

**LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU
INFLUENCIA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA¹
(desde el año 2014 al 11 de abril de 2017).**

Fruela RÍO SANTOS, Abogado y doctorando en Derecho

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DESDE EL
AÑO 2014 HASTA EL 11 DE ABRIL DE 2017**

El TEDH se ha pronunciado en materia de gestación subrogada desde el año 2014 hasta el 11 de abril de 2017 por medio de las siguientes Sentencias:

STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, Mennesson vs. Francia; se condena al estado francés por no reconocer la paternidad de parejas con niños nacidos en Estados Unidos mediante una madre de alquiler.

STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, Labassee vs. Francia; se condena al estado francés de establecer un vínculo de filiación entre un padre y su hijo biológico nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución.

SSTEDH 21 de julio de 2014, as. 9063/14 y 10410/14, de Foulon y Bouvet vs. Francia, se condena parcialmente al estado francés (dos resoluciones), los demandantes recurrieron a la gestación subrogada en India para traer al mundo a una niña en el primer caso (Foulon) y a dos gemelos en el segundo (Bouvet).

STEDH 19 enero 2017, as. 44024/13, Laboire vs. Francia; condena al estado francés por no reconocer formalmente la inscripción en el registro civil de dos niños nacidos en 2010 en Ucrania a través de vientres de alquiler y cuyos padres son de nacionalidad francesa.

STEDH 24 de enero de 2017, Paradiso y Campanelli vs. Italia (GRAN SALA), que revoca la STEDH 27 enero 2015, Paradiso et Campanelli vs. Italia; avala la decisión de las autoridades italianas de retirar a unos padres la custodia de un niño nacido en Rusia mediante gestación subrogada y con el que no tienen ningún vínculo biológico.

¹ Cerrada a 11 de abril de 2017.

En relación a los derechos vulnerados por los estados y atendiendo que las dos primeras resoluciones del TEDH han sido condenatorias (as. 65192/11, *Menesson vs. Francia*; as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*²), al estado francés, por no reconocer la paternidad de parejas con niños nacidos en el extranjero mediante una madre de alquiler. En los dos casos citados, el gameto masculino no había sido donado, sino que eran los progenitores los que lo aportaban voluntariamente, a diferencia del óvulo, que sí era aportado por medio de un donante y formalizado por un contrato de gestación por subrogación. La gestación por subrogación es una práctica legal en los estados donde fueron concebidos los menores, en California³ y en Minnesota⁴, pudiéndose inscribir a los menores en los respectivos registros civiles. En los dos casos expuestos, *Menesson Vs. Francia* y *Labassee vs. Francia*, el estado francés vetó que los progenitores pudiesen inscribir, en su registro consular y en el central, a sus hijos, obtenidos por medio de gestación por subrogación, al considerar que se estaba atentando contra el orden público, por vulnerar los arts. 16-6 y 16-9 del Código Civil Francés⁵. Por ello, al denegarse su acceso al registro civil, a los menores no se les otorgaba la nacionalidad francesa, sino la americana. El TEDH, en el asunto *Menesson vs. Francia*, en el apartado 97 dispone *"Whilst Article 8 of the Convention does not guarantee a right to acquire a particular nationality, the fact remains that nationality is an element of a person's identity (see Genovese v. Malta, no. 53124/09, § 33, 11 October 2011). As the Court has already pointed out, although their biological father is French the third and fourth applicants face a worrying uncertainty as to the possibility of obtaining recognition of French nationality under Article 18 of the Civil Code ... That uncertainty is liable to have negative repercussions on the definition of their personal identity."*⁶, así, declara el TEDH que no ha habido violación del artículo 8 de la

² C. Paulussen, T. Takács, V. Lazić, B. Van Rompuy, *Fundamental Rights in international and Europe Law, Public and Private Law Perspectives*, T.M.C. Asser Press, Chapter 10 *International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law*, Richard Blauwhoff and Lisette Frohn, 2016; F. Chénéde, *Les arrêts Menesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme*, Recueil Dalloz, 2014, p. 1797-1802; F. Boukrouna, S. Chardenoux, C. Paillassou, *International surrogacy arrangements: a need for judicial cooperation?*, *International Judicial Cooperation in Civil Matters – European Family Law*;

³ http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217

⁴ <https://www.leg.state.mn.us/docs/2016/mandated/161341.pdf>

⁵ Art. 16-6: No podrá concederse remuneración alguna a quien se preste a hacer un experimento en su persona, a extraer elementos de su cuerpo o a recoger productos del mismo.

Art. 16-9: Las disposiciones del presente capítulo son de orden público.

⁶ "Aunque el artículo 8 de la Convención no garantiza el derecho a adquirir una determinada nacionalidad, no deja de ser cierto que la nacionalidad es un elemento de la identidad de una persona (véase *Genovese c. Malta*, n° 53124/09, § 33, 11 de octubre de 2011). Como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, si bien su padre biológico es Francés, los terceros y los cuartos demandantes se enfrentan a una incertidumbre preocupante en cuanto a la posibilidad de obtener el reconocimiento de la nacionalidad francesa en virtud del artículo 18 del Código Civil ... Esta incertidumbre puede llegar a tener repercusiones negativas en la definición de su identidad personal "

Convención en lo que respecta al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar pero “3. Holds that there has been a violation of Article 8 of the Convention with regard to the third and fourth applicants’ right to respect for their private life;”⁷. En ese mismo sentido citamos el punto 100 y 101 de la STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*; “100. This analysis takes on a special dimension where, as in the present case, one of the intended parents is also the child’s biological parent. Having regard to the importance of biological parentage as a component of identity (see, for example, *Jäggi [v. Switzerland, no. 58757/00]*, § 37[, ECHR 2006-X]), it cannot be said to be in the interests of the child to deprive him or her of a legal relationship of this nature where the biological reality of that relationship has been established and the child and parent concerned demand full recognition thereof. Not only was the relationship between the third and fourth applicants and their biological father not recognised when registration of the details of the birth certificates was requested, but formal recognition by means of a declaration of paternity or adoption or through the effect of de facto enjoyment of civil status would fall foul of the prohibition established by the Court of Cassation in its case-law in that regard ... The Court considers, having regard to the consequences of this serious restriction on the identity and right to respect for private life of the third and fourth applicants, that by thus preventing both the recognition and establishment under domestic law of their legal relationship with their biological father, the respondent State overstepped the permissible limits of its margin of appreciation. 101. Having regard also to the importance to be given to the child’s interests when weighing up the competing interests at stake, the Court concludes that the right of the third and fourth applicants to respect for their private life was infringed.”⁸.

