripción del padre, pero no se admite la de la madre que no dio luz. En el primer caso, el padre y la madre aparecen como padres del niño en el certificado de nacimiento extranjero y se reconoce la paternidad para ambos. En el segundo caso, el padre y la gestante aparecen en el certificado de nacimiento extranjero, y la madre, como cónyuge del padre, puede realizar la adopción simple. Por ello, los demandantes consideraron que recurrir a un procedimiento de adopción no resolvería el problema, pues lo que se solicitaba era el derecho de los menores a tener un acta de nacimiento transcrita en los registros.
- 7) Aplicando la jurisprudencia se entiende que, en situaciones donde los menores han nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución, los gametos provienen del

padre y de un tercer donante, y el vínculo de paternidad entre ellos y el padre se ha reconocido por la legislación nacional, el derecho interno permite que se reconozca la filiación entre los hijos solicitantes y la futura madre mediante la adopción del hijo del cónyuge.

- 8) Por otro lado, los demandantes alegaron la violación del artículo 14 en conjunción con el artículo 8 del Convenio, al considerar que estaba existiendo una diferencia de trato en situaciones que eran similares. Los demandantes habían señalado que los niños solicitantes se encontraban en una situación comparable a la de los hijos que habían nacido en el extranjero sin gestación subrogada cuyos padres solicitaban la transcripción del certificado de nacimiento. Sin embargo, como los niños habían nacido por gestación subrogada, solo consiguieron una transcripción parcial y además se les obligaba a un proceso de adopción para reconocer la filiación materna. La Corte valoró que la diferencia de trato es discriminatoria cuando hay situaciones similares y no se persigue ningún fin legítimo o no existe proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue, situación que no se daba, pues en el presente caso, suponiendo que los niños han nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y otros hijos que han nacido en el extranjero, la única diferencia existente, es que para obtener la transcripción completa de la partida de nacimiento los hijos nacidos mediante gestación subrogada, se necesita pasar por el proceso de adopción y así poder obtener el reconocimiento en la legislación nacional de un vínculo de filiación materna. Por lo tanto, las implementaciones para permitir el reconocimiento del vínculo entre los niños y los futuros padres “se encontraban dentro del margen de apreciación de los Estados y que responde al interés superior del hijo nacido de gestación subrogada”.

3.6. Caso D. contra Francia, de 16 de julio de 2020.

3.6.1. Hechos probados y resolución de los tribunales nacionales.

Una pareja francesa viaja a Ucrania para tener una hija que finalmente nace en septiembre de 2012 mediante gestación por sustitución. Conviene recalcar que dicha práctica se prohíbe expresamente en el apartado 7 del artículo 16 del Código civil francés. En cambio, en Ucrania, es una práctica permitida.

Es relevante para la resolución del caso señalar que, tanto la madre como el padre de intención fueron quienes aportaron el material genético. Es decir, la gestante gestó en su útero el embrión que habrá sido transferido tras una fecundación in vitro. A este procedimiento se le denomina fecundación homóloga⁴¹.

En 2014, la pareja solicita a la embajada francesa la transcripción del acta de nacimiento emitida en Kiev, en la que no se menciona a la gestante. La embajada suspende la causa y notifica al fiscal de la República de Nantes, quien informa a la pareja de que, en espera de instrucciones por parte del Ministerio de Justicia en relación con el seguimiento de los asuntos Mennesson y Labassee en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, todas las solicitudes relacionadas con acuerdos de gestación por sustitución se encuentran paralizadas.

⁴¹ M. S. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, “La maternidad subrogada en España: ¿coherencia entre la jurisprudencia civil y laboral?: reflexiones a propósito de la STS de 25 de octubre de 2016. Sala de lo Social.”, Revista internacional de jurisprudencia, 2017.

Finalmente, el fiscal niega la posibilidad de transcribir a la madre de intención como tal, basándose en que el Estado ucraniano designa a la demandante como madre y en el ordenamiento jurídico francés se establece que la condición de madre viene dada por el parto, algo que no se ha producido en este caso.

Ante esta situación, los padres de intención acuden al Tribunal *de grande instance* de Nantes invocando los artículos 8 y 14 CEDH con el fin de que se transcriba el acta de nacimiento. Este tribunal invoca el artículo 47 del Código Civil francés, que establece «*Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.*», es decir, que el certificado de nacimiento de un francés, redactado en el país extranjero y escrito en las formas utilizadas en ese país, debe ser transcrito en el Registro Civil francés, salvo que otros elementos establezcan que es irregular o falsificado, o que los hechos declarados en el mismo no correspondan a la realidad.

No niega el Tribunal la validez de dicho documento, mencionando además su base en el artículo 123 del Código de Familia ucraniano, que señala que el bebé nacido de una madre gestante en un contexto de gestación por sustitución es de los futuros padres.

Indica también el Tribunal que la prohibición de la gestación por sustitución en el artículo 16.7 del Código civil francés no impide el reconocimiento de la filiación de los padres de intención, tal y como resulta de los mencionados anteriormente casos *Mennesson* y *Labassee*.

La cuestión problemática que observa el Tribunal *de grande instance* es que lo recogido en el acta de nacimiento no se corresponde con la realidad fáctica. Hay, por tanto, una divergencia entre la realidad jurídica y la realidad fáctica. En el acta se menciona a la demandante como *madre*, algo que no concuerda, según el Tribunal con la realidad, pues no existe el elemento del nacimiento recogido en el artículo 47 del Código Civil francés.

En definitiva, el Tribunal *de grande instance* observa y reconoce la filiación con respecto del padre, pero no lo hace con respecto de la madre de intención. Posteriormente, los padres de intención recurren la decisión ante la Corte de apelación francesa, que ratifica la decisión y argumentación del Tribunal *de grande instance*. Sin discutir la filiación por parte del padre de intención y atendiendo al interés superior del menor según lo determinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establece la corte de apelación que el hecho de que la madre de intención sea reconocida en el acta de nacimiento ucraniana, no puede *per se* justificar el reconocimiento en Francia. El Derecho positivo no puede derogar el principio *mater semper certa est*, salvo en casos excepcionalmente justificados, como es la adopción plena del menor. No se incluye en estas excepciones la maternidad de intención, puesto que no goza de un estatus jurídico.

El máximo argumento de los padres de intención es una supuesta vulneración de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación específica con el derecho al respeto de la vida privada y familiar del menor y el derecho a la no discriminación.

Consideran los padres de intención que la negativa de transcripción de la República Francesa de la filiación de la madre constituye una intromisión en la vida privada de la menor y un perjuicio para ella, a la vez que una discriminación de la madre con respecto del padre, pues es solo a esta a quien se le niega la transcripción, mientras que al padre se le reconoce.

La Corte considera que no existe una vulneración significativa del artículo 8, pero sí reconoce una cierta diferencia de trato entre el padre y la madre. Sin embargo, considera que esta diferenciación se encuentra justificada sobre la base del interés superior de la menor. Además, menciona la Corte la posibilidad de reconocer la filiación a la madre de intención por medio de la adopción de la hija de su cónyuge.

No es hasta momentos posteriores al recurso de apelación cuando los demandantes informan a los tribunales de que la madre de intención es la madre biológica de la menor.

3.6.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Veremos a continuación la resolución y los argumentos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En cuanto a la vulneración del artículo 8 con respecto de la vida privada del menor, el Tribunal se reitera en su opinión consultativa N° P16-2018-001 y en el caso *Mennesson*. Considera el Tribunal que el respeto a la vida privada del menor implica que los Estados posibiliten el reconocimiento de la filiación entre la madre y el padre intencional y la menor.

Sin embargo, no exige dicho artículo que tal reconocimiento deba hacerse por una vía concreta, como podría ser la vía de la transcripción del acta de nacimiento, sino que es posible que se empleen otros medios tales como la adopción de la menor (señalada ya por la Corte de apelación francesa), siempre que resulte efectiva y no provoque demoras desmesuradas que puedan afectar al interés superior del menor. En el caso francés se estima que el procedimiento de adopción del menor hijo del cónyuge tarda unos 4 meses. Esto constituye un plazo razonable. A esto hay que añadir que los efectos de la adopción son asimilables a los que tendría el registro del acta de nacimiento, por lo que no supondría un perjuicio para la menor. Por tanto, se considera que la vía de la adopción habría constituido en este caso un mecanismo preciso y suficientemente rápido para establecer el vínculo legal entre la madre de intención y la menor.

