

MATERNIDAD SUBROGADA EN ITALIA Y EN ESPAÑA:
CONSIDERACIONES PARA UN ANÁLISIS COMPARATIVO

*SURROGACY IN ITALY AND SPAIN: CONSIDERATIONS FOR A
COMPARATIVE ANALYSIS.*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 372-423

Giulia
CAMILLETTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de mayo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

RESUMEN: Este artículo ofrece un análisis comparativo de los enfoques jurídicos y judiciales adoptados en Italia y España en relación con la gestación por sustitución. A pesar de la prohibición expresa de esta práctica en ambos ordenamientos, el estudio se centra en la compleja cuestión del reconocimiento y la protección del vínculo de filiación una vez producido el nacimiento del menor. A través del examen de la legislación, la jurisprudencia y los principios constitucionales, el artículo pone de relieve cómo los dos países intentan conciliar la prohibición de la gestación por sustitución con la necesidad imperiosa de salvaguardar el interés superior del menor. En particular, se analiza de qué manera los tribunales y los legisladores contemplan la adopción como mecanismo alternativo al reconocimiento de certificados de nacimiento extranjeros emitidos en el marco de acuerdos de gestación por sustitución. Sin embargo, el proceso adoptivo no siempre garantiza una protección rápida y efectiva de los derechos del menor de edad y de su vida familiar, lo que plantea dudas sobre su idoneidad para satisfacer las necesidades inmediatas del niño y proporcionar la debida seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución, análisis comparativo, prohibición legal, reconocimiento de la filiación, certificados de nacimiento extranjeros, turismo procreativo, adopción, interés superior del menor de edad, orden público.

ABSTRACT: *This article provides a comparative analysis of the legal and judicial approaches to surrogacy in Italy and Spain. Despite the express prohibition of surrogacy in both legal systems, the study focuses on the complex issue of recognizing and protecting the parent-child relationship once the child has been born. Through an examination of legislation, case law, and constitutional principles, the article highlights how each country seeks to reconcile the ban on surrogacy with the imperative to safeguard the best interests of the child. In particular, it explores how courts and legislators consider adoption as an alternative remedy to the recognition of foreign birth certificates resulting from surrogacy arrangements. However, the adoption process does not always ensure a prompt and effective protection of the child's rights and family life, raising concerns about its adequacy in serving the child's immediate needs and legal certainty.*

KEY WORDS: *Surrogacy, comparative analysis, legal prohibition, recognition of parentage, foreign birth certificates, reproductive tourism, adoption, best interests of the child, public order.*

SUMARIO.- I. LA PARENTALIDAD EN ITALIA: EL MARCO NORMATIVO.- I. La prohibición de la maternidad subrogada por ser contraria al orden público: los enfoques jurisprudenciales.- 2. La propuesta de la Primera Sección del Tribunal de Casación sobre la gestación subrogada altruista y la respuesta de las Secciones Unidas.- II. LA DISCIPLINA LEGISLATIVA EN ESPAÑA.- I. El pronunciamiento del Tribunal Supremo español.- 2. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.- III. LA PROTECCIÓN DEL NACIDO POR MATERNIDAD SUBROGADA.- I. Indicaciones de Estrasburgo: la importancia de una protección rápida y efectiva para el menor de edad.- 2. Las diversas soluciones adoptadas por Italia y España para proteger la identidad del menor. El instituto de la adopción.- IV. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO SOBRE EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE LA PARENTALIDAD Y EL CERTIFICADO ÚNICO DE FILIACIÓN.

I. LA PARENTALIDAD EN ITALIA: EL MARCO NORMATIVO.

Para comprender lo que se entiende por “padre” o “madre” en el ordenamiento jurídico italiano, es necesario entender en qué momento esta persona asume los correspondientes derechos y deberes. El ordenamiento italiano proporciona respuestas principalmente basándose en la biología (el acto generativo): es a partir del hecho de la procreación que deriva la parentalidad¹ y solo cuando este modelo falla, se puede dar paso a otras formas de filiación, como la adopción, o activar otros mecanismos formales para cumplir con el deber asumido por el Estado en la Constitución de proteger la infancia (art. 31, párr. 2 de la Constitución), es decir, con el fin de salvaguardar el interés superior del niño.

De acuerdo con los artículos 29, 30 y 31 de la Constitución, los principios que gobiernan las formas de filiación en nuestro ordenamiento parecen ser los de heterosexualidad y de biología², siendo el principio de heterosexualidad asumido como supuesto relacional de la filiación a partir de las explícitas referencias a la dimensión paterna (art. 30, párr. 4) y materna (art. 31, párr. 2)³; mientras que el principio de biología se expresa en el vínculo indisoluble entre procreación y responsabilidad⁴, establecido en el apartado I del art. 30 de la Constitución: un

1 NICOLUSSI, A.: “La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica, en *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido*”, en AA.VV.: *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido* (coord. por E. SCABINI, G. ROSSI), Vita e pensiero-Pubblicazioni dell'Università Cattolica, Milano, 2014, p. 7; BUGETTI, M.N.: “L'unicità dello stato di filiazione (anche per i figli nati da p.m.a. erroneamente praticata)”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1426.

2 Se remite a NICOLUSSI, A.: “La filiazione e le sue forme”, cit., p. 3.

3 FERRARI, D.: “Lo statuto giuridico dell'omogenitorialità in Italia e in Europa”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 119, quien observa que en el diseño constitucional la heterosexualidad representa una cualidad personal vinculada a la condición parental.

4 En este caso, por procreación se entiende la síntesis de aporte genético y gestación; vid. RENDA, A.: “La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore”, nota a Cass. II de noviembre de 2014, n. 24001, *Corr. giur.*, 2015, p. 482.

• Giulia Camilletti

Dottoranda di ricerca in “Diritto, mercato e persona”, presso l'Università Ca' Foscari di Venezia. E-mail: giulia.camilletti@unive.it

vínculo que une a la relación conyugal el nacimiento y, a partir de este, genera el cargo parental.

En resumen, como afirma la doctrina autoritaria, “la interpretación sistemática de los artículos 30 y 29 de la Constitución destaca que se trata de la procreación dentro del matrimonio, y también fuera de él, pero siempre en la perspectiva de esa “sociedad natural” a la que se refiere el artículo 29”⁵.

Tales características presentadas por la Constitución italiana no emergen, en cambio, de la lectura del artículo 32 de la Constitución española, que dispone que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

De hecho, en el ordenamiento español se promulgó la ley sobre el matrimonio igualitario ya en 2005 con la Ley n. 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, regulando también la formación de la familia en relación con los hijos cuando está formada por una pareja homosexual, de la misma manera que se considera la familia convencionalmente denominada “tradicional. Por ejemplo, el primer párrafo del artículo 154 del Código Civil se redacta en los siguientes términos: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores.”; y el primer párrafo del artículo 160 del Código Civil se redacta de la siguiente manera: “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.” De manera diferente, en el reflejo de la ley ordinaria italiana, la filiación como estado jurídico, es decir, como relación que vincula a un sujeto a la comunidad familiar (arts. 315 y 74 c.c.), solo es admitida en el contexto de la pareja heterosexual, mientras que en lo que respecta a la biología, con la excepción de la filiación adoptiva, en la línea materna, rige la regla según la cual se asume como madre a quien ha concebido y parido (art. 269, párr. 3 c.c.)⁶. En efecto, la ley sobre uniones civiles, L. n. 76/2016, de 20 de mayo, (no se trata de matrimonio igualitario) no establece nada sobre la relación de parentalidad y filiación con

5 CASTRONOVO, C.: *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 78. Véase también, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, vol. II, ESI, Napoli, 2006, p. 923; PALAZZO, A.: “La filiazione”, en A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuado por P. SCHLESINGER (dirigido por), *Trattato di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 562; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, vol. II, *La famiglia*, 5, Giuffrè, Milano, 2014, p. 359. El autor distingue la titularidad sustantiva de la posición de hijo, derivada del hecho natural de la procreación y a la cual hace referencia el principio constitucional que reconoce al hijo el derecho al mantenimiento, la educación y la instrucción, de la titularidad formal de la filiación, a la cual corresponde la titularidad formal de la paternidad y la maternidad, como presupuestos para el ejercicio de los derechos parentales.

6 Para un análisis más detallado, se remite a SENIGAGLIA, R.: “Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere”, *Europa e Dir. priv.*, n. 3, 2017, p. 952.

respecto a las parejas unidas civilmente. Es, por lo tanto, el sistema referido a la familia tradicional (basado en los principios de biología y heterosexualidad) el que delinearé el modelo formal de las relaciones de tipo familiar, sirviendo como paradigma de toda reconstrucción destinada a circunscribir el ámbito de relevancia de las mismas más allá del contexto estrictamente conyugal⁷, aunque, sin embargo, en el desarrollo de la dimensión afectiva-relacional, es decir, biológica de la pareja.

Sin embargo, dentro de las tipologías de parentalidad “reconocidas” por la ley ordinaria italiana, un espacio cada vez mayor lo ocupan aquellas formas de parentalidad llamadas “intencionales”, que tienen lugar como resultado del recurso a técnicas de procreación médicamente asistida, según la Ley del 19 de febrero de 2004, n. 40⁸. Antes de la intervención del Tribunal Constitucional con la sentencia n. 162/2014, la fecundación homóloga era la única técnica de fecundación artificial permitida; pero, actualmente, también se permite el acceso a la fecundación heteróloga, si las parejas heterosexuales sufren de infertilidad absoluta e irreversible. De ello resulta, por lo tanto, el surgimiento de una nueva fuente de la relación de filiación, desvinculada del dato genético o biológico que se crea entre el llamado “padre legítimo” y la madre biológica, basada en el consentimiento *ex lege*⁹. Podríamos entonces discutir tres modalidades diferentes a través de las cuales surge la relación de filiación en Italia: la biológica, que nuestro ordenamiento considera la regla ordinaria (puede ocurrir tanto de manera natural como artificialmente cuando se utilizan los gametos de los futuros padres en la pareja heterosexual); y las otras dos formas subsidiarias, en caso de fallo de la primera, como la adoptiva y la heteróloga (en el caso de que se utilicen los gametos de un tercero donante y la relación de filiación se establece entre el hijo y el padre no biológico/genético).

La intervención de la Ley n. 40 de 2004 ha cambiado el marco normativo, abriendo una rendija de juridicidad para la filiación artificial, aunque se trate

7 Cfr. ZATTI, P.: “Familia, familiae. Declinazioni di un’idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia”, *Familia*, 2002, p. 14; GIACOBBE, G.: “Il modello costituzionale della famiglia nell’ordinamento italiano”, *Riv. dir. civ.*, 2006, n. 1, p. 486; DI ROSA, G.: “Forme familiari e modello matrimoniale tra disciplina interna e normativa comunitaria”, *Europa e Diritto Privato*, 2009, p. 755; SENIGAGLIA, R.: *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013, p. 19; RENDA, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 67; MARELLA, M.: “Dentro o fuori la famiglia”, en MARELLA M.R., MARINI G.: *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 90; SEGNI, M.: “Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 2, p. 708.

8 A este respecto, cabe precisar que la filiación biológica, cuya fuente es la generación, puede producirse tanto de manera natural como artificial, por ejemplo, cuando se recurre a la procreación médicamente asistida, si esta se realiza con los gametos de la pareja solicitante (llamada homóloga). Cfr. SENIGAGLIA, R.: “Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere”, cit., p. 952, quien propone una clasificación en estos términos: a) filiación natural, que surge de la unión sexual de la pareja; b) filiación genética, fruto de una práctica de procreación médicamente asistida de tipo homólogo, utilizando los gametos de la pareja; c) filiación biológica en la línea materna, cuando en una práctica de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo se utiliza el óvulo de una donante; d) filiación legal, que desciende del procedimiento de adopción o, en la línea paterna, del uso del espermatozoide de un donante externo en la práctica de fecundación asistida de tipo heterólogo (art. 9, ley 40/2004).

9 Art. 9.3, Ley de 19 de febrero de 2004, n. 40.

de una de las leyes más restrictivas de Europa, caracterizada por un fuerte espíritu conservador. La estructura original de la ley no pretendía promover la realización del proyecto parental, sino solo favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad de la pareja.

Debido a esta elección, se prohíbe el recurso a la gestación por sustitución o maternidad subrogada (llamada también GPA, *gestazione per altri*), mientras que se permite el recurso solo a la fecundación homóloga a favor de "parejas mayores de edad de sexo diferente, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambos vivos"¹⁰, sobre la base de un principio de gradualidad y mediante un consentimiento informado¹¹.

Han sido necesarias cuatro intervenciones del Tribunal Constitucional para configurar el actual marco normativo, sin que, no obstante, se haya modificado su finalidad. La *ratio*, en efecto, sigue siendo la de resolver los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad exclusivamente de las parejas heterosexuales¹².

La primera modificación se debe a la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 151/2009, que elimina la limitación existente respecto a la creación de embriones establecida en el artículo 14, permitiendo la creación de más de tres embriones y ampliando, por tanto, las posibilidades de éxito de la PMA¹³. La segunda modificación es obra de la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 162/2014, que permite el acceso de parejas heterosexuales también a la fecundación heteróloga, en caso de que a uno de los miembros de la pareja se le diagnostique una patología que cause infertilidad absoluta e irreversible¹⁴. La tercera modificación se debe a la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 96/2015, que autoriza a la pareja heterosexual a acceder a la fecundación heteróloga incluso cuando uno de sus miembros, sin padecer infertilidad o esterilidad absolutas, sea portador de enfermedades genéticas graves potencialmente transmisibles al nacido¹⁵. Por último, la modificación final proviene de la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 229/2015¹⁶, que permite la selección de embriones cuando dicha selección esté exclusivamente orientada a evitar la implantación en el útero de embriones

10 Art. 5, Ley de 19 de febrero de 2004, n. 40.

11 Arts. 4. 2 y 6, Ley de 19 de febrero de 2004, n. 40.

12 BARBA, V.: "Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore", en AA.VV.: *Diritto civile minorile* (coord. por A. CORDIANO, R. SENIGAGLIA), ESI, Napoli, p. 125.

13 C. cost., 8 mayo 2009, n. 151, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=151>.

14 C. cost., 10 junio 2014, n. 162 en <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

15 C. cost., 5 junio 2015, n. 96, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

16 C. cost., 11 noviembre 2015, n. 229, en <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

afectados por enfermedades genéticas graves y transmisibles¹⁷. Como resultado de dichas intervenciones, sin embargo, sigue vigente la prohibición de la gestación por sustitución, la limitación del acceso a las técnicas de PMA a las parejas homosexuales, así como la exclusión del uso de embriones sobrantes o residuales con fines de investigación científica¹⁸.

I. La prohibición de la maternidad subrogada por ser contraria al orden público: los enfoques jurisprudenciales.

El artículo 12, apartado 6, de la Ley n. 40/2004 establece que “quien, de cualquier forma, lleve a cabo, organice o publicite la comercialización de gametos o embriones o la gestación por sustitución será sancionado con prisión de tres meses a dos años y con una multa de entre 600.000 y un millón de euros”. Esta prohibición se interpreta generalmente como extensiva también a la versión altruista de la gestación por sustitución, es decir, aquella realizada sin fines de lucro, por considerarse igualmente contraria a la dignidad de la persona, a pesar de que la redacción del precepto se presta a interpretaciones opuestas y de que la normativa supranacional no impone restricciones en este sentido¹⁹. Dicha prohibición no elimina los problemas relativos a la regulación del acceso por parte de las parejas a técnicas consideradas ilícitas en Italia, ya que estas pueden recurrir a países donde tales prácticas están reguladas: en este sentido, las cuestiones se plantean a posteriori, en relación con el reconocimiento del vínculo de filiación constituido en el extranjero²⁰. Los tribunales italianos, incluidos los de instancia²¹, a menudo influidos por la inactividad del legislador nacional, muestran

17 No se trata de un control eugenésico desmesurado, sino limitado exclusivamente a evitar que el embrión sea portador de una enfermedad genética transmitida por los progenitores, en consonancia con lo afirmado por el TEDH, 28 agosto 2012, *Costa y Pavan c. Italia*, demanda n. 54270/10, en www.camera.it.