A las mismas conclusiones se llega en el asunto, *Labassee vs. Francia*, de misma fecha que la citada, 26 de junio de 2014. Quizás lo más llamativo, es la introducción de los daños morales y su cuantificación, al declarar el TEDH “4. Dit: a) que l’État défendeur

⁷ “3. Mantiene que ha habido una violación del artículo 8 de la Convención en lo que respecta al derecho de los terceros y cuartos solicitantes al respeto de su vida privada.”

⁸ “100. Este análisis adquiere una dimensión especial donde, como en el presente caso, uno de los padres que se pretende es también el padre biológico del niño. Teniendo en cuenta la importancia del parentesco biológico como componente de la identidad (véase, por ejemplo, *Jäggi [v. Suiza, n° 58757/00]*, § 37 [, CEDH 2006-X]), no se puede decir que está en el interés del niño de privarle de una relación jurídica de esta naturaleza cuando se haya establecido la realidad biológica de esa relación y el niño y el progenitor interesado exigen su pleno reconocimiento. No sólo no se reconoció la relación entre el tercero y el cuarto solicitantes y su padre biológico cuando se solicitó el registro de los datos de las actas de nacimiento, sino el reconocimiento formal mediante declaración de paternidad o adopción o por efecto de goce efectivo de El estatuto civil sería contrario a la prohibición establecida por el Tribunal de Casación en su jurisprudencia a este respecto... El Tribunal de Primera Instancia considera, teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción de la identidad y del derecho al respeto de la vida privada del Tercero y cuarto, que al impedir así el reconocimiento y el establecimiento en su derecho interno de su relación jurídica con su padre biológico, el Estado demandado sobrepasó los límites permisibles de su margen de apreciación. 101. Habida cuenta también de la importancia que debe darse a los intereses del niño cuando se ponderan los intereses en conflicto, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que se violó el derecho de los terceros y de los terceros solicitantes al respeto de su vida privada”.

doit verser dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes : i) à la troisième requérante, 5 000 EUR (cinq mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ; ii) aux requérants, 4 000 EUR (quatre mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour frais et dépens ; b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ; 5. Rejette la demande de satisfaction équitable pour le surplus"⁹.

Por medio de esas dos resoluciones del TEDH, asuntos *Mennesson y Labasse*, se vino a reconocer que los Estados tienen plena capacidad jurídica para dictar disposiciones legales que admitan y respalden la gestación por sustitución, o bien la prohíban, imponiendo sanciones penales o administrativas a los progenitores, permitiéndose, además, una tercera vía, la de ignorar su desarrollo en el marco normativo, pero esta conlleva un problema, porque la gestación por sustitución es una práctica que no entiende de fronteras y los progenitores buscarán la solución más viable para poder realizarla, equivocándose el estado cuando no la regule o ponga trabas a los reconocimientos de los derechos de los menores o bien de sus progenitores.

El TEDH se pronunció en las SSTEDH 21 de julio de 2014, as. 9063/14 y 10410/14, de *Foulon y Bouvet vs. Francia*, por las que se condena parcialmente al estado francés, los demandantes recurrieron a la gestación subrogada en India para traer al mundo a una niña en el primer caso (*Foulon*) y a dos gemelos en el segundo (*Bouvet*). En el presente asunto, los demandantes, la familia *Foulon y Bouvet*¹⁰, recurrieron a la gestación subrogada en Bombay, India. El motivo sigue siendo el mismo que se suscitaba en los asuntos *Mennesson y Labasse*, es decir, la vulneración al orden público, "*au motif que la convention de gestation pour autrui était entachée d'une nullité d'ordre public*". Pero el Tribunal de Casación, les permite "*requérants ont la possibilité d'établir leur lien de filiation par la voie de la reconnaissance de paternité (article 316 du code civil) ou de la*

⁹ "Digo: a) que el estado defensor debe ingresar en los tres meses siguientes a la resolución definitiva conforme al artículo 44.2 de la Convención, las cantidades siguientes: i) al tercer solicitante, 5000 €, más cualquier cantidad que pueda ser objeto de impuesto, por el daño moral; ii) a los solicitantes, 4000 €, más cualquier cantidad que pueda ser objeto de impuesto, por gastos y costas; b) que a contar de la caducidad del dicho plazo y hasta el pago, estas cantidades se aumentarán en el interés simple al tipo marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el período predeterminado, incrementado en tres puntos porcentuales; 5. Rechaza la reclamación de satisfacción justa por el resto".