Además, señala el Tribunal, reiterando su jurisprudencia, que el hecho de que exista una vinculación genética entre la madre de intención y la menor no implica que el derecho al respeto a la vida privada requiera de la relación legal específicamente establecida por la transcripción del acta de nacimiento extranjera.

En este aspecto, la decisión del Tribunal está en consonancia con lo establecido por los órganos franceses, no reconociendo una violación del artículo 8 del Convenio.

En cuanto al artículo 14 de la Convención invocado por los padres de intención por entender que existe una vulneración de la prohibición de discriminación, el Tribunal también coincide con la justicia francesa.

Los demandantes entienden que ha habido una discriminación en detrimento de la madre de intención, pues también es esta madre genética, al igual que el padre, y a ella se le ha negado la posibilidad del reconocimiento de la transcripción, mientras que

al padre sí se le ha reconocido la filiación. En este caso, no se está reclamando un derecho de la menor únicamente, sino también un derecho de la madre de intención.

A pesar de que el hecho de que la madre de intención era también la madre genética de la menor no se mencionó por parte de los padres en los tribunales nacionales y no se presentó en el Tribunal en el plazo establecido para ello, sí se ha pronunciado el Tribunal en cuanto a esta cuestión.

Según el Tribunal, la diferencia de trato en los casos de gestación por sustitución en cuanto al establecimiento de la relación legal entre madre e hija ha sido pensada para garantizar el interés superior del menor nacido por esta práctica, encontrándose así justificada.

Por lo tanto, sí es cierto que existe una diferencia en el trato, pero no ha habido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8.

En definitiva, en el presente caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos coincide con los tribunales franceses en que no ha habido una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en que no ha habido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8.

3.7. Opinión consultiva relativa al reconocimiento en la legislación nacional de una relación legal entre padres e hijos nacidos mediante gestación subrogada (solicitada por el Tribunal de Casación en Francia).

El Tribunal de Casación formuló las siguientes preguntas:

- 1) ¿Se vulnera el artículo 8 de la Convención cuando se permite inscribir en el registro de nacimientos al “padre intencional” como padre biológico del niño nacido mediante gestación subrogada y, sin embargo, no se permite inscribir a la “madre intencional” como la madre legal?
- 2) ¿Se debe establecer alguna distinción si el niño fue concebido utilizando los óvulos o no de la “madre intencional”?
- 3) ¿Se garantiza el cumplimiento del artículo 8 cuando se ofrece la posibilidad de que madre intencional adopte al hijo de su cónyuge y de esa manera se establezca legalmente la relación madre e hijo?

3.7.1. Antecedentes y procedimientos internos de la solicitud de la opinión consultiva.

En el caso *Mennesson* contra Francia, la Corte sostuvo que no hubo violación del derecho de los niños y los futuros padres al respetar su vida familiar, pero sí que hubo violación en el derecho de los niños al respeto de su vida privada, pues como señaló la Corte, “el derecho al respeto de la vida privada implica que todos puedan establecer la esencia de su identidad, incluida la relación legal entre padres e hijos”. Como sabemos, en este caso, el padre de los niños nacidos en el extranjero era su padre biológico y a pesar de ello, las autoridades francesas se negaron a reconocer tanto la relación existente entre los hijos y el padre biológico, como el reconocimiento formal mediante la declaración de paternidad o adopción. Debido a esta negativa por parte del Estado demandado, el Tribunal consideró que se trataba de una grave restricción a la identidad y el derecho al respeto de la vida privada de los menores, sobrepasando los límites permitidos.

A raíz del caso *Mennesson*, el Tribunal de Casación señaló que su jurisprudencia había avanzado estableciendo lo siguiente: ahora era posible registrar el certificado de

nacimiento de un niño nacido en el extranjero mediante gestación subrogada cuando el padre intencional es el padre biológico. Seguía sin permitirse realizar lo mismo para la madre intencional, pero ahora ésta tenía la posibilidad de adoptar al hijo de su cónyuge si se cumplían las condiciones legales y si existía un claro interés superior del menor.

3.7.2. Derecho e instrumentos internacionales pertinentes.

La Corte se remite en particular a los artículos 2, 3, 7, 8, 9 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y a los artículos 1 y 2 del Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil. También ha tenido en cuenta las actividades de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y ha examinado, entre otros materiales, el informe de 15 de enero de 2018 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños.

3.7.3. Materiales de Derecho comparado

La Corte llevó a cabo una encuesta de derecho comparado que abarcaba a 43 Estados Parte en la Convención (y que no incluían a Francia). El estudio muestra que en 9 de esos 43 Estados se permiten los acuerdos de gestación por sustitución, que parecen ser tolerados en otros 10 y que están explícita o implícitamente prohibidos en los 24 Estados restantes.

Además, en 31 de los Estados interesados, incluidos 12 de los que prohíben el régimen de maternidad subrogada, es posible que el padre previsto, que es el padre biológico, establezca la paternidad respecto de un niño nacido de madre subrogada.

Por otro lado, en 19 de esos 43 Estados, de los cuales 7 prohíben el régimen de maternidad subrogada, la madre tiene la posibilidad de establecer la maternidad de un hijo nacido de un régimen de maternidad subrogada con el que no está emparentada genéticamente.

El procedimiento para establecer o reconocer una relación paterno filial legal entre los hijos nacidos mediante un acuerdo de gestación por sustitución y los padres intencionales varía de un Estado a otro, y pueden existir varios procedimientos diferentes en un solo Estado. Entre las vías disponibles están la inscripción del certificado de nacimiento extranjero, la adopción o los procedimientos judiciales que no impliquen la adopción.

En particular, la inscripción del certificado de nacimiento extranjero es posible en 16 de los 19 Estados miembros encuestados en los que se toleran o permiten los acuerdos de gestación por sustitución y en 7 de los 24 Estados que prohíben tales acuerdos, al menos en la medida en que el certificado designa a un progenitor previsto con un vínculo genético con el hijo.

Por otro lado, es posible establecer o reconocer una relación paterno filial legal mediante procedimientos judiciales que no impliquen la adopción en los 19 Estados que permiten o toleran los acuerdos de gestación por sustitución y en 9 de los 24 Estados que los prohíben. Por su parte, la adopción es posible en 5 de los Estados que permiten o toleran los acuerdos de gestación por sustitución y en 12 de los 24 Estados que los prohíben, en particular, con respecto a los padres que no están genéticamente relacionados con el niño.

3.7.4. Opinión de la corte

La Corte observa que el objetivo del procedimiento de opinión consultiva es mejorar la interacción entre la Corte y las autoridades nacionales para así reforzar la aplicación de la Convención, de conformidad con el principio de subsidiariedad. El objetivo de este procedimiento no es, por tanto, trasladar la controversia a la Corte, sino dar al tribunal requirente orientación sobre cuestiones relacionadas con la Convención al determinar el caso que tiene ante sí.

La función de la Corte se limita a emitir un dictamen sobre las cuestiones que se le someten. Corresponde al órgano jurisdiccional requirente resolver las cuestiones planteadas por el asunto y extraer, en su caso, las conclusiones que se desprenden del dictamen emitido por el Tribunal de Justicia sobre las disposiciones de Derecho nacional invocadas en el asunto y sobre el resultado del mismo. El Tribunal deduce también que los dictámenes que emite en virtud del Protocolo deben limitarse a los puntos directamente relacionados con los procedimientos pendientes a nivel nacional.

La presente solicitud de opinión consultiva se formuló en el contexto de un procedimiento interno destinado a reexaminar la apelación sobre cuestiones de derecho interpuesta por los demandantes en el caso *Mennesson*, en la que el Tribunal sostuvo que no se había violado el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, pero determinó que se había violado el derecho de los niños al respeto de su vida privada.

Por lo tanto, parece que los procedimientos internos se refieren al reconocimiento en el ordenamiento jurídico francés de la relación paterno filial legal entre una madre intencional y los niños nacidos en el extranjero mediante un acuerdo de gestación por sustitución y concebidos utilizando los gametos del padre intencional y un tercero donante, en una situación en la que es posible registrar los datos del certificado de nacimiento extranjero en la medida en que el certificado designe al padre intencional cuando sea el padre biológico del niño.