18 Sobre este último aspecto, también como resultado de un diálogo entre tribunales (TEDH, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, demanda n. 46470/11, en www.echr.coe.int), el Tribunal Constitucional ha confirmado la legitimidad de la prohibición de la experimentación, no sin antes reiterar que el embrión, por su potencialidad vital, constituye un valor de relevancia constitucional, reconducible al precepto del artículo 2 de la Constitución (C. cost., 13 abril 2016, n. 84, en https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2016:84).

19 Cfr. PELISSERO, M.: “Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei deputati”, *Sistema penale*, 2021, p. 2.

20 STANZIONE, M.G.: “Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l’esperienza giurisprudenziale”, *comparazionedirittocivile.it*, 2016, p.1, según la cual es una opinión, sin embargo, cada vez más extendida y frecuentemente expresada, que nuestro legislador no sigue el ritmo de las necesidades que surgen de la cambiada realidad social y que demandan con fuerza protección. Sobre el tema, ver también WINTEMUTE, R.: “Marriage, adoption and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?”, *Genlus*, 2014, n. 2, p. 35.

21 Por ejemplo, los jueces de instancia se han encontrado examinando casos relativos a relaciones de filiación establecidas entre un niño y dos madres, una biológica, que llevó a cabo la gestación y dio a luz, y la otra genética, que donó el óvulo (Cass., 30 septiembre 2016, n. 19599, *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota de FERRANDO, G.: “Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis”; Cass., 15 junio 2017, n. 14878, *Dir. gius.*, 2017; Trib. Napoli, 11 noviembre 2016, www.articolo29.it. Véase FERRANDO, G., “Ordine pubblico e interesse del minore”, cit., p. 195. La autora añade que en este caso no se trata ni de maternidad subrogada, ya que la mujer que dio a luz no lo hizo en nombre de otros; ni de fecundación heteróloga porque la mujer que donó el óvulo lo hizo no para un proyecto ajeno, sino para un proyecto parental propio y de su compañera). O bien, se recuerda el caso relacionado con la relación establecida entre un niño y el padre o la madre genéticos como resultado de una práctica de maternidad subrogada,

intentos audaces —aunque valorables— de colmar evidentes lagunas normativas, acumulando, no obstante, múltiples pronunciamientos sobre el tema, algunos incluso acusados de interferir en las prerrogativas de otros órganos institucionales del sistema democrático²².

En cuanto al fondo de los casos relacionados con las técnicas de fecundación artificial heteróloga, incluida la gestación por sustitución²³, las consideraciones más relevantes se refieren al recurso a la figura del donante o la donante, o de ambos, como representativos de una alteración radical de los puntos de referencia de la identidad procreativa basados en el vínculo genético²⁴. En particular, en el balance de los intereses en juego, adquiere un papel importante la protección del orden público.

Según la sentencia de la Corte de Casación, 11 de noviembre de 2014, n. 24001²⁵, sobre la base de que la prohibición de la maternidad subrogada es una expresión del principio de orden público, incluso internacional, no se considera eficaz en Italia el acta de nacimiento redactada en Ucrania, que indicaba como padres una pareja italiana, que había recurrido a dicha técnica procreativa, considerada lícita por el ordenamiento de ese Estado, con la consiguiente declaración de adoptabilidad del niño. Cabe precisar que el nacido no poseía ningún gen de la pareja, a pesar de

o la ejecución de un contrato de gestación y parto para otros (App. Milano, 20 octubre 2016, http://www.biodiritto.org/index.php/item/863-cdamilano_surrogata16). Asimismo, adquiere relevancia la relación que se establece entre un niño y un padre o madre social, que no ha contribuido de ninguna manera genéticamente o biológicamente al nacimiento, y cuya relación de paternidad-filiación ha sido declarada judicialmente (App. Trento, 23 febrero 2017, <http://www.articolo29.it/wpcontent/uploads/2017/02/Ordinanza.pdf>). También es relevante la relación entre un niño y uno o dos padres, del mismo sexo o de sexos diferentes, establecida por efecto de una decisión de adopción emitida por la autoridad extranjera en aplicación del derecho del Estado al que pertenece (son los casos tratados por Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017, <http://www.articolo29.it/wpcontent/uploads/2017/03/Trib-min-fi-1.pdf> y <http://www.articolo29.it/wpcontent/uploads/2017/03/Trib-min-fi-2.pdf>).

- 22 Cfr. CIRAIOLO, C.: "Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità", *iuscivile.it*, 2014, n.12, p. 485.
- 23 Cfr. BARENGHI, A.: Procreazione assistita e tutela della persona, Atti del convegno di Roma, 30 maggio 2010, *Quaderni, Riv. dir. civ.*, Cedam, Padova, 2011, *passim*; CIANCI, A.G.: "La liceità delle tecniche di procreazione assistita e dei negozi per la sua realizzazione", *Famiglia*, 2002, n. 1, pp. 89-125; GRAZIANI C.A. y CORTI I.: *Verso nuove forme di maternità?*, Giuffrè, Milano, 2002, *passim*; BUSNELLI, F.D.: "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", en AA.VV.: *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare, Atti del Convegno di Studi di Copanello, 28-29 settembre 2001* (coord. por M.F. TOMMASINI), Giappichelli, Torino, 2003, pp. 33-58; CORTI, I. *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 88.
- 24 VEGETTI FINZI, S.: *Volere un figlio. La nuova maternità tra natura e scienza*, Mondadori, Milano, 1997, p. 172, la descomposición y recomposición del proceso reproductivo separa la biología de la historia, autonomiza la cadena germinal respecto de la genealógica, desubjetiviza, vicariando, las funciones orgánicas. Cfr. también PIUSSI, A.M.: "La maternità tra realtà e desiderio", en AA.VV.: *Crisi della natalità e nuovi modelli riproduttivi* (coord. por P. Di NICOLA, M.G. LANDUZZI), Franco Angeli, Milano, 2012, p. 33; BILOTTA, F.: "La maternità surrogata", en AA.VV.: *Diritti della personalità e biotecnologie*, (coord. por A. LIBERATI, F. BILOTTA), Melissa ed., Roma, 1999, p. 99; OPPO, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, n. 1, p. 105.
- 25 Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, *Guida dir.*, 2014, n. 48, p. 44; *Fam. dir.*, 2015, n. 3, p. 306, con comentario de VESTO, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto"; *Foro.it*, 2014, n. 12, p. 3408, con nota de CASABURI, G.: "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata"; *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 10235, con nota de BENANTI, C.: "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore"; *Corr. giur.*, 2015, p. 471, con nota de RENDA, A.: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore".

lo que exigía la ley ucraniana²⁶. La Corte Suprema, con la sentencia, reafirmó la vigencia del límite del orden público italiano que entra en conflicto con la normativa extranjera sobre la filiación y su reconocimiento. El argumento central era que el interés superior del menor es perseguido por el ordenamiento italiano a través de la atribución de la maternidad a quien da a luz, delegando exclusivamente al instituto de la adopción la realización de una paternidad desvinculada del vínculo biológico. En consecuencia, la expresa prohibición, incluso reforzada con una sanción penal, de la maternidad subrogada, se configura como una manifestación del principio de orden público, que no admite ninguna discrecionalidad que se ejerza en relación con el caso concreto²⁷.

La Corte Suprema, algunos años después, con la sentencia de las Secciones Unidas n. 12193 de 2019²⁸, fue llamada a pronunciarse sobre la valoración de la transcripción del acto extranjero con el que se había reconocido la relación de filiación entre un menor nacido en el extranjero mediante gestación subrogada y el progenitor de intención. Los jueces consideraron que dicho reconocimiento

-
- 26 Una pareja de italianos había viajado a Kiev, en Ucrania, y había llevado a cabo las actividades procedimentales necesarias para la maternidad subrogada. Cabe especificar que el recién nacido no poseía ningún gen de la pareja, a pesar de lo que exige la ley ucraniana, que establece la legalidad de la práctica de subrogación bajo la condición de que los óvulos no pertenezcan a la mujer que lleva a cabo la gestación, y que al menos el 50% del patrimonio genético del recién nacido provenga de la "pareja solicitante". Al llegar a Italia con los "padres subrogados", el Tribunal de Menores de Brescia declaró el estado de adoptabilidad del menor y suspendió a los cónyuges del ejercicio de la responsabilidad parental. En cuanto al certificado de nacimiento, el Tribunal observó que, aunque debidamente apostillado, este no podía ser reconocido en Italia conforme al artículo 65 de la Ley n. 218/1995, ya que contravenía el orden público, dado el veto a la maternidad subrogada en Italia.
- 27 Según RECINTO, G.: *Le genitorialità, Dai genitori ai figli e ritorno*, ESI, Napoli, 2016, p. 96, el orden público, interno o internacional, debe entenderse correctamente y sistemáticamente poniendo en el centro del equilibrio de los intereses contrapuestos el valor preeminente para nuestro ordenamiento, y ahora también para el supranacional, es decir, la persona humana, y en este caso, el menor de edad. A diferencia de aquellos que lo tratan únicamente en términos de un límite negativo a la validez de cualquier norma, PERLINGIERI, P.: "Autonomia privata e diritti di crédito", en AA.VV.: *Confini attuali dell'autonomia privata* (COORD. POR A. BELVEDERE, C. GRANELLI), Cedam, Padova, 2001, p. 93, describe el orden público también como el compromiso positivo de la República para la implementación de los principios fundamentales. Véase también GALGANO, F.: "La giurisprudenza nella società post-industriale", *Contr. impr.*, 1989, p. 363; TORIELLO, F.: *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 7.
- 28 Cass., SS. UU., 8 mayo 2019, n. 12193, *Giur. it.*, 2020, p. 1623; *Corr. giur.*, 2019, con notas de GIUNCHEDI, D.: "Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità" y WINKLER, M.: "Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?"; *Fam. dir.*, 2019, p. 653, con nota de DOGLIOTTI, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", con nota de FERRANDO, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento"; *Genlus*, n. 2, 2019, con nota de BARBA, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione", con nota de LUCCIOLI, G.: "Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata", con nota de VENUTI, M.C.: "Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri"; *Famiglia*, 2019, p. 345, con comentario de BIANCA, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?"; *Giur. it.*, 2020, p. 543, con nota de VALONGO, A.: "La c.d. filiazione omogenitoriale al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione"; *ivi*, p. 1623, con nota de SALVI, G.: "Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero". Sobre la sentencia citada y, en general, sobre el problema emergente del traslado de personas al extranjero para acceder a técnicas procreativas prohibidas en su país y luego regresar una vez realizada, cfr. NICOLUSSI, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa e dir. priv.*, 2019, p. 736. Según las Secciones Unidas anteriormente mencionadas, no es posible la transcripción, por contraposición al orden público, del acta de nacimiento o del acto extranjero que indique la doble paternidad de un niño nacido de gestación por sustitución en el extranjero.

está en contradicción con la prohibición de la maternidad subrogada, de acuerdo con el artículo 12, apartado 6, de la ley n. 40 de 2004, considerando que dicha disposición representa un principio de orden público, destinado a proteger la dignidad de la gestante y el instituto de la adopción.

En este caso²⁹, aunque el resultado final es el mismo que el de la sentencia de 2014 mencionada anteriormente, la jurisprudencia de la Corte abandona la concepción defensiva anterior del orden público como límite a la incorporación en nuestro ordenamiento de normas y actos provenientes de otros sistemas, considerados en contradicción con los valores subyacentes a la normativa interna vigente, en favor de una noción funcionalmente promotora³⁰. Pues bien, retomando algunas consideraciones realizadas por el Tribunal Constitucional³¹, las Secciones Unidas, reconocen en la ley n. 40 de 2004 una normativa “constitucionalmente necesaria”, observando cómo esta representa la primera legislación orgánica relativa a un sector delicado que indudablemente involucra una pluralidad de importantes intereses constitucionales, los cuales, en su conjunto, exigen al menos un equilibrio entre ellos que asegure un nivel mínimo de protección legislativa. No se excluye, por otro lado, la posibilidad de otorgar relevancia a la relación parental, mediante el recurso a otros instrumentos jurídicos, como la adopción en casos particulares, prevista en el art. 44, primer párrafo, letra d), de la ley n. 184 de 1983.

En 2021³², el Tribunal Constitucional fue consultado sobre dos cuestiones similares: la primera relativa a la atribución del estatus de hijo con respecto a

29 El caso en cuestión tiene por objeto el reconocimiento de la eficacia de una resolución emitida en el extranjero, que ha atribuido a los menores el estatus de hijos de uno de los dos solicitantes, con el cual no tienen ningún vínculo biológico, habiendo sido concebidos mediante gametos proporcionados por el otro, ya declarado como su progenitor en una resolución anterior debidamente registrada en Italia, con la cooperación de dos mujeres, una de las cuales donó los óvulos, mientras que la otra, en virtud de un acuerdo válidamente suscrito según la ley extranjera, llevó a cabo el embarazo, renunciando previamente a cualquier derecho sobre los menores.

30 Se supera aquella noción de orden público fuertemente orientada a la salvaguardia de la identidad y la coherencia interna del ordenamiento, así como a la defensa de las concepciones morales y políticas que constituían su fundamento: cfr. Cass., 12 marzo 1984, n. 1680; 14 abril 1980, n. 2414; 5 diciembre 1969, n. 3881, en la base de datos *DeJure*. La distinción entre orden público internacional y orden público interno era solo conceptual, referida en el primer caso a las relaciones caracterizadas por perfiles transnacionales y excluyente de la invocación de la ley extranjera aplicable conforme a los criterios establecidos por las normas de derecho internacional privado; concerniente, en el segundo caso, a la libre manifestación de la autonomía privada en las relaciones entre sujetos pertenecientes al mismo ordenamiento. De manera sustancial, ambas nociones llegaban a coincidir, considerando en la primera nada más que un aspecto de la segunda, hasta afirmar explícitamente que no debía entenderse en un sentido abstracto y universal, sino que debía referirse al ordenamiento jurídico nacional y a sus más elevados intereses, los cuales debía procurar garantizar su respeto.

31 Cfr. C. cost., 13 enero 2005, n. 45, en G.U., 2 de febrero de 2005, n. 5, punto 6 del Considerado en derecho, en la cual, al evaluar la admisibilidad del referéndum abrogativo de toda la Ley n. 40/2004, se afirma que esta representa la primera legislación orgánica relativa a un sector delicado, que en los últimos años ha conocido un desarrollo relacionado con la investigación y las técnicas médicas, y que indudablemente involucra una pluralidad de importantes intereses constitucionales, los cuales, en su conjunto, exigen al menos un equilibrio entre ellos que asegure un nivel mínimo de protección legislativa. Necesidad que ya había sido destacada por este Tribunal en la sentencia n. 347 de 1998.