¹⁰ E. Scott Sills, *Handbook of Gestational Surrogacy, International Clinical Practice and Police Issues*, Cambridge University Press, 2016; L. Métral, *Le droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Ed. Connaissances et Savoirs, 2016.

possession d'état (article 317 du code civil)¹¹ ¹², novedad que en los casos precedentes no sucedió. El TEDH considera, en sus apartados 55 a 58, que existe similitud con los precedentes jurisprudenciales, "La Cour constate que la situation des requérants en l'espèce est similaire à celle des requérants dans les affaires *Menesson et Labassee* précitées", así dispone, "56. La Cour prend bonne note des indications du Gouvernement selon lesquelles, postérieurement à l'introduction des présentes requêtes et au prononcé des arrêts *Menesson et Labassee* précités, la Cour de Cassation a, par deux arrêts du 3 juillet 2015, procédé à un revirement de jurisprudence. Selon le Gouvernement, il résulte de cette jurisprudence nouvelle qu'en présence d'un acte étranger établi régulièrement selon le droit du pays dans lequel la gestation pour autrui a été réalisée et permettant d'établir le lien de filiation avec le père biologique, plus aucun obstacle ne peut être opposé à la transcription de la filiation biologique. Il ajoute que, le 7 juillet 2015, la garde des Sceaux a adressée aux parquets concernés une dépêche indiquant qu'il convenait de procéder à la transcription des actes de naissance étrangers des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui, sous réserve de leur conformité à l'article 47 du code civil (paragraphe 51 ci-dessus). La Cour relève ensuite que le Gouvernement entend déduire de ce nouvel état du droit positif français que le troisième requérant et les quatrième et cinquième requérants ont désormais la possibilité d'établir leur lien de filiation par la voie de la reconnaissance de paternité ou par celle de la possession d'état ; il indique à cet égard que « ces voies juridiques paraissent aujourd'hui envisageables » (paragraphe 53 ci-dessus). Elle relève toutefois le caractère hypothétique de la formule dont use le Gouvernement. Elle constate en outre que les intéressés contestent cette thèse et que le Gouvernement n'en tire lui-même aucune conclusion quant à la recevabilité ou au bien-fondé de leur requête. 57. Ceci étant souligné, et considérant les circonstances de l'espèce, la Cour ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les affaires *Menesson et Labassee*. 58. La Cour conclut en conséquence qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit

¹¹ Section 2 : Del establecimiento de la filiación por el reconocimiento voluntario. Art. 316: Cuando la filiación no haya sido establecida en las condiciones previstas en la sección I del presente capítulo, podrá serlo mediante un reconocimiento de paternidad o de maternidad realizado antes o después del nacimiento. El reconocimiento sólo establecerá la filiación respecto de su autor. Dicho reconocimiento podrá hacerse en la partida de nacimiento, por acta recibida por el oficial del Registro Civil o por cualquier acta pública. El acta contendrá los datos previstos en el artículo 62 y la mención de que el autor del reconocimiento ha sido informado del carácter divisible del vínculo de filiación establecido de esta forma.

Section 3 : Del establecimiento de la filiación por la posesión de estado. Art. 317: Cada uno de los progenitores, o el hijo, podrá pedir al juez de tutelas que les sea entregada, en las condiciones previstas en los artículos 71 y 72, un acta de notoriedad que dé fe de la posesión de estado hasta prueba en contrario. Cuando el presunto padre haya fallecido antes de la declaración de nacimiento del niño, el acta de notoriedad podrá ser expedida probando una reunión suficiente de hechos en el sentido del artículo 311-1. La expedición del acta de notoriedad sólo podrá ser solicitada en el plazo de cinco años a contar desde el cese de la posesión de estado alegada. La filiación establecida por la posesión de estado constatada en el acta de notoriedad se inscribirá al margen de la partida de nacimiento del hijo.

¹² "Los motivos que la convención de gestación estaba afectada a una nulidad de orden público". Pero el Tribunal de Casación, les permite "solicitantes tienen la posibilidad de establecer sus lazos de filiación por la vía del reconocimiento de paternidad (artículo 316 del código civil) o de la posesión de estado (artículo 316 del código civil)".

des requérants au respect de leur vie familiale, mais qu'il y a eu violation de cette disposition s'agissant du droit des deuxième, quatrième et cinquième requérants au respect de leur vie privée". Dicho esto, y teniendo en cuenta las circunstancias, el Tribunal no ve ninguna razón para concluir lo contrario que en los asuntos *Mennesson y Labassee*. Por esos motivos, y por unanimidad, el TEDH considera: "3. Déclare les requêtes recevables quant au grief tiré de l'article 8 de la Convention"; al igual que en las sentencias *Mennesson y Labasse*, "4. *Dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale*; 5. *Dit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des deuxième, quatrième et cinquième requérants au respect de leur vie privée*"¹³; y en relación con el abono de cantidades, el Estado francés tiene que abonar, dentro del plazo de tres meses desde que sea firme la sentencia, las siguientes cantidades: i) el segundo, cuarto y quinto solicitantes, a cada uno 5.000 EUR, más cualquier impuesto que pueda resultar aplicable, por daño moral; ii) los solicitantes *Foulon* recibirán 15.000, más cualquier impuesto que pueda resultar aplicable, por los costes y gastos; iii) los solicitantes *Bouvet*, 15.000 euros, más cualquier impuesto que pueda resultar aplicable, por los costes y gastos.