Se deduce de lo anterior que el dictamen no abordará las situaciones relacionadas con los acuerdos tradicionales de gestación por sustitución, ni tampoco el derecho al respeto de la vida familiar de los hijos o de los futuros padres, ni el derecho de éstos al respeto de su vida privada.

En consecuencia, el dictamen del Tribunal tratará dos cuestiones:

- La cuestión de si el derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 de la Convención, de un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación por sustitución, que exige que la relación jurídica entre el hijo y el padre intencional esté reconocida en el derecho interno (cuando éste sea el padre biológico), y que el derecho interno prevea también la posibilidad de reconocer la relación paterno filial legítima del hijo con la madre intencional (designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como "madre legal"), en una situación en la que el niño haya sido concebido utilizando óvulos de un tercero donante y en la que la relación entre el padre y el hijo se haya reconocido en el Derecho nacional.
- En segundo lugar, si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa, abordará la cuestión de si el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de los datos del certificado de nacimiento establecido legalmente en el extranjero, o si puede permitir que se utilicen otros medios, como la adopción del niño por la madre intencional.

Al formular su opinión, la Corte tendrá debidamente en cuenta las observaciones escritas y los documentos presentados por los distintos participantes en el procedimiento. No obstante, la función del Tribunal no consiste en pronunciarse, en el marco de un procedimiento contencioso, mediante una sentencia vinculante, sino más bien, en un plazo lo más breve posible, proporcionar al órgano jurisdiccional requirente una orientación que le permita garantizar el respeto de los derechos del Convenio al determinar el asunto que se le ha sometido.

3.7.4.1. La primera cuestión.

Según la jurisprudencia de la Corte, para un respeto del artículo 8 del Convenio es necesario que la ley nacional posibilite el reconocimiento de la relación entre el menor nacido por gestación por sustitución y el padre de intención cuando este es también el padre biológico. Este es un ámbito reciente, que irá desarrollándose jurisprudencialmente conforme vayan surgiendo nuevos casos.

En el presente caso, serán relevantes el interés superior del menor y el margen de apreciación de los Estados parte.

En cuanto al interés superior del menor, tal y como se ha visto en los casos *Mennesson y Labassee*, el no reconocimiento en la ley nacional de una relación legal entre la madre de intención y el menor se sitúa al menor en una posición de incertidumbre legal con respecto de su identidad en la sociedad. Especialmente conllevará problemas el reconocimiento de la nacionalidad del menor cuando esta viniera dada por la nacionalidad de la madre de intención, aunque también dificultará en otras materias como la sucesoria o en materia de divorcio de los padres de intención.

La Corte considera que la imposibilidad general y absoluta de obtener un reconocimiento de la relación entre el menor nacido por gestación por sustitución y la madre de intención es incompatible con el interés superior del menor, siendo necesario un mínimo de estudio de cada caso concreto.

En cuanto al margen de apreciación de los Estados, este variará en función de las circunstancias, el tema en cuestión y el contexto. En este sentido, será relevante la existencia de una base común entre los Estados parte. En los casos con una vertiente más ética y moral, el margen de apreciación será más amplio. En Europa, como se ha indicado anteriormente, no hay un consenso en cuanto a la gestación por sustitución. Sin embargo, cuando está en juego la identidad individual, el margen de apreciación permitido es normalmente restringido.

En definitiva, la opinión de la Corte es que el respeto a la vida privada del menor, conforme al artículo 8 del Convenio, requiere que la ley nacional proporcione la posibilidad de un reconocimiento legal de la madre de intención.

3.7.4.2. La segunda cuestión.

En cuanto a la cuestión relativa a si se debe establecer alguna distinción si el niño fue concebido utilizando los óvulos o no de la “futura madre”, hay que decir que los Estados parte no están obligados a optar por registrar los certificados de nacimiento legalmente establecidos en el extranjero.

Tampoco hay en Europa un consenso sobre esto, pues el procedimiento varía de un Estado a otro. En consecuencia, la Corte considera que la decisión dependerá del margen de apreciación de los Estados, atendiendo a las circunstancias de los casos que se les presenten y siempre en favor del beneficio superior del menor.

Se señala también que los mecanismos de reconocimiento pueden ser múltiples y que entre ellos se encuentra la adopción, que en países como Francia puede ser simple o plena. Sin embargo, para que esta sea efectiva, debe haber una serie de condiciones favorables, como que el procedimiento no sea muy largo en el tiempo o que los padres de intención estén casados (requisito en el caso de Francia).

Finalmente, la Corte es consciente de la complejidad de los asuntos relacionados con la gestación por sustitución.

3.7.5. Decisión de la Corte

En base a todo lo dicho anteriormente, la Corte considera en esta opinión consultiva que:

1. El derecho del menor a la vida privada conforme al artículo 8 de la Convención requiere que el Derecho nacional posibilite el reconocimiento de la filiación de la madre de intención, designada en el acta de nacimiento extranjera como “madre legal”.
2. El derecho del menor a la vida privada conforme al artículo 8 de la Convención no requiere que este reconocimiento tenga una forma concreta, sino que puede prever distintos modos, como la adopción, debiendo asegurar estos el interés superior del menor.

3.8. Segev Schlittner-Hay contra Polonia And Matan Schlittner Hay contra Polonia, de 26 de febrero de 2019

3.8.1. Circunstancias del caso

Una pareja del mismo sexo israelí (uno de ellos con nacionalidad también polaca) firmó en 2010 un acuerdo de gestación por sustitución con una mujer casada estadounidense.

La gestante acudió con su marido y la pareja israelí al Tribunal Superior de California para que se determinasen los derechos de paternidad y custodia de los niños.

El Tribunal reconoció a la pareja israelí como los padres naturales siendo uno de ellos el padre biológico de los niños.

Cuando los niños nacieron los certificados de nacimiento se redactaron siguiendo los requisitos necesarios.

Uno de ellos compareció en 2012 ante el Gobernador para confirmar la ciudadanía polaca de los niños. El Gobernador rechazó la solicitud en dos ocasiones debido a que en Polonia no está permitida la gestación por sustitución y a que no se habían presentado las copias de los certificados de nacimiento de los solicitantes (los niños) por el Registro Civil de Polonia.

Según el ordenamiento jurídico polaco, los padres de los niños eran la mujer gestante y su marido.

La pareja israelí apeló al Ministerio del Interior, que confirmó la decisión del Gobernador porque la pareja no eran padres de los niños en el momento del nacimiento de estos.

Los representantes de los menores apelaron argumentando que se había violado la Constitución Polaca al negar la nacionalidad de los niños cuando su padre ya tenía la nacionalidad polaca.

En 2013 el Tribunal Administrativo Regional de Varsovia desestimó la apelación. La decisión del Tribunal Superior de California vulnera el derecho polaco.

La pareja volvió a apelar argumentando que uno de ellos era el padre biológico basándose en la sentencia del tribunal californiano y las pruebas de ADN.

En 2015 el Tribunal Superior Administrativo desestimó la apelación de casación. No era de relevancia la paternidad biológica y no era posible reconocer una situación contraria al derecho polaco.

3.8.2. Quejas ante el TEDH

La pareja alega en virtud de los arts. 8 (respeto a la vida privada y/o familiar) y 14 (discriminación por motivos de orientación sexual) del CEDH que no se les reconoce la ciudadanía a los niños a causa de la orientación sexual de la pareja.

Esta cuestión está aún pendiente de resolverse.

3.9. La gestación por sustitución desde las perspectivas de Luxemburgo y Estrasburgo: divergencias, convergencias y la oportunidad de un futuro diálogo⁴².

3.9.1. Gestación por sustitución ante los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo.

La gestación por sustitución se ha convertido en una práctica cada vez más frecuente en los Estados europeos, a pesar de la falta de un marco jurídico nacional e internacional claro. Un estudio reciente del Parlamento Europeo muestra que los países de la Unión Europea enfocan la cuestión de manera diferente: en algunos Estados está prohibida la gestación por sustitución; en otros es legal o parcialmente restringida; y en otros simplemente se ignora.