32 Cfr. C. cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33 ambas en *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2021, p. 616, nota de CHECCHINI, B.: “L’omogenitorialità ancora al vaglio della Corte costituzionale”. Para un comentario, cfr. ACIERNO, M.: “La Corte costituzionale minaccia un cambio di passo sull’omogenitorialità”, *Quest. giust. online*, 2021; FERRANDO,

la madre intencional, en el marco de un proyecto de procreación médicamente asistida heteróloga, practicada por dos mujeres; la segunda sobre el reconocimiento del acto jurisdiccional extranjero a efectos de la inclusión del progenitor intencional en el acta de estado civil del menor procreado mediante gestación por otras personas. En ambos casos, el Tribunal Constitucional rechazaba las cuestiones de constitucionalidad, fundamentando sus decisiones en el reconocimiento de la discrecionalidad del legislador, aunque destacando la urgencia de una protección diferente del mejor interés del menor, en dirección a contenidos jurídicos más profundos y amplios de su relación con los progenitores intencionales, que mitiguen la brecha entre la realidad fáctica y la realidad legal, a través de la intervención del legislador, dada la insuficiencia del recurso a la adopción en casos particulares.

En la segunda de las sentencias gemelas citadas, T. Const., 9 de marzo de 2021, n. 33, se evalúa la legitimidad de las normas que no permiten, según la interpretación actual del derecho vigente, que se reconozca y se declare ejecutoria, por contraposición al orden público, el acto jurisdiccional extranjero relativo a la inclusión en el acta de estado civil de un menor procreado mediante las modalidades de gestación por otras personas del denominado progenitor intencional no biológico. El Tribunal Constitucional observa cómo la práctica de la maternidad subrogada ofende de manera intolerable la dignidad de la mujer³³ y que los acuerdos de maternidad subrogada implican un riesgo de explotación de la vulnerabilidad de las mujeres que se encuentran en situaciones sociales y económicas desfavorecidas; situaciones que, de existir, condicionaría fuertemente su decisión de afrontar el recorrido de un embarazo en exclusivo interés de terceros, a quienes el niño deberá ser entregado inmediatamente después del nacimiento.

Sin embargo, el Tribunal ha reconocido también el principio según el cual en todas las decisiones relacionadas con los menores de competencia de las autoridades públicas, incluidos los tribunales, debe reconocerse una relevancia primaria a la salvaguarda de los “mejores intereses” del menor³⁴, como se expresa principalmente en la Declaración Universal de los Derechos del Niño, que luego se incluyó en el art. 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 24, párrafo 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Este principio también ha sido considerado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo

G.: “Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Cort costituzionale n. 32 e 33 del 2021”, *giustiziainsieme.it*, 2021.

33 Ya se había expresado de manera similar C. cost., 18 diciembre 2017, n. 272, cit.

34 El principio también está en la base de las sentencias del Tribunal Constitucional que han afirmado la no conformidad con la Carta Fundamental del automatismo de ciertas disposiciones que imponen la pena accesoria de la pérdida o suspensión de la responsabilidad parental, en cuanto impiden al juez evaluar en el caso concreto la adecuación de tal consecuencia al interés del menor. Cfr. C. cost., 29 mayo 2020, n. 102, G.U., 3 de junio de 2020, n. 23, en relación con el delito de sustracción y retención de menor en el extranjero en perjuicio del hijo menor de acuerdo con el art. 574 bis, párrafo 3, del Código Penal

de Derechos Humanos como una específica manifestación del derecho a la vida familiar; según el art. 8 del CEDH³⁵.

No obstante, el Tribunal Constitucional precisa que el interés del niño no puede considerarse automáticamente prevalente sobre cualquier otro contrainterés en juego, ya que todos los derechos fundamentales protegidos por la Constitución están en una relación de integración recíproca y no es posible identificar uno de ellos que tenga una prevalencia absoluta sobre los demás. Los intereses del menor deberán ser entonces equilibrados, a la luz del criterio de proporcionalidad, con el legítimo objetivo perseguido por el ordenamiento de disuadir el recurso a la maternidad subrogada, penalmente sancionado por el legislador.

El Tribunal, por un lado, no se opone a la solución a la que han llegado las Secciones Unidas, en relación con la no transcripción del acto judicial extranjero, y mucho menos del acto de nacimiento original con la indicación del “padre de intención” como progenitor; pero por otro lado, impone que, en este caso, se garantice la tutela del interés del menor al reconocimiento jurídico de su relación con ambos componentes de la pareja que no solo quisieron su nacimiento en un país extranjero conforme a la *lex loci*, sino que luego lo han cuidado ejerciendo de hecho la responsabilidad parental. Cualquier solución que no ofrezca al niño ninguna posibilidad de tal reconocimiento, aunque sea *ex post* y tras una verificación concreta por parte del juez, terminaría por instrumentalizar la persona del menor en nombre del legítimo objetivo de disuadir el recurso a la práctica de la maternidad subrogada.

Por último, pero no por ello menos importante, resulta de particular interés la referencia del Tribunal Constitucional al instituto de la adopción, que – sostiene – con el fin de asegurar al menor nacido por maternidad subrogada la protección jurídica que exigen los principios convencionales y constitucionales, debería ser regulado de manera más ajustada a las peculiaridades de la situación en cuestión, que en efecto está bastante alejada de aquellas que el legislador ha querido regular a través del artículo 44, párrafo 1, letra d), de la ley n. 184 de 1983, que se profundizará en las próximas páginas.

35 El CEDH no contempla principios generales ni disposiciones específicas relacionadas con la protección de los menores; sin embargo, el principio de protección de los *best interests of the child* ha encontrado múltiples aplicaciones en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, incluso a través de referencias explícitas a la Convención de las Naciones Unidas; cfr. SONELLI, S.: “L’interesse superiore del minore. Ulteriori tessere per la ricostruzione di una nozione poliédrica”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1389; cfr., *ex multis*, TEDH, Gran Sala, 26 de noviembre de 2013, X c. Letonia, demanda n. 27835/09, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-162187>, párrafo 96, según el cual los intereses del niño deben ser la consideración primaria.

2. La propuesta de la Primera Sección del Tribunal de Casación sobre la gestación subrogada altruista y la respuesta de las Secciones Unidas.

Sobre el estado del arte en materia de maternidad subrogada en Italia, conviene mencionar dos recientes resoluciones emitidas por los jueces de legitimidad. La Primera Sección del Tribunal de Casación, mediante el auto interlocutorio n. 1842 de 2022³⁶, intenta aprovechar el resquicio abierto por las sentencias gemelas del Tribunal Constitucional³⁷, en nombre del interés concreto del menor, proponiendo soluciones a los casos examinados de naturaleza similar. En particular, los jueces plantean a las Secciones Unidas la cuestión del reconocimiento del acta de nacimiento extranjera que certifica la relación de filiación del nacido por medio de maternidad subrogada también respecto del progenitor intencional.

En su petición de una nueva intervención por parte de las Secciones Unidas, los jueces remitentes presentan a las mismas una solución considerada “adecuada para dar respuesta al llamamiento *interpretativo* implícito contenido en la sentencia n. 33/2021 del Tribunal Constitucional”. El auto interlocutorio insiste en la necesidad de reevaluar “los instrumentos normativos existentes (exequátur y transcripción)”, siempre que no se configure “un obstáculo insuperable para su utilización derivado de la naturaleza de orden público de la prohibición penal”, a raíz de una ponderación que debe realizarse de manera concreta, tomando en cuenta los valores subyacentes a la prohibición de la maternidad subrogada. En particular, según esta interpretación, la lesión a la dignidad de la mujer quedaría excluida (y por ende el acto extranjero podría ser reconocido o transcrito) cuando, conforme a la legislación extranjera, la gestación por sustitución “sea fruto de una elección libre y consciente, independiente de contraprestaciones económicas, y si dicha elección es revocable hasta el nacimiento del menor”.

La propuesta hermenéutica de la Primera Sección llega incluso a considerar superado el axioma según el cual la prohibición penal de la maternidad subrogada constituye en todo caso un obstáculo insuperable para la transcripción del acta que de ella deriva. En efecto, según lo expuesto en el auto, solo tras un juicio de conformidad concreta del acto extranjero con el orden público puede determinarse si dicho acto podría producir efectos también en Italia, siempre que respete ciertas prerrogativas, entre las cuales destaca la tutela de la dignidad de

36 Cass, I sez., 21 enero 2022, n. 1842, *Giur. it.*, 2022, p. 1825, con nota de SALANITRO, U.: “*Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, p. 1055, con nota de FEDERICO, A.: “*La maternità surrogata ritorna alle Sezioni Unite*”, quien, compartiendo los razonamientos del auto, sostiene que: “La transcripción (exequátur) del acta (resolución jurisdiccional) extranjera, por tanto, podría ser el resultado de la aplicación de las directrices de ponderación sugeridas por la Primera Sección (la verificación, en particular, de la normativa y de la protección que el ordenamiento de origen garantiza a la madre subrogada, la existencia de un vínculo genético con al menos uno de los miembros de la pareja), así como de otras que las Secciones Unidas podrían establecer, y comportar, en consecuencia, la conservación del vínculo del menor también con el progenitor intencional”.

37 Se hace referencia a C. cost, 9 marzo 2021, n. 32 y 33, cit.

la mujer. Con base en los principios de proporcionalidad y razonabilidad, deben tenerse en cuenta, además de la dignidad de la mujer, el respeto a los principios en materia de adopción, así como el interés público en desalentar el recurso a una práctica que el ordenamiento jurídico italiano considera ilegítima³⁸.

En lo que respecta a la tutela de la dignidad de la mujer, es necesario verificar, caso por caso, la legislación en virtud de la cual se ha practicado la maternidad subrogada, las razones que motivaron la decisión de la mujer, y si se le garantizó una elección libre y consciente, así como la posibilidad de revocarla hasta el nacimiento del niño, sin estar condicionada por beneficios económicos.

De ello se desprende que una solución adecuada para hacer posible la ponderación de los intereses dentro del instituto de la gestación por sustitución, según la propuesta de la Primera Sección, residiría en el concepto de solidaridad y, en consecuencia, en la verificación de la presencia de dicho paradigma en la práctica realizada. Como garantía de la ausencia de coacción en la ejecución de tales acuerdos, los ordenamientos que permiten la gestación altruista³⁹ tienden a considerar que los acuerdos correspondientes no son vinculantes ni ejecutables⁴⁰, no solo por razones éticas o morales, sino también (al menos en el contexto anglosajón) por razones técnico-jurídicas vinculadas a la ausencia de *consideration*⁴¹;

38 Sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad, véase PERLINGIERI, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 740.

39 Entre los ordenamientos en los que dicho modelo se encuentra ampliamente difundido, destaca especialmente el ámbito anglosajón (Reino Unido, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Estados Unidos). En los Estados Unidos, es habitual distinguir, en función de las decisiones de política jurídica adoptadas, entre los denominados Estados *surrogacy friendly* (como California, Connecticut, Maine, Nevada, Rhode Island, entre otros muchos), y los Estados *surrogacy unfriendly* (como Luisiana, Nebraska, Michigan y, al menos hasta la entrada en vigor de la reciente reforma, el Estado de Nueva York). Los Estados *surrogacy friendly* favorecen la celebración de contratos de gestación subrogada de carácter comercial, los cuales se reconocen como jurídicamente vinculantes (*binding*) y ejecutables (*enforceable*). En los Estados *surrogacy unfriendly*, la gestación por sustitución no está prohibida *tout court*, pero sí se prohíbe la subrogación comercial, cuyos contratos se consideran nulos y no ejecutables (*void and unenforceable*). En dichos Estados, la gestación altruista no está prohibida per se, pero los acuerdos relativos a ella también carecen de fuerza ejecutiva. Entre otros ordenamientos en los que está extendido el modelo de gestación por sustitución pueden mencionarse algunos países europeos (Grecia, Portugal, Bélgica, Países Bajos) y sudamericanos (Brasil), y recientemente ha sido adoptado también por ordenamientos que originariamente permitían el recurso a la subrogación comercial (India, Tailandia, Nepal). El legislador indio, tras haber restringido el acceso exclusivamente a parejas casadas residentes en el país, ha declarado recientemente ilegal la maternidad subrogada con fines lucrativos. No obstante, sigue siendo posible para las parejas casadas de nacionalidad india recurrir a la gestación altruista para superar su condición de infertilidad (véase: TIMMS, O.: "Ending commercial surrogacy in India: significance of the surrogacy (Regulation) bill, 2016", *Indian Journal of Medical Ethics*, 2018, vol. III, n. 2, p. 99). En lo que respecta a los aspectos regulatorios en Tailandia y Nepal, véanse: STASI, A.: "Protection for children born through assisted reproductive technologies act, B.E. 2558: the changing profile of surrogacy in Thailand", *Clinical medicine insights-reproductive health*, 2017, n. 11, p. 1; ABRAMS, R.: "Nepal bans surrogacy, leaving couples with few low-cost options", *New York Times*, 2 maggio 2016.

40 Véase, por ejemplo, en el contexto australiano, el *Surrogacy Act 2010* (NSW), sección 6(1) de Nueva Gales del Sur; y el *Surrogacy Act 2012* (Tas), sección 10(1) de Tasmania (en Australia, al igual que en Nueva Zelanda, son los ordenamientos internos de cada estado los que regulan la práctica).

41 JACKSON, E.: *UK law and international commercial surrogacy: "the very antithesis of sensible"*, *Journal of medical law and ethics*, 2016, n. 4, p. 197. Para una propuesta de reforma destinada a hacer ejecutables los contratos de subrogación, véase: ALGHRANI A. y GRIFFITHS, D.: "The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform", *Child and Family Law Quarterly*, vol. 29, n. 2, 2017, p. 181.

esto impediría aplicar a tales acuerdos la lógica contractual y, en consecuencia, excluiría que los progenitores intencionales pudieran exigir su ejecución. En este caso, no nacería a cargo de la madre subrogada ninguna “obligación contractual de entregar al menor” (*contractual obligation to give up the child*), y los progenitores intencionales no podrían, frente a la negativa de la mujer, presentar una demanda destinada a obtener el cumplimiento forzoso de los términos del acuerdo, ni tampoco una acción dirigida a recuperar lo pagado a favor de la gestante o, más propiamente, en ejecución del acuerdo mismo⁴².

Las Secciones Unidas, con la sentencia n. 38162 de 2022⁴³, responden a la orden de remisión, declarando inadmisibile el reconocimiento de la medida extranjera que indique la paternidad intencional⁴⁴. La regla, según las Secciones Unidas, permanece inmutable respecto a la ya establecida por ellas en 2019⁴⁵: “puesto que la práctica de la maternidad subrogada ofende de manera intolerable la dignidad de la mujer y mina profundamente las relaciones humanas, no es automáticamente transcribible la medida judicial extranjera y, a fortiori, el acto de nacimiento original que indique como progenitor del niño al progenitor intencional que, junto con el padre biológico, quiso su nacimiento recurriendo a la subrogación en un país extranjero, aunque en conformidad con la *lex loci*”. A pesar de reconocer como principio de derecho que el niño tiene un “derecho fundamental” al reconocimiento jurídico de la relación de filiación con el progenitor intencional, se considera que “al estado de la evolución del ordenamiento” es la adopción el instrumento que permite realizar este “reconocimiento jurídico con la adquisición del estatus de hijo, al vínculo de hecho con el compañero del progenitor genético que ha compartido el diseño procreativo y ha participado en el cuidado del niño desde el momento de su nacimiento”. Como argumento para justificar la no aceptación de la medida extranjera en cuestión, se hace referencia a la disposición del estado social para acoger la formación de familias homoparentales. Ya el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 23 de octubre de 2019, n. 221, mencionaba la necesidad de tener en cuenta “el grado de aceptación del fenómeno de la llamada “homoparentalidad” dentro de la comunidad social”. Aún antes, en Cass., SS.UU., del 8 de mayo de 2019, n. 12193, se declaraba que para evaluar la compatibilidad del reconocimiento de la eficacia de la medida judicial extranjera con el orden público, debe considerarse, además de los principios fundamentales de nuestra

42 Para un análisis más detallado, véase GRASSO, A.G.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 24.

43 Cass. SS.UU., 30 diciembre 2022, n. 38162, *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 387; *Fam. dir.*, 2023, p. 408, con comentario de RECINTO, G.: “Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità”; *Fam. dir.*, 2023, p. 408, con comentario de DOGLIOTTI, M.: “Maternità surrogata e “riforma” dell’adozione “piena”. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale?”; *Fam. dir.*, 2023, p. 408, con comentario de SPADAFORA, A.: “Irriducibilità del totalitarismo minoricentrico?”.