La STEDH 19 enero 2017, as. 44024/13, *Laboire vs. Francia*, condena al estado francés por no reconocer formalmente la inscripción en el registro civil de dos niños nacidos en

¹³ "La Corte observa que la situación de los solicitantes es similar a la de los asuntos *Mennesson et Labasse* mencionados", así dispone, "56. La Corte toma buena nota de la indicaciones del gobierno según las cuales, y posteriormente a la introducción de las presentes peticiones y a las sentencias *Menesson y Labasse*, la Corte de Casación, en dos sentencias de 3 de julio de 2015, procedió a una revisión de la jurisprudencia. Según el gobierno, resulta de esta nueva jurisprudencia en presencia de un acto extranjero constituido normalmente según el derecho del país en el cual la gestación ha sido realizada y permitiendo establecer el lazo de filiación con el padre biológico, sin más obstáculos no se pueden oponer a la transcripción de la relación biológica. Añade que, el 7 de julio 2015, el Ministro de Justicia se dirigió a la acusación indicando que convenía proceder a la transcripción de las actas de nacimiento extranjeros de niños nacidos al extranjero bajo una gestación subrogada, sujeto al cumplimiento del artículo 47 del código civil (véase el párrafo 51 supra). La Corte observa además que el Gobierno tiene la intención de deducir de este nuevo estado de derecho positivo francés que el tercer demandante y los solicitantes cuarto y quinto tienen ahora la oportunidad de establecer su filiación a través de la paternidad o la de posesión de estado; indica al respecto que "estas vías jurídicas parecen hoy en día factibles" párrafo 53 arriba". Se observa, sin embargo, la naturaleza hipotética de la fórmula que utiliza el Gobierno. Constata además que los interesados contestan esta tesis Señala y que el propio gobierno no saca conclusiones en cuanto a la admisibilidad o el fondo de sus demandas. 57. Dicho esto, y teniendo en cuenta las circunstancias, el Tribunal no ve ninguna razón para concluir lo contrario que en los asuntos *Mennesson y Labassee*. 58. En consecuencia, la Corte concluye que no ha habido violación del artículo 8 de la Convención respecto del derecho de los demandantes al respeto de la vida familiar, pero que ha habido una violación del artículo en lo que respecta al derecho de los solicitantes segundo, cuarto y quinto al respeto de su vida privada".

"3. Declara las solicitudes admisibles en cuanto a la queja en virtud del artículo 8 de la Convención "; al Igual Que en las Sentencias *Mennesson Labasse* allí, "4. Sostiene que no ha habido violación del artículo 8 de la Convención respecto del derecho de los demandantes al respeto de la vida familiar; 5. Declara, que ha habido una violación del artículo 8 de la Convención en lo que respecta al derecho de la segunda, cuarta y quinta solicitantes al respeto de su vida privada".

2010 en Ucrania¹⁴ a través de vientres de alquiler y cuyos padres son de nacionalidad francesa. El Gobierno francés, aboga, en esta ocasión al art. 327 del Código Civil Francés¹⁵, en relación con los preceptos ya citados, *“et lui par la voie de la reconnaissance de paternité ou de la possession d'état, ou par la voie de l'action en établissement de filiation prévue par l'article 327 du code civil (aux termes duquel « la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée ; l'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant »). Selon lui, le refus de transcription ne constitue pas une atteinte disproportionnée au respect du droit à la vie privée des requérants puisque le droit à l'identité de l'enfant est préservé par la possibilité d'établir sa filiation par d'autres voies juridiques”*¹⁶. Lo cierto es que el TEDH considera que existe similitud con los casos previamente enjuiciados, todos ellos contra el estado francés, *“La Cour constate que la situation des requérants en l'espèce est similaire à celle des requérants dans les affaires Mennesson, Labassee, Foulon et Bouvet (précitées), dans lesquelles elle a jugé qu'il n'y avait pas eu violation du droit au respect de la vie familiale des requérants (les parents d'intention et les enfants concernés), mais qu'il y avait eu violation du droit au respect de la vie privée des enfants concernés”*¹⁷. Y matiza, en su apartado 30, que teniendo en cuenta las circunstancias del caso, no ve ninguna razón para apartarse de la línea jurisprudencial de los asuntos Mennesson, Labassee, Foulon y Bouvet. El TEDH ve con buenos ojos la propuesta del estado francés, pero la considera insuficiente, pues, considera que por cuarta vez se ha vulnerado el art. 8 de la CEDH, *“Elle observe aussi que le Gouvernement entend déduire de ce nouvel état du droit positif français que le deuxième requérant et les troisième et quatrième requérants ont désormais la possibilité d'établir leur lien de filiation par la voie de la reconnaissance de paternité ou de la*

¹⁴ Se regula en el Código de familia ucraniano, de 10 de enero de 2003, en el art. 123, afectado por la reforma de 22 de diciembre de 2006, núm. 524-V, que expresa: *“Article 123. Establishing Maternal and Paternal Affiliation in Case of Medically Assisted. Procreation and Ovum Implantation. 1. If the wife is fertilized by artificial procreation techniques upon written consent of her husband, the latter is registered as the father of the child born by his wife. 2. If an ovum conceived by the spouses is implanted to another woman, the spouses shall be the parents of the child. 3. Whenever an ovum conceived by the husband with another woman is implanted to his wife, the child is considered to be affiliated to the spouses.* Además, se regula en la Orden 24 y 771 del Ministro de Sanidad de Ucrania.

¹⁵ Art. 327: *La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant.*

¹⁶ *“y el por la vía del reconocimiento de paternidad o de la posesión de estado, o por la vía de la acción en establecimiento de filiación prevista por el artículo 327 del código civil (a las condiciones de las cuales “la paternidad fuera del matrimonio puede ser declarada judicialmente; la acción de paternidad está reservada al hijo”. Según el, el rechazo de transcripción no constituye una interferencia desproporcionada en el derecho al respeto de la vida privada de los demandantes ya que el derecho a la identidad del niño está protegido por la oportunidad de establecer su filiación por otros medios legales”.*

¹⁷ *“La Corte observa que la posición de los demandantes en este caso es similar a la de los demandantes en los casos Mennesson, Labassee, Foulon et Bouvet (ya mencionados), en los que se encontró que no hubo violación del derecho al respeto de la vida de los solicitantes de la familia (los padres de futuros y los hijos involucrados), pero que se había producido una violación del derecho al respecto de la vida privada de los hijos involucrados”.*

possession d'état, ou par la voie de l'action en établissement de filiation prévue par l'article 327 du code civil. Elle constate toutefois qu'à supposer cette circonstance avérée et pertinente – ce que contestent les requérants –, le droit français a en tout état de cause fait obstacle durant presque quatre ans et huit mois à la reconnaissance juridique de ce lien de filiation (les troisième et quatrième requérants étant nés le 22 novembre 2010)”¹⁸. En consecuencia, declara que no ha habido violación del artículo 8 de la Convención respecto del derecho de los demandantes al respeto de la vida familiar; igualmente declara, que ha habido una violación del artículo 8 de la Convención en el derecho de los terceros y cuartos demandantes al respeto de su vida privada. Por ello se le concede, el mismo derecho económico, por daño moral, que en asunto Foulon y Bouvet.