La cuestión de la gestación por sustitución llegó recientemente al TEDH y al TJUE. Los tribunales europeos nunca se pronunciaron sobre la compatibilidad de la gestación por sustitución con el CEDH y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La primera vez que se planteó la cuestión de la gestación por sustitución en Estrasburgo fue en 1991, pero la cuestión se limitó únicamente a ciertos aspectos. En los casos de 2014 y 2015 el Tribunal de Estrasburgo ofreció la primera interpretación del artículo 8 del CEDH en casos de gestación por sustitución, trazando algunas directrices que pueden ayudar a los jueces nacionales.

El enfoque de los dos Tribunales Europeos parece bastante diferente, si bien el Tribunal de Luxemburgo mantuvo un estricto respeto de las cuestiones planteadas y de la interpretación literal de los instrumentos jurídicos europeos invocados, el Tribunal de Estrasburgo, resolvió los casos basándose en el principio del interés superior del niño y en una interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo ya ha tenido un enorme impacto en varios países europeos donde algunas sentencias han anulado decisiones anteriores basadas en los casos *Mennesson* y *Labassee*. En otros, como en el caso de Irlanda o Italia, aunque la jurisprudencia anterior no se haya desestimado por completo, los jueces nacionales se

⁴² I. ANRÒ, “La gestación por sustitución desde las perspectivas de Luxemburgo y Estrasburgo: divergencias, convergencias y la posibilidad de un futuro diálogo”, Geneva, Geneva Jean Monnet Working Papers, 2016, 50 p.

han ocupado de asuntos pendientes utilizando la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

3.9.2. Derechos e intereses que deben equilibrarse en la gestación por sustitución transfronteriza

La gestación por sustitución (y, en especial, la gestación por sustitución transfronteriza) implica varios derechos que pueden ser opuestos e incluso contradictorios: los derechos de los niños nacidos de la gestación por sustitución, los derechos de las gestantes y los derechos de los padres intencionales.

Cabe señalar que, aunque a veces se argumenta que existe el derecho a ser padre, actualmente no existe ningún tratado o convención internacional que establezca un "derecho humano a tener un hijo".

También hay varios intereses del Estado que deben protegerse, debe mantenerse la libertad de los Estados de regular la gestación por sustitución, siempre que respete debidamente los derechos humanos de las personas involucradas, incluso por motivos de orden público.

3.9.3. Los derechos de los padres en cuestión.

La primera cuestión que debe investigarse mediante el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo es cómo consideran los derechos de los padres.

3.9.3.1. La perspectiva de Estrasburgo: el derecho al respeto de la vida familiar y privada.

En las tres sentencias dictadas entre 2014 y 2015 por el Tribunal de Estrasburgo (“Mennesson”, “Labássee” y “Paradiso y Campanelli”), las expectativas y los derechos de los padres parecen haber sido parcialmente reconocidos y parcialmente frustrados.

En estos fallos, antes de pronunciarse sobre el fondo, el Tribunal aclaró, sobre la admisibilidad, que en tales casos era aplicable el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual presupone la existencia de una familia.

En Mennesson, Labássee y Paradiso y Campanelli, la Corte procedió a considerar si el avance del artículo 8 del CEDH relativo a la "vida privada" también podría aplicarse. En Mennesson y Labássee, el Tribunal determinó que se daba una injerencia en la vida familiar y privada de los solicitantes y que había que examinar si esa injerencia podía considerarse justificada en virtud del artículo 8.2 CEDH por ser "conforme a la ley", perseguir uno o más de los objetivos legítimos enumerados en él o ser "necesario en una sociedad democrática" para lograr el objetivo en cuestión. En ambos casos, el Tribunal reconoció que esa injerencia estaba establecida por la legislación.

En este punto, el análisis del Tribunal de Estrasburgo distinguió la posición de los padres de la del niño. Por lo que se refiere a los padres previstos, el Tribunal llegó a la conclusión de que no había violación del artículo 8 relativo al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar. En Paradiso y Campanelli, el Tribunal de Justicia declaró que los órganos jurisdiccionales nacionales no actuaron de manera abusiva al aplicar el Derecho nacional estrictamente para determinar la paternidad y al ignorar el estatuto jurídico establecido derogado, pero determinó que el traslado del niño era una injerencia en la vida familiar y privada de los solicitantes, innecesaria en

una sociedad democrática. El Tribunal de Justicia declaró que las autoridades italianas no habían logrado el equilibrio adecuado entre los intereses de que se trataba y habían violado el artículo 8 del CEDH.

También en la decisión del caso D. y otros c. Bélgica, el Tribunal determinó que el Estado actuó en su margen de apreciación. El Tribunal consideró que la separación del niño de los solicitantes era una injerencia, pero de conformidad con la ley, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática.

Parece que en los casos Mennesson y Labásee no se tuvieron en cuenta los derechos y las expectativas de los padres, mientras que en el caso Paradiso y Campanelli se protegieron.

3.9.3.2. La perspectiva luxemburguesa: permiso de maternidad y discriminación por discapacidad.

El Tribunal de Luxemburgo también dictó sentencias gemelas el mismo día, los asuntos C.D. y Z. Era la primera vez que se planteaba la cuestión de la gestación por sustitución para el TJUE.

Estas sentencias se refieren principalmente a la cuestión de si una madre en servicio tiene derecho a un permiso de maternidad remunerado con arreglo al marco jurídico vigente en la UE, en particular con arreglo a las Directivas 92/85, 2006/54 y 2000/78. El Tribunal aplicó el mismo razonamiento jurídico en ambos casos, mientras que las opiniones de los Abogados Generales (Kokott y Wahl) son diametralmente opuestas.

El Tribunal de Justicia observó que el permiso de maternidad, aun cuando pudiera tener por objeto, entre otras cosas, proteger la relación hijo-madre, en la Directiva 92/85 sólo se refiere al período posterior a "embarazo y parto". Por consiguiente, la protección concedida por la Directiva 92/85 presupone que una trabajadora con derecho a dicha licencia ha estado embarazada y ha dado a luz a un hijo. Aplicando estas consideraciones al caso, el Tribunal subrayó que la Sra. D. nunca había estado embarazada y que, por lo tanto, la Directiva 92/85 no era aplicable a una madre que la hubiera encargado, incluso si estaba amamantando.

El Tribunal determinó que no había ninguna discriminación directa por razón de sexo porque la madre que encargaba el servicio recibía el mismo trato que el padre que lo hacía. Tampoco había discriminación indirecta, porque la denegación de la licencia remunerada no se consideraba menos favorable para las mujeres que para los hombres. El Tribunal también excluyó las alegaciones de trato menos favorable debido al embarazo, ya que la demandante nunca había estado embarazada.

En la sentencia "gemela", Z., el Tribunal de Justicia utilizó el mismo planteamiento y razonamiento jurídico desarrollado en el asunto C.D.

Para concluir, cabe añadir que, en nuestro país, el Tribunal Supremo ya ha reconocido este derecho (Sentencias de 25 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5375) y de 16 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5283).

3.9.4. El interés superior del niño.

Varios instrumentos jurídicos internacionales y regionales reconocen el principio del interés superior del niño.

La jurisprudencia del TEDH ha incluido el interés superior del niño en los intereses que pueden justificar una restricción de la vida familiar y privada de las personas con arreglo al artículo 8 CEDH, a pesar de la falta de referencia en este artículo en los casos de adopción, acogimiento familiar y secuestro de niños.

También en la jurisprudencia sobre gestación por sustitución que se examina en el presente documento, el interés superior del niño desempeña un papel fundamental.

3.9.4.1. La perspectiva de Estrasburgo: un principio clave (pero que puede conducir a soluciones controvertidas).

En los casos *Menesson y Labassee*, el razonamiento sobre el derecho de los niños a la vida privada lleva a una conclusión diferente de la que se llegó en relación con los padres comitentes. El Tribunal declaró que la protección de la vida privada implica: *"que toda persona debe ser capaz de establecer detalles de su identidad como ser humano individual, lo que incluye la relación legal entre padres e hijos [...]; un aspecto esencial de la identidad de las personas está en juego cuando se trata de la relación legal entre padres e hijos. Por consiguiente, la falta de reconocimiento en Francia de la relación entre padres e hijos creó una situación de "inseguridad jurídica" que "socava la identidad de los hijos en la sociedad francesa"*.