44 Véase FERRANDO, G.: “Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero”, *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2, 2023, p. 377.

45 Cass. SS.UU., 8 mayo 2019, n. 12193, cit.

Constitución y los de las fuentes internacionales y supranacionales, “la forma en que estos se han encarnado en la normativa ordinaria de los institutos individuales, así como la interpretación proporcionada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, cuya labor de síntesis y recomposición da forma a ese derecho vivo del cual no se puede prescindir en la reconstrucción de las nociones de orden público, como conjunto de los valores fundamentales del ordenamiento en un determinado momento histórico”.

Independientemente de las críticas que podrían surgir en relación con esta sentencia⁴⁶, lo que más interesa tiene que ver con la identificación de una solución al problema de la protección del menor dentro del instituto de la adopción en los casos especiales. Este instrumento, en el ordenamiento italiano, no satisface los requisitos indicados en el conocido dictamen de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 10 de abril de 2019⁴⁷, el cual pone de relieve los riesgos que acompañan a la normativa sobre adopciones: comenzando por aquellos relacionados con la necesidad del consentimiento del otro progenitor (el progenitor biológico) cuando entre ambos existe una relación conflictiva⁴⁸; así como respecto a un eventual “arrepentimiento” del progenitor intencional que

46 Se remite a VENUTI, M.C.: “Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162”, *questionegiustizia.it*, pp. 4-5, la cual afirma que “No todas las normas ordinarias son, en efecto, la expresión unívoca e inalterable de principios imprescindibles del ordenamiento italiano. Muchas de ellas son fruto de una elección discrecional, legítimamente adoptada por el legislador en un determinado momento histórico, y que con el tiempo puede cambiar, respetando siempre los dictámenes fundamentales. En otras palabras, las fuentes de rango primario ciertamente deberían ser coherentes con los dictámenes constitucionales superiores, pero esto no significa por sí mismo que expresen principios imprescindibles del ordenamiento italiano. Tanto porque existen normas constitucionales que no materializan valores esenciales, como porque existen espacios de discrecionalidad en la elección de la normativa sectorial. En resumen, la evolución de la sensibilidad del legislador ordinario sobre determinados aspectos de los intereses y bienes de la vida que son relevantes en cada momento puede conducir con el tiempo a regulaciones de signo diferente, pero todas igualmente coherentes con el dictado constitucional. (...) En definitiva, para evaluar la compatibilidad del acto extranjero cuyo reconocimiento se solicita, es oportuno mantenerse dentro del perímetro formado por los principios fundamentales imprescindibles, complementado por las normas primarias con contenido constitucionalmente vinculante.” Para un análisis más profundo sobre el tema, véase, de la misma autora, VENUTI, M.C.: *Gestazione per altri e status del nato, Dove va il diritto di famiglia? Spunti di politica del diritto*, Università de Padova 8 de abril de 2022, *passim*; ID, *Gestazione per altri, genitorialità intenzionale, diritti del nato, Convegno internazionale sulle nuove frontiere del diritto di famiglia*, Università LUMSA de Palermo 3-4 de mayo de 2022, *passim*. Cfr. también PATTI, S.: “Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta”, *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2023, p. 613; SALANITRO, U.: “Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 557, remitiéndose al pensamiento del juez remitente en la sentencia del Tribunal Constitucional n. 272 de 2017, afirma expresamente que permanecen exentas “de valoraciones negativas aquellas formas de maternidad subrogada “solidaria” o “relacional” ... que no vulneran la dignidad de la mujer ni pueden reducirse a la lógica de un intercambio mercantil”, sobre las cuales considera previsible que en el futuro se puedan registrar importantes aperturas.

47 Según la cual, la situación de incertidumbre en la que se encuentra el menor respecto del progenitor intencional, indicado en el certificado de nacimiento extranjero como progenitor legal, debería ser lo más breve posible; cfr. TEDH, Opinión Consultiva, 10 abril 2019, en <https://hudoc.echr.coe.int/>.

48 En los casos de conflicto surgido entre los miembros de la pareja que habían compartido la decisión de tener un hijo, el consentimiento puede ser fácilmente denegado. El artículo 46 de la Ley n. 184/1983 atribuye al juez la facultad de suplir la falta de consentimiento únicamente si la negativa proviene del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental; pero si la negativa emana del progenitor titular de dicha responsabilidad, la solicitud de adopción devendría, por ello mismo, inadmisibles, salvo una interpretación conforme que, tal como establece la Corte Suprema en formación de Secciones Unidas en 2022, interprete el “desacuerdo” no en el sentido de una “voluntad meramente potestativa”, sino “en una dimensión funcional”.

decida no querer proceder con la adopción⁴⁹; o incluso ante la hipótesis de que dicho progenitor intencional fallezca antes de la conclusión del procedimiento⁵⁰.

Procediendo de este modo, se considera la adopción conforme al artículo 44 de la Ley n. 183/1984 como el único instrumento admisible para que el progenitor intencional obtenga el reconocimiento del vínculo de filiación, admitiendo que el derecho del hijo no es sino un reflejo de la petición discrecional de los progenitores. En efecto, el instituto de la adopción, por su propia naturaleza, tutela los derechos del niño únicamente en la medida en que los adultos desean adoptar: es el adoptante quien presenta la solicitud y es el otro progenitor quien presta su consentimiento. Tal lógica solo resultaría comprensible en el caso de que el adoptante adopte al hijo de otra persona, convirtiendo en “propio” a un menor que tiene otros progenitores; pero, en lo que respecta al hijo nacido por técnicas de reproducción médicamente asistida, dicha *ratio* carecería de fundamento, ya que el nacido no tiene otros progenitores que aquellos que desearon y posibilitaron su nacimiento⁵¹.

Si se acepta que el interés superior del menor forma parte del orden público internacional y que deben reconocerse sus derechos fundamentales, incluidos el derecho al estado civil, a la dignidad personal y el principio de no discriminación por razón de las circunstancias de su nacimiento, entonces el derecho a ser reconocido como hijo de ambos progenitores, tras una práctica de procreación asistida, debería considerarse tutelable como un derecho autónomo del menor, y no como el reflejo de un interés parental, como parece subyacer en el instituto de la adopción en casos especiales.

El concepto de orden público internacional, a la luz de lo expresado hasta ahora, debería tener en cuenta una cierta comunidad de valores y de opciones

49 Para la amplia corriente doctrinal que señala la insuficiencia de la normativa sobre adopción para satisfacer el interés superior del menor, al estar supeditada a la voluntad del progenitor intencional, se remite a SALANITRO, U.: “Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?”, cit., p. 1827.

50 Otro de los problemas que planteaba el instituto de la adopción en casos especiales se refería al impedimento para la constitución de vínculos de parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante, y ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional con la sentencia n. 79/2022, en respeto al principio del estado único de hijo. Cfr. SENIGAGLIA, R.: “Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022”, *Nuove leggi civ. comm.*, n. 5, 2022, p. 1333; CINQUE, M.: “Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità”, *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5, 2022, p. 1013.

51 Cfr. FERRANDO, G.: “Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero”, cit., p. 377, según la cual en las técnicas de reproducción médicamente asistida no es la sangre lo que convierte a alguien en progenitor, sino la “elección”, afirmando que el consentimiento no es un simple deseo, sino una conducta socialmente relevante y exigente hacia el hijo, el progenitor, la estructura sanitaria y la gestante. Según la autora, el consentimiento es la condición necesaria para el nacimiento, fuente de responsabilidad en la procreación. Por lo tanto, es la elección la que en la PMA “da a luz” al niño, porque sin ella no se habría aceptado la solicitud de PMA y el niño no habría nacido; y es a esa elección a la que el niño debe su vida, y a la responsabilidad por esa elección el progenitor no puede ni debe eludir.

que pueden constatarse, en primer lugar, en el seno de la Unión Europea⁵². Sin embargo, las Secciones Unidas, al no acoger la línea argumentativa del auto de remisión, afirman categóricamente que “la jurisprudencia no es fuente del derecho”, aun sin haber sido llamadas a pronunciarse sobre la conveniencia de una eventual derogación de la norma que establece la prohibición de la maternidad subrogada; sino que fueron llamadas, más bien, a pronunciarse sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras, emitidas en ordenamientos jurídicos que consideran lícita la maternidad subrogada, sin plantear cuestión alguna relativa a la creación de nuevas normas jurídicas.

A pesar del declarado respeto al derecho convencional, como se desprende de la jurisprudencia citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵³, persiste el desfase entre la realidad normativa italiana y las condiciones exigidas por dicho Tribunal, con el riesgo de contradecir en la práctica la afirmación relativa a la función promotora y de apertura atribuible a los principios jurídicos que expresan los valores de protección de los derechos fundamentales consagrados a nivel internacional y supranacional, en consonancia con la aspiración a su difusión y a la “armonización entre ordenamientos”⁵⁴. Con el peligro adicional de retornar a una concepción defensiva del orden público, orientada a acoger únicamente aquellos elementos de extranjería que coincidan “al menos en sus líneas esenciales” con la normativa interna⁵⁵.

II. LA DISCIPLINA LEGISLATIVA EN ESPAÑA.

Antes de abordar la cuestión relativa a cómo se regula la gestación por sustitución en España, es necesario realizar una breve introducción sobre la normativa en materia de filiación en el ordenamiento jurídico ibérico. La filiación en el Estado español se fundamenta en el principio de la verdad biológica, en la libre determinación de la paternidad y de la maternidad sin restricciones probatorias, y en el concepto de *favor filii*, entendido como el derecho de la persona a conocer su origen.

52 Según PATTI, S.: “La procreazione per conto di altri: problemi e prospettive”, *Familia*, 2022, p. 795, en los últimos años se ha producido una evolución del concepto de orden público, y este proceso parece inevitable, sobre todo a la luz de la eliminación de muchas barreras y, en general, de la globalización. La violación del orden público internacional no puede vincularse al eventual conflicto con una o más normas imperativas, sino que se configura únicamente en el caso de conflicto con principios constitucionales o con principios y valores de igual rango, es decir, aquellos principios que no podrían ser ignorados por el legislador ordinario.

53 “L'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. Ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant – qui s'apprécie avant tout in concreto plutôt qu'in abstracto – c'est que ce lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé”; cfr. TEDH, Gran Sala, Opinión Consultiva, 10 abril 2019, cit., punto 52.

54 Cass. civ. SS.UU., 8 mayo 2019, n. 12193, cit.

55 Cass. civ. SS.UU., 8 mayo 2019, n. 12193, cit.

Para el ordenamiento jurídico español, la filiación confiere al menor un nombre, dos apellidos y la nacionalidad correspondiente; además, en virtud del principio general del *ius sanguinis*, se deriva que el hijo nacido de padre o madre española adquiere la misma nacionalidad, al igual que los menores adoptados por una persona de nacionalidad española.

El Título Preliminar del Código Civil establece las normas de Derecho internacional privado y, conforme a lo dispuesto en el artículo 9, apartados primero y cuarto, las relaciones paterno-filiales se rigen por la ley personal del menor (es decir, la ley personal aplicable a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad).

La publicidad de la filiación se realiza mediante la inscripción en el Registro Civil, que en España depende de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Esta circunstancia es relevante, ya que en el pasado han sido precisamente las resoluciones y circulares emitidas por dicho órgano las que fijaron las directrices legales que permitían a los menores nacidos de padre o madre española acceder al Registro Civil y, en consecuencia, obtener la nacionalidad española. No obstante, la situación ha cambiado recientemente. Con la Instrucción de 28 de abril de 2025⁵⁶, la Dirección General ha modificado sustancialmente su postura, abrogando su precedente Instrucción de 2010⁵⁷ y estableciendo que no se podrá registrar la filiación de los menores nacidos mediante maternidad subrogada, incluso si la solicitud va acompañada de una sentencia extranjera del país de origen. Esta nueva postura, ahora sorprendentemente en línea con la jurisprudencia de la Corte Suprema, se debe a la sentencia de la Corte de Casación de 4 de diciembre de 2024⁵⁸, como se analizará más adelante.

Un punto importante, y claramente revelador de la contraposición entre el ordenamiento jurídico italiano y el español, es la *ratio legis* que subyace a las respectivas leyes sobre las técnicas de reproducción humana asistida, en particular la Ley n. 14/2006, de 26 de mayo, a diferencia de su homóloga italiana, la Ley n. 40/2004, no pretende exclusivamente dar respuesta a los problemas de infertilidad o esterilidad de la pareja solicitante, sino que introduce una modalidad de procreación alternativa a la natural.

56 Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, en BOE n. 105, de 1 de mayo de 2025, pp. 58590-58592.

57 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en BOE n. 243, de 7 de octubre de 2010, pp. 84803-84805.

58 STS (Pleno, Sala 1ª) 4 de diciembre 2024, rec. n. 7904/2023 (ECLI:ES:TS:2024:5879): "Un contrato de gestación por sustitución como el que fue validado por la sentencia del tribunal de Texas cuyo reconocimiento se pretende en este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor. Por tanto, el reconocimiento de los efectos de dicha sentencia, que supone el reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada validado en tal sentencia, es contrario al orden público".

Esta diferencia se refleja, asimismo, en los requisitos de acceso a dichas técnicas: mientras la legislación italiana prevé que los destinatarios sean exclusivamente parejas de distinto sexo, mayores de edad, casadas o en convivencia estable, en edad potencialmente fértil y ambos con vida, conforme al art. 5.l, la normativa española permite el acceso a “toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa”, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.l.

Establecido lo anterior, en cuanto a la posición del ordenamiento jurídico español respecto a la regulación de los supuestos relativos al reconocimiento de la filiación en casos de menores nacidos mediante gestación por sustitución, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, establece que “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”, prevé —en relación con los supuestos de infracción de dicha prohibición— que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Tal como se desprende del tenor literal de la norma, la prohibición abarca tanto la celebración de un contrato oneroso⁵⁹ como de uno gratuito, mediante el cual una mujer —posiblemente unida al comitente por lazos de parentesco o de amistad— decida someterse a un embarazo de esta naturaleza, recibiendo una compensación económica⁶⁰ en lugar de una contraprestación directa.

Los argumentos contrarios a esta práctica, que sustentan la tesis de la nulidad del contrato en cuestión, consideran que el negocio jurídico de la gestación por sustitución vulnera el principio de indisponibilidad del cuerpo humano, al implicar una instrumentalización de las funciones reproductivas y gestacionales de la mujer, reduciendo la gestación a un objeto de transacción comercial, lo que resulta jurídicamente inadmisibles. Dicho contrato vulneraría también el principio de indisponibilidad del estado civil, al pretender modificar la *ratio legis* de las normas que determinan la constitución de la relación jurídica de filiación y la atribución de la condición jurídica de progenitor. Asimismo, se argumenta que podría resultar contravenido el principio constitucional consagrado en el artículo 10.l de la Constitución Española, relativo a la dignidad de la persona humana, especialmente en lo que respecta a la situación de vulnerabilidad de las mujeres

59 SAP Valencia 23 noviembre 2011 (EDJ 2011/280304): “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden apostar o no sus gametos”.