La STEDH 24 de enero de 2017, Paradiso y Campanelli vs. Italia (GRAN SALA), revoca la STEDH 27 enero 2015, Paradiso et Campanelli vs. Italia; avalando la decisión de las autoridades italianas de retirar a unos padres la custodia de un niño nacido en Rusia mediante gestación subrogada y con el que no tienen ningún vínculo biológico, el TEDH no fue unánime en su deliberación, pues la votación fue de 11 votos contra 6. La presente causa tiene su origen en el nacimiento de un hijo, en Rusia, por medio de un contrato gestación por alquiler, celebrado entre los demandantes y la sociedad Rosjurconsulting, a diferencia del resto de los procedimientos comentados, en los que no intervenía una sociedad. El mismo día del nacimiento, la madre otorga su consentimiento por escrito, y se lee en alta voz en presencia del cuerpo médico que intervino, para que el menor fuera registrado, como hijo, a favor de los solicitantes. El contenido del escrito es el siguiente: *“Yo, el abajo firmante ... he dado a luz a un niño en el ... hospital de maternidad de Moscú. Los padres del niño son un matrimonio italiano, Giovanni Campanelli, nacido el ... y Donatina Paradiso, nacida el ..., que expresaron por escrito su deseo de que sus embriones se implantaran en mi vientre. Sobre la base de lo anterior y de conformidad con el artículo 16 (5) de la Ley Federal sobre el Estado Civil y el artículo 51 (4) del Código de la Familia, doy mi consentimiento para que la pareja mencionada sea inscrita en el acta de nacimiento y la partida de nacimiento como padres del niño a quien he dado a luz ... ”*¹⁹. El problema surge cuando los padres intentan inscribir el

¹⁸ “Se observa también que el gobierno tiene la intención de deducir al nuevo estado de derecho positivo francés que el segundo solicitante y el tercer y cuarto solicitantes ahora son capaces de establecer su filiación a través del reconocimiento de la paternidad o la posesión de estado, o por medio de la institución de afiliación acción planificada por el artículo 327 del código Civil. Sin embargo, se observa que, suponiendo que esta circunstancia probada y relevante - una reclamación por los solicitantes - que el derecho francés tiene en todo caso un obstáculo durante casi cuatro años y ocho meses para el reconocimiento legal de la filiación (el tercer y cuarto solicitantes han nacido el 22 de noviembre de 2010)”

¹⁹ Art. 51-4, del Código de Familia de la Federación Rusa, núm. 223-FZ de 29 de diciembre de 1995: “4. Married persons who have given their consent in written form to the artificial fertilization or to the implantation of the embryo, shall be written down in the Register of Births if a child is born as a result of the application of these methods, as this child's parents. The married persons who have given their consent in written form to the implantation of an embryo in another woman for bearing it, may be written down as the child's parents only with the consent of the woman who has given birth to the child (of the surrogate mother)”.

certificado ruso de nacimiento en el registro civil italiano, pues, se denegó su acceso al considerar que se habían vulnerado los siguientes preceptos legales: 1).- el artículo 33 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1995 (Ley núm. 218), la relación legal entre padres e hijos está determinada por la legislación nacional que rige al niño en el momento de su nacimiento; 2).- el Decreto Presidencial núm. 396, de 3 de noviembre de 2000, arts. 15, 17, 18 y 65; 3).- el artículo 4 de la Ley núm. 40 del 19 de febrero de 2004 (la Ley de Reproducción Médicamente Asistida). Además, se debe tener en consideración las disposiciones relativas al procedimiento de adopción, que figuran en la Ley núm. 184/1983 ("Ley de adopción"), en su versión modificada por la Ley núm. 149 de 2001, bajo el título "El derecho del niño a una familia". Igualmente, resultan de aplicación, al presente caso el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Convenio de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, Comité Director para la Bioética o CDBI antes llamado: CAHBI. Aprobado por el Consejo de Europa en la reunión de 7 de Junio de 1996, especialmente en su art. 15 -vientres de alquiler-, así como los trabajos de la Conferencia de la Haya²⁰. El TEDH, considera que en los casos *Menesson vs. Francia* y *Labassee vs. Francia*, los solicitantes recurrieron a la subrogación gestacional en los Estados Unidos y se habían establecido, posteriormente, con sus hijos en Francia. En esos casos se demostró la existencia de un lazo biológico entre el padre y los hijos y las autoridades francesas nunca habían previsto separar a los hijos de sus padres. La cuestión central de estos casos era la negativa a registrar los datos de una partida de nacimiento, expedida en el extranjero, en incumplimiento de la legislación del país de origen y el derecho de los niños a obtener el reconocimiento de la relación legal padre-hijo. Los padres y los niños eran siempre los solicitantes. A diferencia de los citados casos *Menesson* y *Labassee*, la presente denuncia en virtud del artículo 8, no se refiere al registro de una partida de nacimiento extranjera ni al reconocimiento de la relación legal entre padres e hijos en relación con un hijo nacido de un contrato de maternidad subrogatoria gestacional. Lo que está en juego en el presente caso son las medidas adoptadas por las autoridades italianas que han dado lugar a la separación permanente del niño y de los demandantes. De hecho, los tribunales nacionales declararon que el caso no implicaba un supuesto de "subrogación" tradicional, dado que el material biológico de los solicitantes no había sido utilizado. Por lo tanto, las cuestiones jurídicas centrales del caso son las siguientes: si, habida cuenta de las circunstancias expuestas, el artículo 8 es aplicable; y en caso afirmativo, si las medidas urgentes ordenadas por el Tribunal de Menores, que dieron lugar a la expulsión del niño, constituyen una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y / o de su vida privada en el sentido del artículo 8, y en caso afirmativo, si las medidas impugnadas se adoptaron de conformidad con el artículo 8 de la Convención. En los apartados 215 y 216, se expresa *"The Court does not underestimate the impact which the immediate and irreversible separation from the child must have had on the applicants' private life. While the Convention does not recognise a right to become a parent, the Court cannot ignore the emotional hardship suffered by those whose desire to become parents has not been or cannot be fulfilled. However, the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the*