El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que el Estado no ha logrado un equilibrio justo dentro de su margen de apreciación, porque no tiene en cuenta el interés superior del niño, que debería haber guiado cualquier decisión. En consecuencia, el Tribunal sostuvo, por unanimidad, que *"[e]l Estado rebasó los límites permisibles de su margen de apreciación"* y, por lo tanto, se violó el derecho del niño al respeto de su vida privada...

Cabe señalar que en el caso *D. y otros c. Bélgica*, con un enfoque diferente, el TEDH no limitó el margen de apreciación del Estado, teniendo en cuenta el interés superior del niño, pero, en cambio, consideró que el Estado había actuado también con el fin de proteger al niño.

Por lo tanto, la aplicación del principio del interés superior del niño provocó la inversión de las posiciones: mientras que, al final, los padres de los casos *Menesson y Labassee* se vieron satisfechos mediante la aplicación de este principio, incluso habiendo sido rechazada su solicitud personal, los padres *Paradiso y Campanelli*, cuyo derecho a la vida familiar se consideró violado por la sentencia del Tribunal, finalmente perdieron al niño. En el asunto *D. y otros c. Bélgica*, en cambio, el Tribunal, aun cuando no se basó expresamente en el interés superior del niño, reconoció que la injerencia del Estado, que se negó a expedir un documento de viaje para los padres encargados, se promulgó de conformidad con el objetivo de proteger al niño.

3.9.4.2. La perspectiva luxemburguesa: principio casi ignorado por el Tribunal de Justicia (pero no por el Abogado General).

En el asunto *C.D.* el Abogado General *Kokott*, basándose en el principio del interés superior del niño, llegó a una conclusión muy diferente de la del Tribunal.

El Abogado General partiendo de la consideración de que la Directiva 92/85 se redactó sobre la base de un concepto biológico y monista de la maternidad, procedió a analizar si podía ampliarse a las madres comitentes. En primer lugar, alegó que una

madre lactante que encarga la lactancia se encuentra en la misma situación que una madre biológica lactante, por lo que entra en el ámbito de aplicación de la Directiva.

También desarrolló la idea de que la licencia de maternidad también debería considerarse protectora de la relación especial madre-hijo. Por lo tanto, el objetivo de proteger esta relación especial debe conducir a la interpretación de la Directiva como aplicable a las madres comitentes, incluso si no están amamantando.

El abogado general sostuvo que la legislación nacional debería pronunciarse sobre la división del permiso de maternidad entre una madre de alquiler y una madre pretendida, dado que la Directiva no proporcionaba ninguna indicación.

El Abogado General consideró que no había discriminación directa o indirecta por motivos de sexo, porque la madre que había encargado el servicio no estaba sujeta a un trato menos favorable en comparación con sus colegas masculinos.

En las dos sentencias del TJCE, ni siquiera se mencionó el interés superior del niño ni desempeñó ningún papel. El Tribunal se limitó a basarse en una interpretación literal de los instrumentos de la UE invocados por la demandante.

El Tribunal mostró una gran moderación y evitó dar orientaciones a los Estados miembros, dejando al legislador nacional la libertad de prohibir la maternidad subrogada y de pronunciarse sobre la cuestión de la licencia de maternidad.

La solución ofrecida por el Abogado General Kokott no fue completamente satisfactoria, a pesar de su encomiable esfuerzo por basarse en el principio del interés superior del niño. De hecho, si el TJCE hubiera derivado un derecho a un permiso de maternidad remunerado de la Directiva sobre las trabajadoras embarazadas, habría dado lugar a una especie de discriminación para los padres pretendidos, especialmente en los casos de parejas del mismo sexo.

3.9.5. La jurisprudencia de los Tribunales Europeos en el contexto de los trabajos de la Conferencia de La Haya para la redacción de instrumentos internacionales.

3.9.5.1. Efectos de la jurisprudencia de los Tribunales Europeos en los trabajos de la Conferencia de La Haya para la redacción de instrumentos internacionales.

Varios estudiosos han argumentado que la cuestión de la gestación por sustitución transfronteriza debería regularse a nivel internacional, a fin de proteger los diferentes derechos e intereses implicados de manera coordinada y establecer normas compartidas. Se ha sugerido que en algunos convenios internacionales se busquen directrices para regular la cuestión de la gestación por sustitución, aunque no incluyan la gestación por sustitución. Otra forma de proceder sugerida es redactar un convenio internacional inspirado en la Convención de La Haya de 1993 sobre la Adopción.

La Oficina Permanente describió dos enfoques diferentes del reglamento multilateral:

- i. Un enfoque centrado en la armonización de las normas de derecho internacional privado relativas al establecimiento y la impugnación de la filiación jurídica, incluida la disposición sobre cooperación
- ii. Otro enfoque que establece un marco para la cooperación inspirándose en el Convenio de 1993 sobre la adopción, en lugar de un enfoque tradicional de Derecho internacional

privado, intentando armonizar las normas relativas a la competencia, el reconocimiento y la ley aplicable.

Posteriormente la Oficina Permanente publicó un importante estudio sobre cuestiones derivadas de los acuerdos internacionales de maternidad subrogada, tras un amplio proceso de consultas, en el que participaron Estados, profesionales del derecho en esta esfera, profesionales de la salud expertos y agencias de maternidad subrogada.

El Consejo de Asuntos Generales y Políticas de la Conferencia de La Haya decidió en 2015 que se convocara un Grupo de Expertos para estudiar la viabilidad de avanzar en la labor sobre cuestiones de derecho internacional privado relativas a la situación de los niños.

La Oficina Permanente llegó a la conclusión de que la "conveniencia y viabilidad" de un instrumento internacional es muy controvertida, pero la necesidad de seguridad jurídica es indudablemente clara y está presente.

3.9.6. El presente y el futuro de un diálogo sobre la gestación por sustitución

Después de haber analizado la jurisprudencia de los Tribunales Europeos y su enfoque de la cuestión, es posible responder a la pregunta sobre la existencia de un diálogo actual sobre la gestación por sustitución y sobre su evolución futura.

3.9.7. Consideraciones finales

A pesar de los esfuerzos realizados para equilibrar los derechos fundamentales y alcanzar soluciones razonables, la jurisprudencia reciente de ambos tribunales parece insatisfactoria en varios aspectos.

En primer lugar, en lo que respecta al interés superior del niño, parece que el TEDH no tuvo en cuenta ciertos elementos que podrían haberse analizado en el razonamiento jurídico.

De hecho, los adultos que recurren a la gestación por sustitución no siempre están sujetos a un control sobre su idoneidad para cuidar de un niño. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio preferencia al "vínculo familiar de facto" sin considerar la idoneidad de los padres, pues no es su función decidir sobre el fondo, sino que su competencia consiste en valorar si se han vulnerado derechos del CEDH en las actuaciones de los Estados.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que, si bien no existe un diálogo actual sobre la gestación por sustitución entre los dos Tribunales Europeos, esto puede construirse en los próximos meses o años, teniendo en cuenta que se espera más jurisprudencia sobre esta cuestión. Un diálogo es deseable para crear una norma común de protección de los derechos humanos. Además, la coherencia y la convergencia en cuestiones tan delicadas pueden ayudar a los jueces nacionales a tratar casos tan difíciles.

4. Trabajos de la Conferencia de La Haya en materia de gestación por sustitución.

4.1. Contextualización del problema.

No es hasta el año 2010 que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se da cuenta del avance que está “sufriendo” la gestación por sustitución en todo el mundo.

Como sabemos, la evolución tecnológica y científica dan pie a que aquellas personas o parejas que desean tener hijos y no pueden, lo puedan conseguir a través de las técnicas novedosas de reproducción asistida que se desarrollan en varios países del mundo.

Este avance, aunque permite a las personas realizar sus sueños de ser madres y/o padres, trae aparejado bastantes conflictos a nivel de reconocimiento de filiación y reconocimiento de nacionalidad.

Actualmente, no existe una regulación universal de estas técnicas y, por ello, nos encontramos que esta técnica se encuentra regulada en unos países, pero en otros no. Con ello, puede pasar, por ejemplo, que el hijo se geste en un país donde este asunto se encuentra regulado y, que una vez que ha nacido, los padres lo traigan al país donde estos viven y donde quieren hacer vida, pero como en ese país la gestación por sustitución no tienen amparo legal, éste no va a ver reconocida su filiación, es decir en ese país ese niño no va a ser hijo de aquellos que dicen ser sus padres y, además, no se le va a reconocer como nacional del mismo, lo que puede llevar a que ese niño sea un apátrida.