60 Por ejemplo, si la madre gestante por el propio embarazo tuviese que dejar de trabajar y dejase de percibir su salario, pues se le daría una compensación por el dinero que ha dejado de generar en el periodo de embarazo.

gestantes, quienes podrían verse impulsadas a recurrir a esta práctica como medio para afrontar condiciones de pobreza o exclusión social. Este argumento, sin embargo, es objeto de crítica por parte de quienes defienden el carácter solidario o altruista de la gestación por sustitución⁶¹. En efecto, quienes defienden la validez del contrato de gestación por sustitución invocan el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, en el que se enmarcaría un supuesto derecho a la reproducción. Resulta, en todo caso, evidente la estrecha vinculación entre la procreación y dicho principio, consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución Española, el cual ampara la autonomía de la persona para decidir, de manera libre y responsable, entre las distintas opciones de vida aquella que mejor se adecúe a sus propias convicciones y preferencias.

Otro argumento formulado en respaldo de la regulación (de los efectos) del contrato de gestación por sustitución hace referencia a la conveniencia de poner freno al denominado *turismo reproductivo*, en el que se alude al considerable ahorro de costes que supondría para los ciudadanos españoles el no tener que desplazarse al extranjero para llevar a cabo una gestación por sustitución, así como a los ingresos que esta práctica podría generar para la economía nacional si se realizara en territorio español⁶².

Al analizar ahora con mayor detalle el marco normativo aplicable, el segundo apartado del artículo 10 de la Ley 14/2006 reconoce que, incluso en el supuesto de nacimiento a través de gestación por sustitución, la filiación se determinará, en todo caso, por el parto⁶³ (“la filiación de los niños nacidos mediante gestación

61 Cfr. en este sentido DE TOLEDO QUINTANA, A.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, n. 2, p. 39; ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J.: “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Actual*, 6, 2017, pp. 313-344; GARCÍA ABURUZA, M. P.: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, 8; INGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 21, 2015, pp. 6-7; ROMÁN MAESTRE, B.: “Gestación por sustitución: cuestiones de legitimidad”, *Folia Humanística*, 2018, 8, pp. 24-41; ROMEO CASABONA, C.M.: “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Ibidem*, pp. 1-23; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, *InDret*, 2018, n. 4; VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, n. 7621, 2013; Id.: “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Id.*, n. 9056, 2017; VILA-CORO VÁZQUEZ, A.: “Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida”, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. BENAVENTE MOREDA, E. FARNÓS AMORÓS), Madrid, 2015, pp. 283; MÚRTULA LAFUENTE, V.: “El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante”, *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (dir. por Y. BUSTOS MORENO, V. MÚRTULA LAFUENTE), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 370-372.

62 Cfr. VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho”, *Diario La Ley*, 8055, 4 abril 2013. Contrariamente vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “A propósito de las técnicas de reproducción asistida”, en A.A.VV.: *La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y coord. por P. CHAPARROS MATAMOROS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 582, que considera que la respuesta legal ha de estar basada en un juicio de valores, y no en razonamientos de carácter económico.

63 Sobre este punto, véase: NÚÑEZ BOLAÑOS, M. NICASIO JARAMILLO, M. I. PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”,

por sustitución será determinada por el parto")⁶⁴. Por su parte, el tercer apartado reconoce la posibilidad de que el padre biológico pueda ejercitar la acción de reclamación de la paternidad ("la eventual acción de reclamación de paternidad del padre biológico, conforme a las reglas generales, permanece inalterada"). En virtud de lo dispuesto en este precepto, el padre biológico podría ejercitar dicha acción de reconocimiento, y posteriormente, su pareja podría adoptar al menor, sin necesidad de someterse a la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 del Código Civil (o bien, sometándose a una evaluación extraordinariamente flexible).

Desde el punto de vista regulatorio, por tanto, el ordenamiento jurídico español presenta un grado de especificidad superior al italiano, ya que, aun adoptando una postura de firme oposición al fenómeno, contempla de manera clara tanto la gestación onerosa como la altruista, prohibiendo ambas en atención a la nulidad de cualquier contrato que las contemple como objeto. Asimismo, refuerza el concepto de filiación, el cual se vincula estrechamente con el momento del parto, puesto que se prevé expresamente la constitución del vínculo filiativo con la mujer que da a luz.

No obstante, al mismo tiempo se reconoce la posibilidad de que el padre biológico ejercite la acción de reconocimiento del hijo; dicho reconocimiento no es irrelevante, si se considera que, mediante la acción de reclamación de paternidad, puede determinarse la filiación respecto de un menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución (excepto en los supuestos de donante anónimo de gametos masculinos), permitiendo así resolver las dificultades relativas a la inscripción de estos menores cuando el padre biológico es ciudadano español.

Además, en lo que respecta al vínculo parental y a los procedimientos de filiación, cabe señalar que el ordenamiento español prevé expresamente la posibilidad de que el progenitor sin vínculo genético con el menor pueda adoptar al hijo de su cónyuge mediante un procedimiento específico, la adopción del hijo del cónyuge (*stepchild adoption*): así que mediante la adopción por parte de la madre intencional, se extingue la filiación materna derivada del parto⁶⁵.

Finalmente, debe observarse que, a diferencia de la normativa italiana, la legislación española no impone a quienes celebren un contrato de gestación por sustitución ninguna sanción de carácter pecuniario ni pena privativa de libertad: la única consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento es la nulidad del contrato.

Derecho Privado y Constitución, n. 29, 2015, p. 259.

64 Previsiones prácticamente análogas ya se contenían en el artículo 10 de la Ley n. 35/1988, posteriormente reformada y sustituida por la Ley de 2006: cfr. sobre el tema BUSTOS PUECHE, J. E.: "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", *Diario La Ley*, ed. La Ley, 1992; MONTÉS PENADES, V.: "La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 7, Tirant lo Blanch, 2003, p. 5.

65 Tribunal de Valencia, Juzgado de Primera Instancia, 15 septiembre 2010; Audiencia Provincial de Valencia, 23 noviembre 2011; STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882) todas en <https://vlex.es/>.

I. El pronunciamiento del Tribunal Supremo español.

Tal como se ha señalado previamente, debido a la prohibición establecida a nivel interno por un Estado, en la práctica sucede que parejas estériles o parejas homosexuales formadas por dos hombres se desplacen a países donde la gestación por sustitución está permitida, con el objetivo de establecer una relación de parentalidad con el hijo nacido de la madre gestante. Una vez inscrita el acta de nacimiento en el Estado extranjero, solicitan su reconocimiento en el país de origen, donde, no obstante, dicha práctica se encuentra prohibida.

La jurisprudencia se ha mostrado en varias ocasiones contraria a la inscripción en España de la filiación obtenida mediante el procedimiento descrito. Se cita, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 6 de febrero de 2015⁶⁶, que confirmó la cancelación de la inscripción de la filiación realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, basándose en una certificación registral californiana, a favor de dos varones que habían recurrido a la gestación por sustitución. El Tribunal consideró que dicha inscripción contravenía el orden público español, dado que “en nuestro ordenamiento jurídico, y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en principios y valores similares, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo que determinados intermediarios realicen negocio con ellos, posibilitando la explotación de la situación 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”.

Más recientemente, el Pleno del Tribunal Supremo ha reiterado su doctrina. En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 31 de marzo de 2022⁶⁷ ha confirmado la doctrina según la cual la gestación por sustitución de carácter comercial (que era la contemplada en el caso enjuiciado) es contraria al orden público, “vulnerando gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos de los que España es parte”⁶⁸. Afirma que “tanto la madre gestante como el

66 STS (Pleno) 6 febrero 2014, cit.

67 STS (Pleno) 31 marzo 2022 (Tol 8898029).

68 Los jueces invocan, en particular, el art. 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que se define la venta de niños (proscrita por el art. 35 de la Convención) como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”, así como el Informe de la Relatora Especial ante la Asamblea General de la ONU, de 15 de enero 2018, según el cual “la gestación por sustitución comercial entra de lleno” en dicha definición cuando concurren tres elementos: a) la “remuneración o cualquier otra retribución”; b) “el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes)”; c) “el intercambio de a) por b) (pago por la entrega del niño)”; precisando que “La entrega a que se obliga

niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad inherente a su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a dicha dignidad"; y añade: "en definitiva, el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se cosifica, pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente"⁶⁹. Asimismo, observa que "para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano".

De reciente publicación es la ya citada sentencia del Tribunal Supremo, STS 5879/2024⁷⁰, mediante la cual se deniega el exequátur de una sentencia dictada por el tribunal de Texas, que valida un contrato de gestación subrogada y atribuye la paternidad de los nacidos a los varones comitentes, por considerarse contrario al orden público el reconocimiento de dicha sentencia extranjera. En particular, el Tribunal aplica el artículo 46.l.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, y afirma que: "un contrato de gestación por sustitución, como el validado por la sentencia del tribunal de Texas cuyo reconocimiento se solicita en este recurso, conlleva una explotación de la mujer y causa un perjuicio a los intereses superiores del menor. En consecuencia, el reconocimiento de los efectos de dicha sentencia, lo que implicaría la validación de los efectos del contrato de gestación subrogada contemplado en dicha sentencia, es contrario al orden público".

La importancia de esta última sentencia radica, en particular, en que, como consecuencia de la misma, la Dirección General publicó el 1 de mayo de 2025⁷¹ una instrucción que abroga la anterior de 2010 y establece la imposibilidad de inscribir la filiación de los menores nacidos mediante maternidad subrogada, incluso cuando la solicitud va acompañada de una sentencia extranjera proveniente del país de origen. Este cambio representa una modificación radical que ha reorientado la práctica administrativa, alineándola ahora con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Según la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), que —como ya se ha mencionado— hasta hace pocos días mantenía

la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución".

69 Se cita a DE VERDA Y BEAMONTE J. R.: "A propósito de las técnicas de reproducción asistida", cit., p. 631, que añade que el perjuicio de no poder conocer los orígenes biológicos para el niño lo sufre en toda reproducción asistida realizadas conforme a la legislación española que no tenga carácter homólogo.

70 STS (Pleno, Sala I*) 4 de diciembre 2024, rec. n. 7904/2023 (ECLI:ES:TS:2024:5879), cit.

71 Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, en BOE n. 105, de 1 de mayo de 2025, pp. 58590-58592.

una postura divergente de la del Tribunal Supremo, la inscripción del acta de nacimiento derivada de la gestación por sustitución era considerada admisible cuando iba acompañada de una resolución judicial extranjera que determinara la filiación del nacido.

Ya en 2009, la DGRN autorizó, mediante Resolución de 18 de febrero de 2009⁷², la inscripción de la filiación por gestación por sustitución, reconociendo a los padres intencionales (en el caso concreto, una pareja de varones) la condición de progenitores del niño nacido de madre gestante. En particular, una pareja masculina (casada tras la reforma del Código Civil español de 2005 que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo) viajó a California para encargarse de la gestación de su hijo a una mujer californiana, utilizando el material genético de uno de los dos miembros de la pareja. Una vez nacido el niño, y con el fin de inscribir su nacimiento y filiación, la pareja presentó ante el Registro Consular de Los Ángeles un certificado de nacimiento y filiación expedido por las autoridades californianas a favor de los padres solicitantes, en el que no figuraba la identidad de la madre biológica. El Registro Civil denegó la inscripción del nacimiento. Sin embargo, la DGRN, en contradicción con la decisión adoptada, dispuso que: "El interés superior del menor hace aconsejable proceder a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que consta en el registro extranjero. En efecto, la denegación de dicha inscripción podría tener como consecuencia que hijos de nacionalidad española carezcan de una filiación inscrita en el Registro Civil, lo cual vulneraría el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991".

Mediante esta disposición, la DGRN otorgó relevancia y prioridad a la protección del menor, en virtud del principio del *favor filii*, considerando que la negativa al reconocimiento causaría un perjuicio al menor. Además, la negativa a la inscripción en el Registro Civil español vulneraría dicho principio, pues el interés superior del menor exige que permanezca bajo la tutela de quienes consintieron en ser sus progenitores.

Según lo establecido en dicha resolución registral, la nacionalidad española puede ser atribuida cuando uno de los progenitores solicitantes es, además, padre biológico, ya que la contribución genética determina que el menor es hijo de un ciudadano español⁷³.

72 Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por I.G.M., S. L., contra la negativa del registrador de la propiedad de Gernika-Lumo a la anotación preventiva de una querrela, en BOE n. 72, de 25 de marzo de 2009, pp. 29015-29017.

73 Sobre este punto, cabe señalar la sentencia de 14 de diciembre de 2021 (asunto C-490/20 PPU, *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008), mediante la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros el reconocimiento del certificado de nacimiento expedido por las autoridades de otro Estado miembro a favor de una menor nacida en dicho Estado,

Esta resolución y las posteriores dictadas por la DGRN se enmarcan en la línea interpretativa mantenida por la Instrucción de 5 de octubre de 2010⁷⁴, que consolidó una determinada posición sobre esta materia.

Posteriormente, la DGRN emitió una nueva Instrucción, con fecha de 14 de febrero de 2019, relativa a la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, con la finalidad de solucionar el problema derivado de los supuestos en los que, en el país extranjero donde se realiza la gestación, no se determina la filiación mediante resolución judicial respecto de los comitentes. Se admitía, así (siempre que constase en la certificación registral extranjera o en la declaración y certificación médica del nacimiento la identidad de la gestante), la determinación de la filiación paterna mediante el reconocimiento legal por parte del padre comitente español, acompañado de prueba biológica de su paternidad (ADN), y que, posteriormente, la madre comitente pudiera adoptar al menor (siempre que existiese una renuncia expresa por parte de la gestante, posterior al nacimiento). No obstante, dicha Instrucción ni siquiera fue publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), y quedó sin efecto apenas cuatro días después, por la posterior Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019⁷⁵.

La solución propuesta por la Instrucción, o sea de la atribución de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución basada en la previa resolución judicial objeto de exequátur⁷⁶, fue objeto de críticas generalizadas por parte de

mediante fecundación heteróloga, de una pareja femenina del mismo sexo, con el fin de permitir a la menor ejercer, con cada una de sus dos madres, el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio europeo vinculado a su condición de ciudadana de la Unión. A tal efecto, las autoridades del Estado miembro del que la menor es nacional están obligadas a expedir, conforme a lo exigido por la Directiva 2004/38, un documento nacional de identidad o un pasaporte en favor de la menor, en el que figuren inscritas ambas mujeres como madres, sin que sea necesario, para ello, que las autoridades del Estado miembro correspondiente expidan previamente un nuevo certificado de nacimiento.

- 74 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en BOE n. 243, de 7 de octubre de 2010, pp. 84803-84805: "El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España".
- 75 Sobre la cuestión cfr. ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: "Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de los hijos nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10 bis, 2019, pp. 64-85; MUÑOZ RODRIGO, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 febrero de 2019", *Ibidem*, pp. 722-735; VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Diario La Ley*, n. 9453, 10 julio 2019.
- 76 Así lo exige, como regla general, la directriz primera de la Instrucción, según la cual "para proceder a la inscripción del nacimiento deberá presentarse ante el Registro civil español la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur" (párrafo segundo). Sin embargo, la misma directriz, en su párrafo tercero, establece que no será necesario acudir al procedimiento de exequátur cuando la resolución judicial extranjera "tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria", disponiendo que, en tal caso, "el encargado del Registro Civil

los civilistas; y no solo de los que estaban en contra de la admisión de la validez del contrato de maternidad subrogada⁷⁷, sino también de los que estaban en favor de admitir su validez legal, negando que el recurso al principio del interés superior del menor pudiera llevar a soluciones contrarias al orden público español y propiciar un claro fraude de la ley⁷⁸. Las argumentaciones principales sostenían que la Instrucción creaba una regla general que otorgaba cobertura administrativa a un turismo reproductivo, el cual intentaba eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10.1 de la Ley Orgánica 14/2006), que establecía la nulidad del contrato de gestación por sustitución y se consideraba de orden público, dado que respondía al principio de que no podían ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer⁷⁹.