²⁰ <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

*applicants' interest in their personal development by continuing their relationship with the child. Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law. The Court accepts that the Italian courts, having assessed that the child would not suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case. 216. It follows that there has been no violation of Article 8 of the Convention"*²¹. En definitiva, que el TEDH considera que no ha existido vulneración del art. 8 de la Convención²².

Las STJUE 18 marzo 2014, as. C-167/12 (CD) y as. C-363/12 (Z)²³, citan la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), en el sentido que los Estados Miembros no están obligados a que una madre subrogante, que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, disponga de un permiso de maternidad o equivalente. En cuanto a la Directiva 2006/54/CE relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo, el Tribunal de Justicia observa que la denegación de un permiso de maternidad a una madre subrogante no constituye una discriminación basada en el sexo porque un padre que sea parte en un convenio de gestación por sustitución tampoco tiene derecho a un permiso de esa clase, y la denegación no perjudica especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores. Por otro lado, el hecho de denegar un permiso retribuido equivalente a un permiso por adopción a una madre subrogante no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre la igualdad de trato. Finalmente, respecto a la Directiva 2000/78/CE, que prohíbe toda discriminación por motivo de discapacidad en el ámbito del empleo y de la

²¹ La Corte no subestima el impacto que la separación inmediata e irreversible del niño debe haber tenido sobre la vida privada de los demandantes. Si bien la Convención no reconoce el derecho de ser padre, la Corte no puede ignorar las dificultades emocionales sufridas por aquellos cuyo deseo de ser padres no ha sido o no puede ser cumplido. Sin embargo, los intereses públicos en juego pesan en gran medida en el equilibrio, mientras que comparativamente menos peso se añade al interés de las demandantes en su desarrollo personal por continuar su relación con el niño. Acordar que el niño se quedara con los solicitantes, posiblemente con miras a convertirse en sus padres adoptivos, equivaldría a legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes normas del derecho italiano. El Tribunal de Justicia acepta que los tribunales italianos, habiendo apreciado que el niño no sufriría un perjuicio grave o irreparable de la separación, establecieron un justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego, manteniéndose dentro del amplio margen de apreciación de que disponen en el presente asunto . 216. De lo anterior se desprende que no ha habido violación del artículo 8 de la Convención "

²² <http://rivista.eurojus.it/il-caso-paradiso-e-campanelli-c-italia-di-fronte-alla-grande-chambre-della-corte-edu/?print=pdf>

<http://media.aclj.org/pdf/Surrogacy,-general-interet-can-prevail-upon-the-desire-to-become-parents,-Paradiso-and-Campanelli-v.-Italy-2017.pdf>

²³ <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-03/cp140036es.pdf>

ocupación, el Tribunal de Justicia considera indiscutible que la imposibilidad para una mujer de gestar un hijo puede ser causa de grave sufrimiento para ella. Sin embargo, el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, puede impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Ahora bien, la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él.

En relación a la normativa europea, la Dirección General de Políticas Interiores de la UE, Parlamento Europeo, ha publicado, en español, un resumen sobre el régimen de subrogación en los estados miembros de la UE, 2013²⁴. El informe completo puede verse, en inglés, en el siguiente enlace²⁵.

INFLUENCIA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Por medio de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, se prohíbe los contratos de los vientres de alquiler. El Art. 10 de dicha ley dispone:

- 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
- 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

Se declara nulo del pleno derecho el contrato de gestación, con independencia de si existe o no contraprestación económica. Además se declara nulo el contrato de gestación por sustitución, determinándose la filiación de los hijos por la que derive del parto natural, ello implica la asunción del brocardo romano "*mater semper certa est, pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*" (Digesto 2.4.5), igualmente se admite la posibilidad de reclamación de la paternidad por el padre biológico. Las causas de la gestación por sustitución pueden ser muy diversas, entre otras las siguientes: por no resultar fértil uno de los miembros, por incapacidad de gestación, por enfermedad -cuando se transmita a

²⁴ http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL- JURI_ET %282013%29474403%28SUM01%29_ES.pdf