4.2. Los pasos de la Conferencia de La Haya

La Conferencia de La Haya todavía no ha podido desarrollar un acuerdo o convenio o incluso algún tipo de instrumento legislativo que pueda regular la gestación por sustitución. Esto es algo complicado y todo ello debido a la diversidad legislativa que existe en todo el mundo, así como, debido a cuestiones de ética, orden público internacional y moral.

Lo que sí tiene claro la Conferencia de La Haya, es que existen tres frentes a los que hay que proteger: en primer lugar, no podemos dejar la filiación de un niño así como su nacionalidad en manos de que este tema esté o no legislado y de que exista diversidad legislativa; en segundo lugar, la gestante también necesita protección, una vez que tenemos que asegurarnos que entiende el procedimiento en que se encuentra y, además, es necesario eliminar los casos de trata y, también, evitar que estas mujeres acudan a estas técnicas por el simple hecho de no tener recursos económicos; en último lugar, también los padres o personas que acuden a estas técnicas para tener hijos tienen que verse protegidos mientras dure el procedimiento.

Para lograr todo lo mencionado anteriormente, la Conferencia de La Haya ha venido trabajando desde el 2010 y presentando, como veremos a continuación, 5 estudios muy importantes datados de los años 2011, 2012, 2014, 2015 y 2016.

Dentro de la Conferencia de La Haya ha sido su Oficina Permanente quien ha realizado determinados cuestionarios con el objetivo de entender cuál era la situación actual de la gestación por sustitución en todo el mundo y, principalmente, dentro del Derecho Internacional Privado. Dichos cuestionarios se han realizado a los diversos Estados miembros y no miembros y a profesionales del derecho, de la salud y de agencias de gestión por sustitución.

Por fin, y antes de proceder al análisis concreto de los estudios de la Conferencia de La Haya, en materia de gestación por sustitución, es necesario hacer referencia al Grupo de Expertos que la misma creó en el año 2015 con el objetivo de dar continuidad a todos los estudios realizados y, finalmente, lograr regular tanto la gestación por sustitución, así como, el reconocimiento de la filiación de los niños que son fruto de estas técnicas.

Sobre ello, hablaremos al final de este epígrafe mencionando las reuniones realizadas por este Grupo de Expertos y los logros conseguidos por ellos hasta la actualidad.

Los cinco documentos más importantes en esta materia son:

- **Nota preliminar sobre las cuestiones de Derecho Internacional Privado relativas al estatuto de los niños (2011).**

Esta primera nota, del año 2011, ha sido realizada por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, cuyo objetivo principal fue analizar los acuerdos existentes en materia de gestación por sustitución, así como las necesidades de los niños, principalmente, a nivel de filiación.

Además, se ha intentado profundizar sobre los objetivos que deberían cumplirse en esta materia a lo largo de los años, es decir se han marcado los diversos puntos sobre los que se debería incidir en los diversos estudios posteriores.

Una vez más, se vuelve a poner de manifiesto los avances tecnológicos y científicos que se han hecho notar, principalmente, en materia de maternidad subrogada, es así como la Conferencia de La Haya ha querido denominar este tema, pero, también se hace mención a lo que hemos explicado en la contextualización de este epígrafe: a los problemas derivados de este avance, entre ellos: las filiaciones no reconocidas, los niños apátridas, así como a la insuficiencia del Convenio de La Haya de 1993 sobre los aspectos de cooperación en materia de adopción internacional para regular o poner orden al tema de la gestación por sustitución, por el simple hecho de la diferencia que encontramos a la hora de definir adopción internacional y gestación por sustitución.

Es sobre este último aspecto, sobre la insuficiencia del Convenio de La Haya de 1993 para servir de base o incluso regular la gestación por sustitución, que se debroza esta nota informativa. No sólo pone de manifiesto que una gestación por sustitución no puede seguir los pasos de la adopción internacional para su regulación, sino que además se hace referencia:

- al tema del consentimiento, que es uno de los ejes centrales de la gestación por sustitución desde un principio donde el niño todavía no ha nacido, mientras en la adopción solamente se tiene en cuenta cuando ese niño ya existe;
- además, aunque en la adopción no puede mediar pago o recompensa en la gestación por sustitución esto es algo que está muy presente;
- en lo que respecta a los Estados intervinientes, en la adopción siempre se intenta mantener al niño adoptado en el mismo estado de origen, mientras en la maternidad subrogada lo más probable es que ese niño desarrolle su vida en un estado distinto de aquel donde se encuentra su madre gestante;
- mientras la adopción necesita de determinadas garantías procesales a la hora de que los padres puedan tener ese niño, lo mismo no se verifica en la gestación por sustitución;

- y, por último, mientras en la adopción se evita que los padres adoptivos tengan relación con los verdaderos padres de ese niño, en la gestación por sustitución eso es imposible, una vez que los padres y la madre gestante siempre van a estar en contacto desde un primer momento.

Después de mencionar todo lo anterior, el propio Consejo se da cuenta que existen diversos aspectos controvertidos en este tema y, por ello, recomienda a la Oficina Permanente seguir avanzando en este tema, con el objetivo de, en primer lugar, conocer toda la legislación mundial existente sobre la gestación por sustitución; para luego, poder definir metas comunes en temas como, reconocimiento y ejecución casi automática de la filiación con algún elemento transfronterizo, leyes aplicables a dicha filiación y, también, regulación de los contratos derivados de esta técnica.

- **Informe preliminar sobre los problemas relativos a los acuerdos de maternidad de sustitución (2012).**

Este se puede considerar el informe más importante de todo el estudio realizado por la Conferencia de La Haya, una vez que, es el que va a servir de guion a los demás trabajos.

Lo que se intenta es encontrar el instrumento legislativo que mejor pueda regular la gestación por sustitución, teniendo en cuenta cuáles serían las implicaciones que podría tener dicho instrumento en los diversos estados.

El objetivo principal de este instrumento sería combatir los problemas mencionados anteriormente: filiación y nacionalidad y, también, la protección de madre gestante, niño y padres que intervienen en este procedimiento.

En este informe se dice que utilizar un marco multilateral de regulación sería una buena solución para tratar las normas de Derecho Internacional Privado, promover la cooperación internacional y proteger a las partes y sus derechos fundamentales. Pero, sería necesario afrontar los problemas particulares que podrían surgir en cada estado respecto del reconocimiento de estos niños como hijos de esas personas y, también, que no fuesen vulnerados los ordenamientos internos de esos estados. Aquí, dice el informe que afloraría la importancia de las leyes de policía que establecieran límites a la aplicación de determinadas leyes extranjeras.

Derivado de este último tema, se piensa en la elaboración de un convenio de reconocimiento que tendría como fin permitir a esos Estados, en los que podrían producirse problemas de vulneración del ordenamiento jurídico interno, adherirse al mismo y obtener un reconocimiento ágil de esas filiaciones.

Por último, se hace referencia al sistema de cooperación que contempla el Convenio de la Conferencia de La Haya de 1993. El mismo se podría utilizar en materia de gestación por sustitución logrando acuerdos entre los Estados que no reconocen acuerdos sobre esta materia y los que sí lo hacen.

Todo lo mencionado anteriormente podría combatir los problemas mencionados al principio de este epígrafe. Así, no se trata de encontrar la regulación más justa o la más correcta, sino aquella que permita armonizar toda la diversidad legislativa existente sin que se vulnere el orden público internacional y dando protección a las partes intervinientes en la gestación por sustitución.

- **Estudio sobre la filiación jurídica y las cuestiones relativas a los acuerdos de maternidad de sustitución con carácter internacional / Oportunidad y posibilidad**

de proseguir los trabajos realizados en el marco del Proyecto Filiación / Maternidad de sustitución (2014).

Este estudio del año 2014 es el que viene a plasmar los resultados obtenidos en los cuestionarios que se han realizado por la Oficina Permanente a los Estados miembros y los que no lo son y a los profesionales de derecho, salud y de agencias de gestación.