Finalmente, tales consideraciones han adquirido relevancia gracias a la sentencia del Tribunal Supremo del 4 de diciembre de 2024, que rechazó la resolución de la Instrucción de 2010, lo cual provocó que la Dirección General reformulara su postura y publicara la Instrucción de 2025, prohibiendo la inscripción de la filiación de menores nacidos por maternidad subrogada, aun cuando la solicitud esté acompañada de una sentencia extranjera del país de origen.

En la Instrucción de 28 de abril de 2025, sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, la DGRN, atendiendo a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo y para asegurar la adecuación del tratamiento registral en casos de gestación por sustitución al ordenamiento español y a las normas internacionales en materia de derechos de los menores y de las mujeres gestantes, acuerda establecer importantes directrices: con la primera deja sin efecto las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019, sobre los régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución; secundariamente, niega por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente. En tercer lugar, afirma que las solicitudes pendientes de inscripción de la filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada a la fecha de la publicación de la presente Instrucción en el "Boletín Oficial del Estado" no se practicarán;

controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España".

77 CORRAL GARCÍA, E.: "El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 38, 2013, pp. 48-49.

78 VELA SÁNCHEZ, A. J.: "El interés superior del menor como fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, n. 8162, 3 octubre 2013.

79 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "A propósito de las técnicas de reproducción asistida", cit. p. 629.

con la cuarta y última directiva expone que los solicitantes podrán obtener de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos correspondientes para que los menores puedan viajar a España y que la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

La alineación de la práctica administrativa con la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece contribuir a reducir el margen de incertidumbre y disparidad previamente generado por la interacción entre ordenamientos jurídicos divergentes, posicionando así al sistema español en una senda más definida y coherente con la protección de los derechos fundamentales de los menores y, en particular, con la afirmada incompatibilidad de la gestación por sustitución con el orden público español. Esta evolución normativa, no obstante, plantea ciertos interrogantes en el ámbito del Derecho internacional privado. Cabe preguntarse, en efecto, si no podría derivarse de esta nueva orientación un aumento de las dificultades para aquellas personas que, habiendo recurrido a técnicas de reproducción asistida mediante gestación subrogada en el extranjero, antes de que se produjera este cambio de rumbo en la praxis, pretendan ahora obtener en España el reconocimiento jurídico de los vínculos parentales establecidos en virtud de resoluciones extranjeras. Asimismo, no parece infundado cuestionarse si dicha transformación del criterio administrativo podría generar situaciones de desigualdad jurídica respecto de aquellas familias que, con anterioridad a la publicación de la Instrucción de 1 de mayo de 2025, lograron el reconocimiento de la filiación a través de procedimientos judiciales ya resueltos —o aún pendientes— conforme a la doctrina anteriormente vigente.

III. LA PROTECCIÓN DEL NACIDO POR MATERNIDAD SUBROGADA.

El orden de problemas relativo a la suerte jurídica del nacido por maternidad subrogada⁸⁰ resulta sin duda relevante⁸¹ y opera en un plano distinto con respecto

80 En cuanto a lo solicitado reconocimiento de la relación de filiación (para un nacimiento ocurrido en otro país y allí considerado tal por vía judicial) respecto a la relación homogenitorial (en el presente caso por parte de una pareja de hombres), se ha excluido la automática transcripción del acto judicial extranjero que indique como progenitor del niño al progenitor de intención, quien, junto con el padre biológico, deseó su nacimiento recurriendo a la maternidad subrogada en el extranjero, práctica considerada intolerable y que ofende la dignidad de la mujer, por parte de la Corte de Casación, sección unificada, 30 de diciembre de 2022, n. 38162, cit.

81 De manera similar, es configurable en todos aquellos casos en los que el proyecto de paternidad involucra a parejas del mismo sexo femenino (unidas civilmente) que, excluidas de la posibilidad de recurrir en nuestro país a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo, las emplean en el extranjero, generando luego contenciosos similares respecto al reconocimiento solicitado (ya obtenido o no) del hijo también por parte del progenitor intencional que prestó su consentimiento para la práctica fecundativa. En cuanto a la posible diversidad de las situaciones que se pueden encuadrar en tal figura, debido a las distintas combinaciones realizables, AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, ed. 7, 2024, Giappichelli, Torino, p. 342 y,

a las consideraciones sobre la licitud de la práctica de la maternidad subrogada, que no solo la ley, sino también el derecho vigente, observan con permanente desaprobación por diversas razones⁸².

La inadmisibilidad de tal acuerdo (sea gratuito u oneroso) se fundamenta, de hecho, en que tiene por objeto situaciones caracterizadas por la original y absoluta indisponibilidad. El tema, sin embargo, no es destacar los límites (y las fronteras) de la autonomía privada frente a las normas de derecho, reiterando que al libre desenvolvimiento de esta, a través de la vía contractual, no puede confiarse ni la determinación del estatus del nacido ni las correspondientes relaciones de filiación, que en cambio están asignadas a disciplinas normativas no derogables⁸³; se trata, más bien, de la (necesaria) identificación (por parte del legislador) de los instrumentos adecuados y oportunos para la protección del interés del nacido.

I. Indicaciones de Estrasburgo: la importancia de una protección rápida y efectiva para el menor de edad.

No debe pasarse por alto cómo la heterogeneidad de las determinaciones adoptadas por los Estados miembros ha llevado a algunas instituciones supranacionales a intentar dar cuerpo a una solución global y, de esta manera, desincentivar el denominado “turismo procreativo”, que, de hecho, como se ha observado agudamente, debería definirse más correctamente como “exilio

en particular, p. 349 ss., señalando su ajenidad al ámbito de la maternidad subrogada cuando la pareja de dos mujeres, que recurren a semen de donante, está caracterizada por la presencia de la gestante y de aquella de la cual proviene el óvulo, o bien por madre biológica y madre (solamente) social, dado que en tales casos no se produce una gestación en interés de otros y no hay renuncia de la parturienta a su rol, “por lo que el elemento anómalo lo constituye la identidad de sexo de los dos progenitores”.

- 82 La diversidad de planos está claramente presente en el lúcido razonamiento de C. cost., 9 de marzo de 2021, n. 33, en (*ex multis*) *Familia*, 2021, p. 391, con notas de MORACE PINELLI, A.: “La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale in attesa del legislatore”; y de CHIRICHALLO, N.: “Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio “non liquet” della Consulta”, que, al ser investida de la (posteriormente rechazada) cuestión de la legitimidad constitucional (en primer lugar) del artículo 12, párrafo 6, Ley n. 40/2004, distingue entre la razón del prohibido (especialmente en lo que respecta a los acuerdos comerciales de maternidad subrogada) y (la protección de) los intereses del nacido de esta práctica en sus relaciones con la pareja (homosexual, como en el caso en cuestión, o heterosexual) que compartió la concepción y el nacimiento en el territorio de un Estado (específicamente Canadá) donde la maternidad subrogada no es contraria a la ley, solicitando luego, una vez regresados a Italia con el niño, la rectificación del acta de nacimiento para que se indicara (según el acto dictado por la Corte Suprema canadiense) la posición parental de ambos (hombres casados en Canadá, con el acto luego transcrito en Italia en el registro de uniones civiles).
- 83 En este sentido, se ha argumentado correctamente de manera excluyente por parte de la Corte de Casación Civil, en su sentencia de 11 de noviembre de 2014, n. 24001, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1235, con nota de BENANTI, C.: “La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore”, *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota de RENDA, A.: “La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore”, basándose en la relevancia que adquieren, por un lado, la dignidad humana de la gestante (objeto de tutela constitucional) y, por otro lado, el instituto de la adopción, “con el cual la maternidad subrogada se encuentra objetivamente en conflicto porque solo a dicho instituto el ordenamiento le encomienda la realización de proyectos de paternidad sin vínculos biológicos con el nacido”. El caso involucraba a una pareja de cónyuges italianos que, al no poder tener hijos debido a una histerectomía sufrida por la esposa y a un diagnóstico de oligospermia del marido, decidieron celebrar un contrato de maternidad subrogada en Ucrania, de cuya ejecución nació un niño, declarado en el registro civil italiano como hijo biológico de la pareja.

reproductivo⁸⁴. En todo caso, no cabe duda de que el resultado de tales migraciones es una fuente de caos procreativo que exige una intervención aclaratoria que ya no puede ser pospuesta⁸⁵ y la creación de normas comunes.

En esta perspectiva se inscribe lo afirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva de 2019⁸⁶. Esta opinión se refería al reconocimiento dentro del derecho interno de la relación de filiación con un niño nacido mediante la técnica de maternidad subrogada en un Estado extranjero. En particular, la solicitud de opinión fue formulada por la Corte de Casación francesa⁸⁷ a raíz de los célebres casos *Mennesson* y *Labassee c. Francia*⁸⁸.

La controversia ya había sido tratada una primera vez por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Mennesson c. Francia*, 26 de junio de 2014), que encontró en el rechazo de las autoridades judiciales francesas de reconocer la relación con el padre genético una violación del derecho a la vida privada de los hijos. A raíz de la sentencia europea, los esposos *Mennesson* solicitaron la revisión de la sentencia que había anulado la transcripción del acta de nacimiento californiana, recurriendo a un procedimiento que permitía en el ordenamiento francés la revisión de una decisión emitida en violación de la CEDH, aunque hubiera quedado firme (ley de 16 de noviembre de 2016, n. 1547). La Asamblea Plenaria, con la sentencia del 5 de octubre de 2018, n. 638, valiéndose del Protocolo Adicional n. 16 al Convenio, había planteado a los jueces de Estrasburgo una doble cuestión: por un lado, si el Estado excedía su margen de apreciación al negarse a registrar el acta de nacimiento extranjera en la parte en que asignaba la maternidad a la madre intencional; por otro lado, si la adopción del hijo biológico del esposo

84 FIGA, A.: "Legge e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo", en AA.VV.: *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide. Generi, tecnologie ed uguaglianze* (coord. por L. LOMBARDI, S. DE ZORDO), Franco Angeli, Milano, 2013, p. 112, según el cual el término "turismo" se refiere a un viaje de placer y resulta ofensivo para las parejas que migran para obtener asistencia reproductiva en el extranjero, mientras que el término "exilio", más adecuado, denota el abandono de su propio país por razones de desacuerdo.

85 A este respecto, por ejemplo, véanse los datos del Observatorio sobre el turismo procreativo en Italia en www.osservatorioturismoprocreativo.it. SHENFIELD, F.: "Cross border reproductive care in six European countries", *Human Reproduction*, 2010, pp. 1361-1368, según el cual Italia sería el país europeo que más contribuye a aumentar las filas del turismo procreativo.

86 C. Edu, *Advisory Opinion*, 10 aprile 2019, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 757, con comentario de GRASSO, A.G.: "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale"; *Foro it.*, 2019, IV, p. 277, con nota de CASABURI, G.: "In tema di maternità surrogata e parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo".

87 Request no. P16-2018-001, en <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-6380464-8364383>.

88 Sentencias gemelas TEDH, 26 de junio de 2014, demandas n. 65941/2011 y n. 65192/2011, que han "abierto", aunque con algunas reservas, el reconocimiento del estatus de hijo de un menor nacido mediante maternidad subrogada: específicamente, no se admite la relación de filiación con la madre intencional, mientras que se reconoce la relación paterna debido al vínculo genético existente con el niño, a la luz del derecho de este último al respeto de su identidad personal. Véase CAMPIGLIO, C.: "Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1122; VESTO, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", *Fam. dir.*, 2015, n. 3, p. 306; GIUNGI, MM.: "Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità", *Quad. cost.*, 2014, p. 953; DANISI, C.: "Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione epr altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo", www.articolo29.it, 15 julio 2014.

podría representar un medio alternativo adecuado para la transcripción. Así, los jueces de Estrasburgo han considerado que la negativa a la transcripción en los registros civiles de los certificados de nacimiento de menores nacidos en otro Estado mediante maternidad subrogada⁸⁹ violaba el derecho de estos al respeto de su vida privada, que se expresa también en el derecho a la identidad personal, incluso a nivel social⁹⁰.

El Tribunal Europeo ha considerado que el rechazo a la transcripción mina la identidad de los menores y su interés superior en el reconocimiento de su estatus personal, así como el derecho a un estatus cívico preciso; aunque reconoce al Estado en cuestión (Francia) la libertad de prohibir los acuerdos de maternidad subrogada en su territorio, dejando a su discreción las decisiones relativas a la licitud de la técnica, en consideración de las complejas cuestiones éticas que esta plantea⁹¹. En consecuencia, según el Tribunal Europeo es necesario proceder a una evaluación caso por caso del equilibrio adecuado entre el interés del Estado y el de las personas involucradas, con particular referencia al interés prevalente de los menores en preservar el estatus legítimamente adquirido en el extranjero⁹².

Dentro de la Opinión Consultiva del 10 de abril de 2019, la Gran Cámara del TEDH reafirma claramente que el derecho del menor al respeto de su vida privada exige el reconocimiento por parte de los ordenamientos nacionales de la relación con la madre de intención, incluso en ausencia de vínculo genético. Sin embargo, el cumplimiento de este derecho no impone necesariamente la transcripción del acta de nacimiento, dado que la constitución de la relación filial sería conforme con la Convención incluso si se recurre a otros instrumentos, como la adopción, siempre que se garantice la rapidez y efectividad en la implementación del derecho del menor. Se deriva de esto el llamado a los ordenamientos nacionales a reconocer la relación con el progenitor de intención, incluso en ausencia de vínculo genético, aunque se excluye que el cumplimiento de este derecho implique la transcripción del acta de nacimiento⁹³. Es relevante la puntualización sobre la

89 Otro caso es el de TEDH, 21 julio 2016, *Fulon y Bouvet c. Francia*, demanda n. 9063/14, en el que la maternidad subrogada se llevó a cabo en India.

90 Cfr. MARINO, S.: "Il carattere evolutivo della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu: alcune osservazioni a margine della sentenza Pajić della Corte europea dei diritti umani", *Genlus*, 2016, I, p. 125.

91 Discrecionalidad que, según la Corte, debe ser reducida cuando se trata de relaciones que implican la identidad de los individuos.

92 PICARO, R.: "Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità, en *Diritto delle successioni e della famiglia*", *Quaderni*, n. 15, 2017, pp. 32-33.

93 Principios que poco tiempo después fueron confirmados también en sede contenciosa en una sentencia que concernía siempre a un caso de subrogación heteróloga: TEDH, 19 noviembre 2019, *C y E c. Francia*, recursos n. 1462/18 e n. 17348/18, *rivistafamiglia.it*, 4 febbraio 2020, con nota de BENANTI, C.: "La CEDU non obbliga gli Stati a riconoscere ab origine il legame di filiazione tra il bambino nato da maternità surrogata e la madre d'intenzione"; y reiterados, finalmente, también en relación con una controversia concerniente a una situación de maternidad subrogada homóloga: TEDH, 16 julio 2020, *D. c. Francia*, recurso n. 11288/18, *www.echr.coe.int*, donde los términos "heteróloga" y "homóloga" se refieren a la técnica procreativa utilizada para crear el embrión que será implantado en el útero de la madre subrogada.

tolerabilidad de la injerencia en el derecho del menor al respeto de su vida privada y familiar; resultante de la negativa a transcribir el acta de nacimiento extranjero, la cual no puede llegar al punto de impedir el reconocimiento de la parentalidad por subrogación, especificando que la relevancia del orden público no puede perjudicar el derecho a la identidad personal del niño. Y esto también se extiende al progenitor únicamente de intención.