²⁵ [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL- JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL- JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)

sus descendientes-, en los supuestos de soltería y la más importante, a fecha de hoy, la que deriva de la Ley 13/2005, 24 de 1 de julio, por la que se aprueba el matrimonio homosexual en España, que modifica, entre otros el art. 44 del CC, amparando el matrimonio entre personas del mismo sexo, a raíz de la entrada en vigor de la citada Ley se incrementan los casos de gestación por sustitución, realizados por personas del mismo sexo, en el extranjero. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, reconocía el derecho, conforme al art. 81 del reglamento del registro Civil, a inscribir en el Registro civil a unos gemelos nacidos en el estado de California, EE.UU, bajo la modalidad de gestación subrogada contratada por un matrimonio homosexual, cuando previamente el encargado del Registro civil en el Consulado de España en la localidad de Los Ángeles, había denegado su inscripción. Posteriormente, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, publicada en el BOE de 7 de octubre de 2010, sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución, determina los requisitos para poder inscribir la filiación de los hijos nacidos bajo la modalidad de gestación subrogada, siendo los siguientes: a.- que el menor hubiera nacido en un estado que la técnica de gestación por sustitución estuviese regulada; b.- que uno de los progenitores sea de nacionalidad española; c.- la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999; En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 fue impugnada por el Ministerio Fiscal, cuyo iter procesal fue el siguiente, se interpuso demanda de juicio ordinario núm. 188/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, recurso de apelación núm. 949/2011 dictándose sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia y finalmente, recurso de casación núm. 245/2012, Sentencia de la Sala de lo Civil, de Pleno, núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014, por la que se acuerda revocar la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2010 además de anular la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010; de los nueve Magistrados

cuatro formularon voto particular²⁶. El Ministro de Justicia Español²⁷, tras las SSTEDH de 26 de junio de 2014, asunto *Mennesson vs. Francia* y *Labassee vs. Francia*, se comprometió a modificar la normativa española y adaptarla a las resoluciones del TEDH, con el fin de permitir y facilitar las inscripciones derivadas de los nacimientos originados de las gestaciones subrogadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el ámbito del Derecho Penal, el Código Penal español de 1995, en su actual redacción, determina como tipo penal la siguiente conducta, art. 221:

1. *Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra 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.*

²⁶ Pueden consultarse los siguientes trabajos: Calvo Caravaca, A., Carrascosa González, J., *Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009*; Calvo Caravaca, A., Carrascosa González, J., *Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*; Guzmán Zapater, M., *Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero. Hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010)*; Guzmán Zapater, M., *Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2011: El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, páginas 51 a 55; Camarero González, G. J., *Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución*, *Diario La Ley*, núm. 7910, Sección Tribuna; Lasarte Álvarez, C., *La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria*, *Diario La Ley* núm. 7777, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012; M. Sáez-Santurún prieto, *La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014*, *Diario La Ley*, núm. 8293, sección Doctrina, 15 abril 2014, año XXXV, pp. 16-18; A.J. Vela Sánchez, *Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014*, *Diario La Ley*, núm. 8309, sección Doctrina, 13 mayo 2014, año XXXV, pp. 1-7; A.J. Vela Sánchez, *La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, *Diario La Ley*, núm. 7608, sección Doctrina, 11 abril 2011, año XXXII, pp. 1-6; J.R. de Verda y Beamonte, *Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)*, *Diario La Ley*, núm. 7527, sección Doctrina, 3 noviembre 2010, año XXXI, pp. 13-15; M.J. Parrón Cambero, *Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est*, *La Ley*, 1133/2014, 12 marzo 2014, pp. 1-4.

²⁷ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3927-justicia-se-compromete-a-%20adecuar-la-legislacion-para-facilitar-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-los-ninos-%20nacidos-de-039;vientres-de-alquiler039;/>

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

No siendo el objetivo de este trabajo, lo cierto es que puede constituir tipo penal la conducta de los progenitores que eluden los procedimientos adoptivos, acudiendo a la subrogación de los vientres de alquiler en el extranjero, bajo compensación económica. En ese sentido se ha manifestado la STS de 6 de febrero de 2014, en su FJ 3º.

Recientemente el Tribunal Supremo, por medio de la Sala Cuarta, de lo Social, se ha pronunciado en asuntos de subrogación de maternidad pero orientados a las prestaciones sociales, es decir, desde un lado diferente del prisma jurídico. Las sentencias son la de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016²⁸, la primera en un asunto de subrogación de maternidad en la India, Nueva Delhi, y la segunda en los Estados Unidos, estado de California. La STS de 25 de octubre de 2016, se centra en la concesión de las prestaciones de maternidad solicitadas a instancia de un varón que tuvo dos hijas en Nueva Delhi, siendo el padre genético y utilizando un vientre de alquiler. Los hijos fueron inscritos en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, pero lo cierto es que los progenitores pactan lo siguiente: *"1.-Que Silvia tuvo dos bebés el 25 de septiembre de 2013, identificados en sus certificados de nacimiento como Adela y Lidia, quienes están inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, Tomo IV, páginas números 473, 474, 475, 476. El padre de los bebés es Celso. 2. Que*

²⁸ R. Presa García-López, *Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad*. (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTS de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016). *Aranzadi digital* núm.1/2017; A. Arias Dominguez, *Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad*, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2016, núm. 8, pp. 75-96; J. Gorelli Hernández, *La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)*, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.1/2017; J.M. Gómez Muñoz, *Reconocimiento de la prestación de maternidad a padre biológico de menores nacidos por gestación de sustitución en Estados Unidos*. *STSJ Cataluña, de 1 de julio de 2015 (AS 2015, 1826)*, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, núm. 185, págs. 313-318; M. Inda Errea, *Prestación por maternidad para el padre de dos niños nacidos por vientre de alquiler*. *STSJ Cataluña, de 1 julio 2015 (AS 2015, 1826)*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, núm. 2, págs. 201-202; A.M. Sánchez-Moraleda, *¿Tienen permiso las madres «subrogantes» al permiso y a la prestación por maternidad?*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, núm. 9/10, págs. 141-156; M. J. Moreno Pueyo, *Maternidad subrogada y prestación de maternidad*, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, núm. 116, págs. 21-56; O. Requena Montes, *El derecho a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada*, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 181, págs. 339-346; V. Cordero Gordillo, *La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución*, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2015, núm. 7/8, págs. 72-84; J.R. Mercader Uguina, *La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada a propósito de las SSTS de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016*, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, núm. 1, págs. 454-467.