Este estudio lo podemos dividir en tres partes:

- La primera versa sobre la filiación dentro de los ordenamientos jurídicos internos, con especial enfoque en su reconocimiento y su impugnación, con el objetivo de ver cuál es la respuesta que cada estado suele dar a estos problemas y hasta qué punto se podría encontrar una respuesta armonizada para todos ellos.
- La segunda parte trata de poner de manifiesto las normas que existen en Derecho Internacional Privado y las normas de cooperación sobre la filiación, verificando si realmente existe una gran diversidad legislativa y hasta qué punto puede existir cooperación en este tema.
- La última aborda los acuerdos de maternidad subrogada existentes y los problemas éticos y morales que se pueden derivar de la gestación por sustitución que puedan dar lugar a más problemas de vulneración de orden público internacional como hemos mencionado antes.

Después de realizar este estudio, la Oficina Permanente define dos objetivos a tener en cuenta, de cara al futuro, en los estudios de la Conferencia de La Haya: por un lado, dar seguridad jurídica al proceso de gestación por sustitución y, por otro lado, proteger los derechos de los niños, padres y madre gestante intervinientes en el mismo.

Por último, es importante mencionar que los cuestionarios realizados también han servido de base para la elaboración del Documento Preliminar nº3 de marzo de 2014 que viene a definir y analizar los pasos futuros que se podrían dar, por la Conferencia de La Haya, en esta materia.

- El Proyecto Filiación / Maternidad de sustitución: nota de actualización (2015).

El asunto de este documento del año 2015 viene indicado en el nombre del mismo: se trata de actualizar, contextualizar, verificar y aportar todo lo que se ha conseguido y todo lo que se ha investigado en materia de maternidad subrogada desde el año 2010 hasta el año 2015.

Se hace mención de dos sentencias del TEDH analizadas anteriormente en este trabajo: los casos *Menesson* y *Labassee*.

Además, es importante mencionar que es en el año 2015 cuando, como hemos dicho antes, se crea el Grupo de Expertos formado por miembros nombrados por cada estado miembro, que va a empezar a valorar las opciones de continuidad de este estudio de cara al futuro y, también, de discutir y decidir cuál sería el instrumento legislativo que mejor se adaptaría a la regulación de la gestación por sustitución en consonancia con el informe realizado en el año 2012.

- Nota de información para la reunión del Grupo de Expertos relativa al Proyecto Filiación / Maternidad de sustitución (2016).

Esta nota fue elaborada con el objetivo de reunir toda la información necesaria y, también, de hacer un resumen de los problemas existentes, para que el Grupo de

Expertos pudiera valorar el tema de la gestación por sustitución en su primera reunión que se realizó del 15 al 18 de febrero del año 2016.

Además, se pone de manifiesto la opción de utilizar un instrumento vinculante o uno no vinculante para regular la maternidad subrogada, indicado los beneficios y las desventajas de cada uno de ellos:

- **Instrumento vinculante:** por ejemplo, el convenio internacional. Si se utilizara obligaría a los estados miembros, una vez aceptado el mismo, a respetar ciertas obligaciones, principalmente, dentro del Derecho Internacional Privado y en materia de cooperación.
- **Instrumento no vinculante:** por un lado, se lograría una mayor armonización de las cuestiones derivadas de la gestación por sustitución y sus problemas, pero, dentro de los ordenamientos jurídicos internos, su influencia sería inferior, una vez que, no se generarían obligaciones como las previstas para los instrumentos vinculantes.

A partir del año 2016 podemos decir que dejamos atrás los trabajos o estudios de exploración realizados por la Conferencia de La Haya, principalmente, por su Consejo y por su Oficina Permanente. A partir de este año, es el Grupo de Expertos quien desarrolla el tema de gestación por sustitución a través de 7 reuniones que analizaremos a continuación.

Segunda Fase: Sesiones del grupo de expertos

Primera reunión: 15 al 18 de febrero de 2016

En esta primera reunión, el Consejo de Asuntos Generales encomienda una tarea al Grupo de Expertos que versa sobre las cuestiones relacionadas con el DIPr en cuanto a la filiación y, en consecuencia, también con las procedentes de la gestación por sustitución.

El Grupo observó que, debido a la falta de normas comunes en relación con estas materias, se creaban conflictos acerca del estatus jurídico transfronterizo de los niños, así como otros problemas para estos y sus familias.

Concluyeron que la filiación era un tema de relevancia internacional en el que no podía existir incertidumbre y, más concretamente, en aquellos casos de gestación por sustitución. Observaron que en los Estados Unidos había una carencia notable en cuanto a reglas específicas de DIPr de esta última materia. Primero, constataron que en cuanto a las normas de competencia internacional de autoridades no había grandes problemas. No obstante, en cuanto al derecho aplicable sí, puesto que la determinación de las conexiones y la manera en la que estas están constituidas entre sí es diversa en los Estados. De la misma manera, existía controversia en cuanto al reconocimiento de los documentos públicos extranjeros.

En esta primera reunión, el Grupo acabó por intentar solucionar únicamente este último problema sobre el reconocimiento, porque los demás presentaban gran complejidad.

Segunda reunión: 31 de enero al 3 de febrero de 2017

Primeramente, el Grupo consideró elaborar una herramienta multilateral vinculante que se encargue del reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre filiación. Además, entre las condiciones de reconocimiento destacaron el orden público internacional del Estado requerido y haciendo hincapié en el interés superior del menor.

Asimismo, establecieron que la técnica empleada para el establecimiento de la filiación legal podría servir también para la impugnación de la paternidad.

De nuevo, llegaron a la conclusión de que elaborar normas comunes de DIPr sobre filiación es muy complejo, pero coincidieron en garantizar la protección de los niños independientemente de las circunstancias de su nacimiento.

Tercera reunión: 6 al 9 de febrero de 2018

Esta vez analizaron ciertos ámbitos: eventuales disposiciones relacionadas con el reconocimiento de pleno derecho de decisiones judiciales extranjeras en asuntos de filiación; la posibilidad de reconocer la filiación cuando se registra en un documento público; y analizar si los casos particulares de los niños nacidos por gestación por sustitución u otras técnicas de reproducción asistida merecen un trato diferenciado.

De la misma manera, establecieron ciertos objetivos que debía cumplir su futuro instrumento internacional: garantizar la previsibilidad, seguridad y la continuidad de la filiación en los casos transfronterizos para todos los interesados; solucionar los conflictos entre los diferentes sistemas jurídicos en relación con el establecimiento y la impugnación de la filiación; y tener en consideración tanto el contexto de la filiación como los derechos fundamentales de los interesados y primordialmente el del menor.

En cuanto al reconocimiento de las decisiones judiciales relacionadas con la filiación, se estableció prever el reconocimiento en un Estado de las sentencias emanadas sobre filiación en otro Estado, así como la cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes. Además, se excluyeron ciertos temas del ámbito material del futuro instrumento material, como, por ejemplo, identidad y alimentos del niño o la nacionalidad.

De la misma manera, contemplaron la posibilidad de crear un modelo de certificado internacional de nacimiento o cualquier otro documento público internacional que acredite la filiación, pero se quedó en una mera idea.

En cuanto a los acuerdos internacionales de gestación por sustitución, se inclinaron por un trato diferenciado, y algunos expertos propusieron la idea de un protocolo facultativo específico para regular estos acuerdos. Asimismo, plantearon mecanismos de inclusión y exclusión, de modo que los Estados puedan incluir o no, la regulación de estos acuerdos cuando apliquen el futuro instrumento internacional.

Cuarta reunión: 25 al 28 de septiembre de 2018

En esta reunión se llevaron a cabo varios temas: la posibilidad de aceptar documentos públicos extranjeros sobre filiación o de reconocer la filiación establecida en el extranjero en ausencia de una decisión judicial, el desarrollo y aplicación de normas uniformes sobre la filiación... No obstante, en esta reunión no se trató en ningún momento el tema de gestación por sustitución, puesto que lo relevaron a la quinta reunión.

Quinta reunión: 29 de enero al 1 de febrero de 2019

En esta reunión desarrollaron el tema de gestación por sustitución. Concluyeron de forma unánime que los acuerdos internacionales sobre gestación por sustitución deben tener el objetivo de proteger los derechos y el interés superior del menor, pero también de aquellas personas que son partícipes del proceso.