Estos principios han sido adoptados por los órganos judiciales franceses, que habían solicitado específicamente el dictamen en cuestión, encontrando respaldo en la decisión de la *Assemblée plénière* del 4 de octubre de 2019⁹⁴, que en el caso específico identificó la transcripción del acta de nacimiento extranjero como el único instrumento compatible con la necesidad de reconocer rápidamente la relación con el progenitor de intención y de asegurar las efectivas necesidades de protección de los menores. Los jueces supremos franceses han negado la posibilidad de recurrir al instituto de la adopción, que habría requerido tiempos incompatibles con el interés del menor; estableciendo un precedente de gran interés también para el ordenamiento italiano: rechazando la tesis de que una solución diferente pudiera prevalecer en virtud de la necesidad de orden público de evitar la elusión de las normas que disponen la nulidad de cualquier acuerdo sobre una gestación por otros (16.7 y 16.9 del *code civil français*).

A pesar de la recepción puntual a nivel jurisprudencial en Francia, la actividad legislativa interna en la mayoría de los Estados europeos y en los Estados adheridos a la Convención Europea de Derechos Humanos aún parece estar demasiado lejos de captar los procesos existenciales del ser humano favorecidos por las aplicaciones científicas en constante evolución⁹⁵. Por ello, el sistema multidimensional de fuentes se muestra indispensable en la implementación de los principios de derecho gracias a las incisivas solicitudes provenientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁶, así como de la legislación comunitaria en cuanto a la transcripción de los actos de estado civil, a lo que se asocia la delicada cuestión de la circulación transnacional de estatus válidamente adquiridos en los países de la UE⁹⁷ (tema que se tratará en el último párrafo).

94 Cour de cassation, *Assemblée plénière*, 4 octobre 2019, 10-19.053, <https://www.legifrance.gouv.fr/jurilid/JURITEXT000039213459/>

95 STANZIONE, M.G.: "Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale", *comparazioneDirittocivile.it*, 2016, p.1, según la cual "es una opinión, cada vez más difundida y frecuentemente expresada, que nuestro legislador no sigue el ritmo de las necesidades que surgen de la cambiada realidad social y que exigen de manera contundente protección". Sobre el tema ver también WINTERMUTE, R.: "Marriage, adoption and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?", *Genlus*, 2014, n. 2, p. 35.

96 Cfr. LECIS COCCO ORTU, A.M.: "L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri", *Genlus*, 2014, n. 2, p. 96, en las que se presentan algunas reflexiones sobre las perspectivas futuras de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y sobre sus posibles repercusiones en algunas disciplinas nacionales.

97 Cfr. DE FELICE, R.: "Libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione degli status nell'unione europea", en AA.VV. *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in cassazione* (coord. por R. TORINO),

2. Las diversas soluciones adoptadas por Italia y España para proteger la identidad del menor. El instituto de la adopción.

En virtud de la invitación a perseguir con rapidez y efectividad la implementación del mejor interés del menor, es necesario interrogarse sobre la compatibilidad, respecto a esos criterios, de los instrumentos alternativos al reconocimiento del acto de nacimiento derivado de la maternidad subrogada realizada en otro Estado. De hecho, como hemos visto, tanto en España como en Italia, la jurisprudencia no admite la inscripción del acto de nacimiento de un menor nacido en el extranjero mediante técnicas consideradas ilícitas en el Estado interno, ni existe una ley al respecto. Necesariamente, para reconocer la relevancia de la relación entre el hijo y el progenitor no biológico, en ambos ordenamientos se requiere el acceso al instituto de la adopción.

Este instituto se regula de manera diferente en Italia y en España, y las diferencias que ahora analizaremos afectarán la consideración final de la eficacia y rapidez del instrumento para la protección del derecho del menor.

En el derecho español el artículo 10 de la Ley 14/2006 no obstante la previsión de nulidad del contrato de gestación por sustitución, en el apartado 3 añade que “queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Cabría, pues, que el padre biológico ejercitara la acción de reclamación de paternidad y que posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado por la mujer de aquel, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 c.c.⁹⁸

De hecho, el ordenamiento jurídico español permite el acceso a una adopción plena por parte del cónyuge (cualquiera que sea su sexo) del padre biológico que ha reclamado la paternidad (art. 10.3 l. 14/2006), sin la necesidad de la declaración administrativa de idoneidad (art. 176.2 c.c.); como también que pueda constituirse un acogimiento en favor de los comitentes, si existe una situación de desamparo por no ocuparse la madre gestante del hijo⁹⁹.

RomaTrePress, Roma, 2013, p. 110, según el cual “Ninguna entidad sexual puede lesionar los derechos fundamentales de la persona bajo el pretexto de aplicar su propio derecho nacional, que no es conforme con el del Estado en el que dicho derecho ha sido adquirido. Nadie puede separar los lazos familiares solo por el hecho de cruzar una línea fronteriza. No entender esto, apoyándose en una interpretación formalista de su propio derecho nacional, es, además, hipócrita, siendo preferible la expresión directa y explícita de la desaprobación por contraposición a supuestos principios éticos de tales instituciones percibidas como ajenas”. Cfr. también BARUFFI, M.C.: “Maternità surrogata ed interessi del minore”, en AA.VV.: *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero* (coord. por. A. CAGNAZZO e F. PREITE) Giuffrè, Milano, 2017, pp. 239-272.

98 Argumentan en contrario NUÑEZ BOLAÑOS, M. NICASIO JARAMILLO, I. M. y PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, 29, 2015, pp. 259-260, en favor de la disociación entre la prohibición de gestación por sustitución y la determinación de la filiación por el parto.

99 El ATS 2 febrero 2015, rec. n. 245/2012, desestimando un incidente de nulidad de actuaciones, ha considerado que la solución adoptada por la STS (Pleno) 6 febrero 2014 no es contraria a la jurisprudencia

Una vez reconocida la paternidad del cónyuge, el otro progenitor puede iniciar el proceso de adopción del hijo, con la diferencia fundamental respecto al ordenamiento italiano de que en España se permite la adopción plena. Este proceso requiere que el cónyuge demuestre tener un vínculo estable y duradero con el niño y capacidad para cuidarlo.

Además, el artículo 176.2.2 del Código Civil español establece un procedimiento simplificado que exime de la propuesta previa de la Administración, dado que el adoptado es hijo del consorte del adoptante¹⁰⁰.

En Italia, el instituto que el ordenamiento jurídico establece expresamente para permitir el reconocimiento jurídico de la relación en cuestión está previsto en el artículo 44, letra b), de la Ley n. 184/1983, según el cual se permite la adopción por parte del cónyuge del progenitor del menor.

La previsión, formulada pensando en el caso de la viudedad del progenitor biológico, sin embargo, es difícil que se ajuste de manera específica a este tipo de relación parental. Desde el punto de vista de las "tipologías" de progenitor denominado "social" al que este instrumento está accesible, el artículo 44, letra b), de la Ley n. 184/1983, abre el instituto solo al cónyuge del progenitor; mientras que, en la práctica, el adoptante podría ser su conviviente e incluso la persona unida civilmente con él.

Como es bien conocido, la regulación de la materia no se limita a la letra b) del artículo 44 de la ley n. 184/1983, ya que la jurisprudencia ha abierto nuevas

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha condenado a Francia por no permitir la inscripción en el Registro civil francés de hijos nacidos en Estados Unidos mediante gestación por sustitución con gametos del varón integrante de la pareja heterosexual comitente (de refiere a las SSTEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia* (rec. n. 65192/2011), y *Labassee c. Francia* (rec. n. 65941/2011)). Observa el TS que la condena al país galo se fundamenta en la "absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no solamente por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna (lo que el Tribunal de Estrasburgo considera injustificable), la filiación derivada de la posesión de estado, o la filiación por adopción por parte de los comitentes", "lo que supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio" de Roma (que consagra el derecho al respecto de la vida familiar, del que forma parte del derecho a la identidad). El Tribunal de Estrasburgo añade: "no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el País en el que normalmente van a vivir (...). En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el menor".

100 El artículo 176 c.c. prevé que "la adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad", y que "para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad". Sin embargo, esta declaración de idoneidad no se requerirá cuando en el adoptando concurra algunas de las circunstancias enumeradas en la disposición, entre las cuales "ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal".

posibilidades cada vez que se ha constatado la imposibilidad de alcanzar un acuerdo preadoptivo, gracias a lo dispuesto en la letra d) del mismo artículo. Es indudable que el legislador de 1983 tenía en mente solo las imposibilidades de hecho para ser adoptado por adopción plena, como en los casos de los menores llamados “grandes” o con dificultades características particulares¹⁰¹. Sin embargo, más tarde se ha consolidado una interpretación extensiva de la disposición que ha llegado a considerar incluidas las hipótesis de imposibilidad jurídica de acuerdo preadoptivo, en los cuales no se cumplen los requisitos para la adopción legitimante, ni tampoco los requisitos establecidos específicamente por las letras a), b) y c) para la adopción en casos especiales. Así, se ha permitido la adopción incluso en casos distintos de los de la pareja de cónyuges.

Sin embargo, dado que la disposición nació con una finalidad distinta, se han encontrado ciertos defectos en algunos casos: la letra d) al hablar de “imposibilidad de acuerdo preadoptivo”, remite a una declaración de adoptabilidad o, al menos, a una situación de abandono, requisitos que no caracterizan esta hipótesis específica. Además, el artículo 44 de la Ley n. 184/1983 fue concebido como un listado de hipótesis típicas, y la letra d) formaba parte de este enfoque inicial. Por ello, su interpretación evolutiva y extensiva encuentra resistencia cuando, en esencia, se aplica de manera analógica a una disposición excepcional.

Finalmente, han surgido algunas críticas con respecto al artículo 48 de la ley n. 184/1983, también formulado cuando la única adopción coparental permitida era la del cónyuge del progenitor, que establece que “si el menor es adoptado (...) por el cónyuge de uno de los progenitores, la responsabilidad parental sobre el adoptado y su ejercicio corresponde a ambos”, dejando lugar a interpretaciones restrictivas que excluyen al conviviente o al unido civilmente del ejercicio de la responsabilidad parental¹⁰².

En 2016, la Corte Suprema adoptó definitivamente la lectura extensiva de la letra d) y se expresó a favor de la adopción coparental por parte del conviviente, incluso si es homosexual¹⁰³. Por lo tanto, además del cónyuge del progenitor biológico (antigua letra b, artículo 44), la adopción también es permitida para su conviviente (según la letra d), o la persona unida civilmente (según el párrafo 20, ley n. 76/2016 y letra d, artículo 44, ley n. 184/1983). Sin embargo, persisten ciertas incertidumbres derivadas de la intervención exclusivamente jurisprudencial, lo que afecta a los hijos y progenitores de hecho, quienes nunca están seguros de los posibles resultados de una solicitud de adopción.

101 En los trabajos preparatorios de la ley n. 184/1983 se lee que “la letra c (ahora letra d) se refiere a la constatada imposibilidad de una acogida preadoptiva del menor declarado adoptable”, como en el caso de los menores “más grandes o con discapacidad que no se pueden poner en acogida preadoptiva”.

102 CINQUE, M.: “Quale statuto per il genitore sociale?”, *Rivista dir. civ.*, n. 6, 2017, p. 1475.

103 Cass., 22 junio 2016, n. 12962, www.articolo29.it.

Por lo tanto, sigue siendo necesario una intervención legislativa, que debería involucrar al menos la letra b) del artículo 44 y el párrafo 1 del artículo 48. En el primer caso, la adopción coparental según la letra b) debería extenderse expresamente a la persona unida civilmente y al conviviente del progenitor; y, según una doctrina autorizada, incluso a una convivencia terminada, dado que la disciplina de los consentimientos y la verificación del interés concreto del menor en la adopción serían garantías suficientes (cfr. artículos 46 y 57 de la Ley n. 184/1983). En el segundo caso, el artículo 48, párrafo 1, debería reformarse en consecuencia, previendo el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, incluso cuando el adoptante no sea el cónyuge, sino la pareja del progenitor o la persona unida civilmente con él¹⁰⁴.

Sin embargo, persisten dudas sobre la “efectividad” y “celeridad” – para decirlo según los criterios solicitados por el Tribunal de Estrasburgo – de la herramienta en cuestión, que la ley deja sin resolver. En particular, con respecto al consentimiento mencionado en el artículo 46 de la Ley adoptiva italiana, requerido al progenitor biológico en el caso de un proyecto compartido de parentalidad, para que su pareja pueda proceder con la adopción del hijo, este podría ser difícil de obtener en caso de que la pareja atraviese una crisis durante el proceso de solicitud de adopción. Además, en lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental, parte de la doctrina observa que la adopción en casos particulares “prevé demasiado poco”¹⁰⁵, en el sentido de no implicar reciprocidad en los derechos sucesorios entre adoptante y adoptado y, salvo por la interpretación de la Corte Constitucional en la sentencia n. 79/2022, no reconoce los lazos jurídicamente relevantes con los parientes del adoptante.

Estas lagunas son bien conocidas por la jurisprudencia interna del ordenamiento italiano, especialmente por el Tribunal Constitucional que, a través de la ya citada sentencia n. 33/2021, invitando al legislador a regular lo antes posible el reconocimiento por parte del progenitor intencional de los hijos nacidos mediante procreación heteróloga médicamente asistida en parejas del mismo sexo, destacó “la insuficiencia del recurso a la adopción en casos particulares, tal como está actualmente regulado”, justamente en relación con la situación descrita.

A partir de lo expuesto, se puede concluir que, sin perjuicio de la discrecionalidad del legislador en la regulación de las técnicas de reproducción artificial, la protección del *best interest of the child* debe asegurarse mediante la

104 CINQUE, M.: “Quale statuto per il genitore sociale?”, cit., p. 1475.

105 Por ejemplo, FINOCCHIARO, M.: “Scatta la parentela tra figlio e congiunti del genitore”, *Guida al dir.*, 2013, n. 5, p. 61; LENTI, L.: “La sedicente riforma della filiazione”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 202. Para los argumentos contrarios, se remite a SESTA, M.: “Stato unico di filiazione e diritto ereditario”, *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 14; CINQUE, M.: “Profili successori nella riforma della filiazione”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 663.

previsión de un instituto que permita al menor crecer dentro de su propia familia, reconocida como tal por la Ley del Estado en el que reside. Así, por un lado, el ordenamiento español parece garantizar los criterios de efectividad y celeridad, en consonancia con el interés del menor, con el instituto de la adopción plena (art. 175 c.c.: La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante deberá tener, al menos, catorce años más que el adoptado), al cual pueden acceder todas las parejas, siempre que estén casadas (en España, como se ha visto, está previsto el matrimonio igualitario también para las parejas homosexuales). Por otro lado, el ordenamiento italiano establecería límites para la adopción del nacido mediante técnicas artificiales, remitiendo la regulación del caso al instituto de la adopción en casos particulares, que evidentemente se diferencia de la adopción plena. Además, como se ha señalado anteriormente, omite regular los aspectos relacionados con el consentimiento de la pareja en caso de crisis de la pareja y sobre la integridad del reconocimiento de la relación en cuanto a los derechos sucesorios, impidiendo así la plena efectividad de la protección de la identidad del menor.