Celso, siendo padre de los bebés, acepta a ejercer exclusivamente, todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad, incluyendo el cuidado exclusivo y la custodia y todos los derechos como padre, debido a la imposibilidad de Silvia para ejercer su función. 3. Que para que Celso pueda ejercer todas las funciones y cumplir con sus obligaciones Silvia renuncia a toda acción y derecho sobre los bebés mencionados en el presente documento y autoriza a Celso a llevar todas las acciones necesarias para facilitar una ejecución satisfactoria de los acuerdos de este documento. 4. Que Silvia renuncia por tanto, a la guardia y custodia y a todos sus derechos como madre, incluyendo derechos de visita, dentro del marco establecido por la ley, autorizando expresamente al padre, Celso, a establecer su casa y el hogar de los bebés en cualquier país y ciudad de su libre elección". Acto seguido, por medio de declaración jurada ante notario de Nueva Delhi, de fecha 23 de octubre de 2013, la Sra. Silvia declara lo siguiente: "Que ella es la madre de las niñas Adela y Lidia quienes están inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, Tomo IV, páginas números 473, 474, 475, 476. Que ella consiente y está de acuerdo en que las niñas mencionadas en este documento puedan viajar a España con su padre, Celso, titular del pasaporte español número NUM003, y establecer su domicilio y residencia habitual en NUM004, Mataró, Barcelona (España). Que por razones geográficas e imposibilidad, la compareciente no quiere ejercer ninguna de las funciones inherentes al ejercicio de guardia y custodia, y por ello concede al otro progenitor, Celso, el ejercicio legal de estas funciones, aceptando además que la guardia y custodia sea ejercida solo por el padre de las niñas a quien se refiere el presente documento.". Las pretensiones del actor fueron desestimadas ante el INSS y por el Juzgado de lo Social, al "no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en ninguna de las situaciones protegidas en el art. 133 bis de la LGSS", contra la citada sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de suplicación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por el cual "Estimamos el recurso de suplicación que formula D. Celso, contra la sentencia del juzgado social 2 de Mataró, autos 193/2014 de fecha 17 de diciembre de 2014, seguidos a instancia de aquel contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en procedimiento de diversos seguridad social, debemos de revocar y revocamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos y estimando la demanda, reconocemos la prestación de maternidad, y condenamos al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL al abono del 100% de la base reguladora de 3.425.70 euros al mes, por 18 semanas al tratarse de un parto múltiple y además el correspondiente subsidio especial por cada hijo o menor acogido a partir del segundo igual que corresponda percibir al primero, durante el período de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto con efectos a la fecha de la solicitud". La Sentencia fue recurrida por el INSS ante el Tribunal Supremo, formulando recurso de casación para la unificación de doctrina. El Ministerio Fiscal evacuó traslado oponiéndose a las alegaciones del INSS. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, pero se formulan tres votos particulares independientes. La STS de 16 de noviembre de 2016, declara como hechos probados los siguientes "1)- La parte actora D^a Adela venía prestando servicios para la Consejería de Sanidad de la CCAA de Madrid como Médico Inspector. 2)-v En fecha 4-4-13 la Corte Suprema de California dictó sentencia declarando que el nasciturus Celso es hijo de la actora y de D^o Ramiro. 3)- En fecha 3-5-13 la madre

subrogada alumbrada al hijo de dichos padres en el Hospital Naval de San Diego (California). 4)- En fecha 6-5-13 el hijo nacido es inscrito en el Registro Civil de San Diego. En fecha 15-8-13 se ha inscrito en el Consulado General de España en los Ángeles. 5)- En fecha 28-5-13 la actora solicitó la prestación de maternidad, siendo denegada por el INSS por resolución de fecha 10-6-13 por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad. Por resolución de la misma fecha se ha denegado la prestación de paternidad al Sr. Celso". El Juzgado de lo Social de Madrid vino a desestimar la pretensión de la actora, contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima las pretensiones, en base, entre otros motivos, a que "La sentencia, invocando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014, recurso 749/2014, así como las dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 18 de marzo de 2014, asuntos c-167/2012 y c-363/2012, entendió que no procede reconocer el derecho a la prestación de maternidad solicitada.". Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 20 de septiembre de 2012. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina. La referida Sentencia cuenta con dos votos particulares independientes, al amparo del art. 260.2 de la LOPJ. Ambas sentencias estiman las pretensiones de los demandantes, al considerar que deben quedar afectados a las prestaciones de maternidad, en base a los siguientes motivos: 1).- El Tribunal Supremo no cuestiona la nulidad del contrato de gestación, pero estima que no se puede privar al menor nacido de sus derechos; 2).- Resulta de aplicación el principio de interés superior del menor²⁹; 3).- La protección integral de la familia y de los hijos, en base al principio de no discriminación.

De lege ferenda

A fecha de hoy el estado español carece de una normativa sobre la gestación subrogada pero bien es cierto que considerando, por parte del Gobierno central, la jurisprudencia citada, la voluntad social y los avances médicos, se está trabajando para implantar un texto legal que cubra el vacío normativo existente³⁰.

²⁹ Entre otras, la STC de 22 de diciembre de 2008. También resulta de aplicación la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948 (Art. 10), Convenio Europeo de Derechos Humanos (Arts. 1, 2, 8, 16, 25 y 27) así como en la Convención de Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 (Arts. 3, 18, 20 y 27); como a nivel interno: Constitución Española (Art. 39) como en la Ley Orgánica 1/1996, de 25 de Enero, de Protección Jurídica del menor (Art.2) y en los Arts. 92, 94, 154, 158 y 170 del Código Civil.

³⁰ <http://www.lavanguardia.com/vida/20161214/412602666192/espana-prepara-ley-vientres-alquiler.html>