Asimismo, reiteraron que el hecho de que en el futuro instrumento de DIPr contemplase dichos acuerdos, no significa que se respalde la gestación por sustitución.

Lo que se pretende, por tanto, no es que los Estados introduzcan dicha práctica, sino más bien brindar seguridad jurídica y protección al menor.

De la misma manera, establecieron que la determinación de la filiación a través de este método podría consolidarse mediante resolución judicial, de pleno derecho o por reconocimiento o acuerdo, como sucede con el resto de casos de filiación.

Expresaron la necesidad de determinar ciertas garantías que podrían ser vinculantes o no, pero que se aplicarán independientemente de cómo se haya consolidado la determinación de la filiación. Podemos mencionar como garantía esencial que el consentimiento de la gestante sea libre y que esta sea informada. No obstante, también plantearon otras posibles garantías como el derecho del niño a conocer sus orígenes, la prevención de la venta y trata de niños, capacidad e idoneidad de la gestante y los padres intencionales y cuestiones financieras...

Sexta reunión: 29 de octubre al 1 de noviembre de 2019

Se encomienda la labor de proponer disposiciones que posteriormente serán incluidas en el instrumento de DIPr sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre filiación ya sean de carácter general o aquellas dictadas en virtud de los acuerdos internacionales sobre gestación por sustitución.

El Grupo determinó que el Convenio se aplicaría a todas las resoluciones relativas a la filiación, independientemente de su denominación (constitutivas o declarativas). Además, establecieron algunos motivos por los que se podría negar la aplicación del Convenio como puede ser el orden público internacional o cuando existan fallos incompatibles o procesos paralelos...

Hubo discusión sobre en qué momento debería aplicarse las normas relativas a la ley aplicable, si tanto en el nacimiento como en la determinación de la filiación del niño. Otros, sin embargo, opinaban que deberían aplicarse diferentes normas relativas a la ley aplicable en función del momento de la filiación. Así mismo, consideraron de utilidad que en dichas normas se haga referencia a los métodos empleados para determinar la filiación, pero que las consecuencias sean las mismas.

De la misma manera, el Grupo consideró necesario incluir la presunción de validez de la filiación que se encuentre en un documento público extranjero expedido por una autoridad competente. Además de la posibilidad de elaborar un certificado internacional de filiación.

En lo relativo al Protocolo de los acuerdos internacionales sobre gestación por sustitución, recalcaron la importancia de que estos se realicen por escrito y antes de la concepción, con el objetivo de conseguir una mayor transparencia y protección de las partes. Asimismo, recordaron que, de cara al reconocimiento, era conveniente establecer una serie de garantías que protejan el interés superior del menor como los derechos fundamentales de las personas que participan en el proceso.

En relación con lo anterior, el Grupo se planteó establecer un formulario que estableciera la confirmación de que los acuerdos internacionales de gestación por sustitución están aprobados por la ley del Estado de origen al tiempo en el que se realiza el acuerdo.

Se volvió a recalcar la relevancia de que el consentimiento de la gestante sea libre y que esta se encuentre informada. Además, se debatió sobre los estándares mínimos sobre la capacidad e idoneidad de la gestante, así como alguna regulación

sobre los intermediarios en los acuerdos. Del mismo modo, se propuso establecer ciertos motivos por los cuales se pudiera rechazar el reconocimiento de la filiación.

Finalmente, se llegó a la conclusión de que debería realizarse una nueva reunión que parece que está fechada en el año 2022. En esta se continuará con el desarrollo del futuro instrumento de DIPr que regule dicha materia con el objetivo de conseguir la mayor seguridad jurídica y previsibilidad.

No obstante, está siendo algo tedioso el camino para llevar a cabo dicho instrumento, que parece que estará compuesto por dos textos normativos: uno para el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre filiación en general y otro Protocolo para las situaciones de gestación por sustitución.

Séptima reunión: 12 al 16 de octubre de 2020

Esta es la última reunión celebrada por el Grupo de Expertos en materia de gestación por sustitución. La misma se ha celebrado por videoconferencia debido a la pandemia del Coronavirus del año 2020.

En primer lugar, se ha debatido sobre la posibilidad de realizar, en un futuro, un convenio que regule la filiación en estos casos de gestación por sustitución, así como un posible protocolo para la regulación internacional de la paternidad en estos casos. En relación con las normas, que podrían venir a formar parte del convenio, para determinar la filiación legal, el grupo de expertos ha examinado hasta 4 puntos de conexión distintos para poder identificar las mismas: en primer lugar, que la ley aplicable fuera independiente al momento o al método utilizado para establecer la filiación legal; - en segundo lugar, atender al Estado de nacimiento como principal vínculo de conexión objetivo; - en tercer lugar, si los padres no tiene su residencia habitual en el país donde se ha producido el nacimiento entonces, de manera alternativa, se aplicaría la ley de la residencia habitual de la gestante; - en cuarto lugar, si la filiación legal se establece a través de sentencia que data de fecha posterior al nacimiento del niño, se aplicará, como punto de conexión, la residencia habitual de éste siempre que salga beneficiado.

En segundo lugar, también se ha pensado en la elaboración de disposiciones provisionales que contengan los efectos de la filiación registrada en un documento público, así como su viabilidad.

En tercer lugar, se discutió el proyecto de disposiciones para un Protocolo que incluya la filiación legal establecida como un acuerdo internacional de gestación por sustitución (ISA). Para ello se han definido dos métodos que incluyan el reconocimiento de dicha filiación no solo de manera jurídica, como también extrajurídica: por un lado, a través de un proceso de certificación (independientemente del método a través del cual se haya establecido la filiación); - por otro lado, a través de un proceso más tradicional del derecho internacional privado, basado en el convenio que se podría establecer y dependiendo de la manera como se hubiera establecido la filiación.

Por último, se ha manifestado la necesidad de seguir debatiendo en este tema y de dar solución a problemas cómo: abordar determinadas filiaciones que no podrán estar incluidas dentro del protocolo porque no cumplen determinadas condiciones. Además, se ha señalado la necesidad de seguir debatiendo sobre cuestiones sobre las cuales todavía no hay un consenso y, por ello, habrá otra reunión telemática antes de la reunión del CGAP 2021 y otra reunión presencial antes de la reunión CGAP del 2022.

Bibliografía

- C. J. ÁVILA HERNÁNDEZ, «La maternidad subrogada en el Derecho Comparado». *Cadernos de Derecho Actual*, 6, 2017.
- A. L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, n.º 2, 2019, pp. 45-113. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5262728>
- A. DURÁN AYAGO, «Gestación por sustitución en España: *a hard case needs law*. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, n.º 2, 2019, pp. 575-582. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4977>
- A. DURÁN AYAGO, «Los trabajos en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución», *Revista General de Derecho Constitucional*, 31, 2020.
- A. EMALDI CIRIÓN, “La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley”, en R. TRIVIÑO CABALLERO, «Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada», *Dilemata: Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 28, 2018, pp. 123-135. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6694798.pdf>
- M. S. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, «La maternidad subrogada: ¿absurdo jurídico en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo?», *Revista de Derecho Privado*, 56, 2016, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7252034.pdf>
- M. GÓMEZ, «La gestación subrogada, un análisis desde una perspectiva comparativa del sistema español de Derecho internacional privado», *Documentos de trabajo = Working Papers (Instituto Complutense de Estudios Internacionales)*, 1, 2020, Nueva época. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7261630>
- C. M. MARCO ATIENZA, «Respuestas jurídicas en España ante la gestación por sustitución», *Derecho y salud*, 26, 2016, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6295141.pdf>
- L. PERTUSA RODRÍGUEZ: *Dimensión Consular de la Gestación por Sustitución en Derecho Internacional Privado: Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, págs.37-42. Trabajo Fin de Máster, UNED, Grado en Derecho, 27 de junio de 2018.
- A. J. VELA SÁNCHEZ, «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler», *Diario La Ley*, 7608, 2011.
- S. VILAR GONZÁLEZ, *Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EE. UU.) y Portugal*, 2017.
- S. VILAR GONZÁLEZ, «La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, n.º 2, 2019, pp. 815-823. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7105647>

Dossier elaborado por el TEDH:
https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_FRA.pdf, consultado entre
el 12-12-2020 y el 29-12-2020.