IV. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO SOBRE EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE LA PARENTALIDAD Y EL CERTIFICADO ÚNICO DE FILIACIÓN.

A la luz de lo expuesto hasta ahora, y dada la diversidad de enfoques en la normativa sobre filiación en los distintos Estados, parece de gran relevancia el intento, a nivel europeo, de crear normas uniformes para ofrecer una respuesta común al fenómeno de la circulación de los estatus familiares, con el fin de evitar la aparición de situaciones jurídicas inestables, así como formas de discriminación entre menores.

En esta dirección va, de hecho, la iniciativa de la Comisión Europea para la elaboración de una propuesta de reglamento europeo, cuyo objetivo es garantizar el reconocimiento mutuo de la parentalidad entre los Estados miembros¹⁰⁶. A este respecto, se ha nombrado un grupo de expertos con el objetivo de asistir a la Comisión en esta delicada misión¹⁰⁷.

La iniciativa mencionada se encuadra en el marco de la "Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025", que prevé, en el párrafo 3.2, la adopción de acciones específicas destinadas a mejorar la protección jurídica de las

¹⁰⁶ Consulte el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12878-Situazioni-familiari-transfrontaliere-riconoscimento-della-genitorialita_it.

¹⁰⁷ En el siguiente enlace se puede encontrar el registro de los grupos de expertos de la Comisión y de otras entidades similares: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expertgroups/consult?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3765>.

familias LGBTIQ en situaciones transfronterizas, a la luz del principio de “quien es padre en un país, es padre en todos los países”¹⁰⁸.

El Parlamento Europeo votó sobre la propuesta de reglamento presentada por la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2022, en lo relativo al reconocimiento transfronterizo de las sentencias y los actos públicos en materia de relaciones de filiación. La propuesta, con una serie de enmiendas, fue aprobada con 366 votos a favor, 145 en contra y 23 abstenciones. El texto de la propuesta de reglamento deberá ser ahora transmitido al Consejo de la Unión Europea para su ulterior aprobación.

En particular, la materia de la propuesta de reglamento, publicada el 7 de diciembre de 2022, tiene como objetivo la filiación¹⁰⁹ en los casos transfronterizos¹¹⁰, con el fin de determinar reglas uniformes en materia de jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento de decisiones, así como la aceptación de actos públicos en este ámbito y la creación del certificado europeo de filiación.

La propuesta tiene como objetivo facilitar en un Estado miembro el reconocimiento de la filiación reconocida en otro Estado miembro, “independientemente de la manera en que el hijo haya sido concebido o nacido y del tipo de familia de la que proviene” o de su ciudadanía y la de sus padres¹¹¹. La

108 La comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones con motivo de la “Unión de la igualdad: estrategia para la igualdad LGBTIQ 2020-2025”, de fecha 12 de noviembre de 2020, COM(2020)698 final, se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0698&from=EN>.

109 Propuesta de reglamento del Consejo relativo a la competencia, a la ley aplicable y al reconocimiento de las decisiones y a la aceptación de los actos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado europeo de filiación, 7 de diciembre de 2022, COM (2022) 695 final, disponible en el sitio web <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0695&from=EN>. En la propuesta, por filiación, o paternidad, se entiende la relación jurídica que existe por ley entre los padres y los hijos, incluido el estatus jurídico de hijo de “uno o más padres específicos” (art. 4, n. 1; considerando 24 para las diversas figuras parentales contempladas en la propuesta). A pesar de las diferencias legislativas a nivel nacional, normalmente la filiación se establece por virtud de la ley (por ejemplo, filiación por nacimiento para la madre biológica y por presunción legal para su cónyuge o pareja registrada) o mediante un acto de una autoridad competente, es decir, una decisión judicial con respecto, a modo de ejemplo, a la adopción o a la acción de impugnación o reclamación de filiación, o un acto notarial, siempre en caso de adopción, o una decisión administrativa o, finalmente, un registro (considerando 34). De acuerdo con el art. 4, n. 3, por “determinación de filiación” se entiende “la determinación por ley de la relación entre el hijo y cada uno de los padres, incluida la determinación de la filiación a raíz de una acción de impugnación de una filiación ya determinada”.

110 Informe de la Comisión sobre la propuesta de reglamento, punto 1.1, así como el considerando 21. Por lo tanto, deberían quedar excluidas del ámbito de aplicación de la propuesta las situaciones nacionales denominadas “puramente internas”, es decir, aquellas que carecen de elementos de transnacionalidad. Sin embargo, con el fin de evitar discriminaciones en la protección de los derechos de los hijos, las normas sobre el reconocimiento o la aceptación de las decisiones judiciales y de los actos públicos de filiación, al igual que las relativas al certificado y al certificado europeo de filiación, deberían aplicarse también a las filiaciones determinadas en un Estado miembro en situaciones nacionales, por ejemplo, tras una adopción, tanto plena como simple, nacional, en la cual tanto el hijo como el/los padre/s adoptivo/s residen habitualmente en el mismo Estado miembro, creando así una relación permanente (considerando 25-26). Sin embargo, no se incluye en este ámbito la adopción internacional en la que las personas involucradas tienen su residencia habitual en diferentes Estados (considerando 27).

111 Informe de la Comisión sobre la propuesta citada, punto 1.3 y punto 5.12, así como el considerando 24 de la propuesta, donde se especifica que se puede tratar de cualquier tipo de filiación: biológica, genética, por

iniciativa de la Comisión Europea busca armonizar las normas nacionales relativas a los procedimientos de reconocimiento de la relación de filiación, con el fin de garantizar el respeto de los derechos de los menores involucrados en todos los Estados miembros, en particular los derechos relacionados con la educación, atención sanitaria, custodia y sucesión.

En el considerando 2 se reafirma que: “todos los Estados miembros deben actuar en el interés superior del menor; también a través de la protección del derecho fundamental de cada menor a la vida familiar y la prohibición de discriminar a un hijo por el estado civil o la orientación sexual de los padres o la manera en que fue concebido”. El interés supremo del menor se persigue asegurando que “en una situación transfronteriza, un hijo no pierda los derechos derivados de la filiación reconocida en un Estado miembro”, lo que hoy ocurre a raíz de las disposiciones nacionales divergentes en materia de parentalidad.

Además del interés del menor, el reglamento propuesto también tiene como objetivo proteger las diversas formas de parentalidad y el derecho de las familias “a obtener el reconocimiento total de la filiación dentro de la Unión” (considerando 11), y también menciona, en el considerando 11-bis, la necesidad de proporcionar protección a las “familias arcoíris (o LGBTQ+)”.

Reafirmando la competencia de los Estados miembros en el tema, el considerando 18 establece que “este reglamento no puede interpretarse como una obligación para un Estado miembro de modificar sus normas sustantivas en materia de derecho de familia para aceptar la práctica de la maternidad subrogada”. Sin embargo, el considerando 14 enmendado impide que los Estados miembros se nieguen a reconocer el estatus de filiación por considerarlo incompatible con la identidad o el orden público nacional: “es fundamental que los Estados miembros tomen medidas para garantizar que este reglamento se implemente correctamente, no se recurra al orden público para eludir las obligaciones establecidas por este reglamento y que el reglamento se interprete de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Además, el reglamento prevé la introducción del certificado europeo de filiación, “para que el reconocimiento de la filiación reconocida en un Estado miembro sea rápido, fácil y eficaz”, y con el fin de “reducir la burocracia y mejorar el acceso a la libre circulación dentro de la Unión como herramienta para promover la igualdad” (considerando 76)¹¹².

adopción o por disposición de la ley, y, por lo tanto, también en los casos de uso de las diversas técnicas de procreación médicamente asistida (PMA), cada vez más extendidas gracias al avance científico, entre las cuales se incluye la gestación por sustitución.

112 Para un estudio completo sobre la estructura de la propuesta, se remite a BARUFFI, M.C.: “La proposta di Regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione”, *Fam. dir.*, 6, 2023, p. 511.

Sin embargo, en los ordenamientos internos, la iniciativa de la Comisión ha suscitado fuertes reacciones¹¹³, incluso a nivel institucional, considerándose contraria a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹¹⁴. Entre los principales argumentos esgrimidos por los Estados miembros en defensa de su propia autonomía¹¹⁵, se encuentra la crítica a la UE por pretender de regular los aspectos transfronterizos de la filiación mediante la propuesta de Reglamento de parentalidad escondiendo el intento de armonizar parcialmente el Derecho de familia e interfiriendo en las competencias exclusivas de los Estados. A juicio de los Estados, la adopción del Reglamento de Parentalidad supondría la introducción de la obligación de reconocer los certificados de nacimiento emitidos por terceros países en los que se establezca también la filiación de un niño por gestación subrogada, excediendo los límites del principio de confianza mutua, basado en el respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros (artículo 67 TFUE) y violando los valores de la UE, proclamados en el artículo 2 del TUE, en particular el respeto de la dignidad humana, y de los derechos humanos reconocidos en la CDFUE, específicamente,

-
- 113 Por ejemplo, se presenta la posición expresada por el Senado francés en el dictamen motivado del 22 de marzo de 2023 (disponible en el sitio web <https://www.senat.fr/leg/tas22-084.html>). En él, se destaca la insuficiencia de la evaluación de impacto presentada por la Comisión, ya que, al no estar acompañada de un estudio comparativo de las legislaciones de los veintisiete Estados miembros, no permitiría apreciar las diferentes legislaciones nacionales ni evaluar las dificultades invocadas por la Comisión para respaldar la propuesta (Senado francés, dictamen motivado, puntos 17 y ss.). En segundo lugar (ibid., puntos 22 y ss.), se aborda correctamente el tema del respeto a las competencias nacionales y el riesgo consecuente, derivado de la adopción de tal acto normativo, de una ampliación de las competencias de la Unión, además de cuestionarse el uso del instrumento del reglamento, que resultaría en la imposición de un reconocimiento mutuo automático de las filiaciones verificadas en cada Estado miembro, sin el adecuado respeto a las tradiciones constitucionales y la identidad nacional conforme al artículo 4, párrafo 2, TUE. Además, según el Senado francés, la Comisión, con la propuesta, también habría ido más allá de lo solicitado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en el caso del uso de la gestación por sustitución, no obliga a los Estados al reconocimiento automático de la relación de filiación con el progenitor de intención, pudiendo, en su lugar, utilizarse la adopción, lo que podría poner en peligro el delicado equilibrio alcanzado en el país gracias al control que el juez francés ejerce caso por caso en tales situaciones. La propuesta no respetaría, además, otros derechos fundamentales protegidos por la Carta de la UE, al igual que el derecho a no ser discriminado conforme al artículo 21, tales como la inviolabilidad de la dignidad humana, prevista en el artículo 1, la prohibición de hacer del cuerpo humano una fuente de lucro (artículo 3, párrafo 2, letra c) y el derecho de los menores a conocer a sus progenitores y sus orígenes, conforme al artículo 24 (ibid., puntos 34 y ss.). Finalmente, se cuestiona la delegación a la Comisión para adoptar actos que modifiquen el modelo uniforme del certificado europeo de filiación, establecido en el Anexo V, que escaparía al control de los parlamentos nacionales.
- 114 De acuerdo con el protocolo n. 1, anexo a los tratados de la UE, los parlamentos nacionales están asociados a la actividad normativa de la Unión Europea mediante el envío por parte de la Comisión de las propuestas de actos legislativos, con el fin de permitirles expresar, en un plazo de ocho semanas, un dictamen motivado sobre la conformidad de la propuesta con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (arts. 1-4), tal como se regula de manera detallada en el posterior protocolo n. 2.
- 115 Por ejemplo, el 14 de marzo de 2023, la Comisión italiana de Políticas de la Unión Europea del Senado se pronunció, según el artículo 144, apartados 1 bis y 6 del reglamento interno del Senado, con un dictamen motivado. En esta resolución, aprobada por la IV Comisión Permanente, se destaca la no conformidad de la propuesta europea con el principio de subsidiariedad, aunque se comparte el objetivo de reforzar la protección de los derechos de los hijos en situaciones transfronterizas. Para un análisis crítico de la posición de la IV Comisión Permanente del Senado y sus posibles consecuencias sobre el procedimiento para la aprobación de la propuesta, véase BIAGIONI, G.: "Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione", *SIDBlog*, 3 abril 2023, disponible en <http://www.sidblog.org/2023/04/03/malintesi-e-sottintesi-rispetto-alla-proposta-di-regolamento-ue-in-tema-difiliazione>. Para más detalles, véase el sitio web del Senado https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=19&id=1372280&part=doc_dc, donde también se encuentran las audiencias realizadas.

los derechos de la mujer y el niño, reconocidos en diversos instrumentos internacionales, que forman parte de los principios generales del Derecho de la UE, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.¹¹⁶

Las críticas a la propuesta denotan un cierre total y sin ningún margen de apertura hacia el fondo de las cuestiones, orientándose más hacia hacer valer la posibilidad de utilizar de manera indistinta la cláusula del orden público para oponerse a la “pretensión” de armonización europea, en lugar de reflexionar sobre una falta de compromiso en la protección de los derechos de los menores, considerados una prioridad a proteger en nombre de su superior interés. Este último, a pesar de la conciencia de que no puede confundirse con el “interés” de los padres intencionales en el reconocimiento del estatus del menor, corre el riesgo, por un lado, de adquirir una connotación “tiránica”¹¹⁷ respecto a la necesidad de poner límites al mero deseo de paternidad; y, por otro lado, su lectura “individualista”, en ausencia de un enfoque integrado, en diálogo con el interés de los padres, conduciría a una protección parcial e incompleta del mismo¹¹⁸.

En conclusión, una vez más emerge cómo las decisiones tomadas por los Estados impactan significativamente en la elección de un sujeto de trasladarse de un país a otro, debido a la incertidumbre impuesta por el reconocimiento en el Estado de destino de los derechos y estatus que él mismo o sus hijos poseen en el Estado de origen. La pertenencia a la Unión y la necesidad de respetar sus principios fundamentales establecidos en el artículo 2 TUE hacen sentir aún más fuerte la necesidad de reconocer los estatus constituidos en el extranjero, especialmente si dicho reconocimiento se convierte en una condición para el ejercicio efectivo de los derechos relacionados con la ciudadanía europea¹¹⁹. Sin embargo, la presencia de normativas nacionales extremadamente diversas genera un fenómeno de competencia entre los ordenamientos o, mejor dicho, una competencia normativa, que lleva a la afirmación de su propio modelo normativo solo porque se considera el más adecuado para la construcción de un derecho al servicio de la persona o, más probablemente, para la defensa del orden público nacional.

116 OCHOA RUIZ, N. M.: “La propuesta de reglamento sobre el reconocimiento de la parentalidad: ¿un intento de reconocer la gestación subrogada en la unión europea?”, *Cuadernos de Bioética*, 2024, pp. 157-167.

117 Reafirmado también por la Corte de Casación, SS. UU., 30 de diciembre de 2022, n. 38162, cit., la cual pone de manifiesto una contradicción interna en el siguiente supuesto: “si la adopción en casos particulares, gracias a la evaluación concreta del interés del menor, permite hacer irrelevantes las modalidades en las que este último ha nacido, todas las consideraciones sobre el carácter no tiránico del interés del mismo, sobre la necesidad de poner límites al deseo de paternidad (...) no tienen ninguna relevancia, ya que, al final, en sede adoptiva, el único dato relevante será otro, es decir, precisamente el interés del menor”.

118 SENIGAGLIA, R.: “Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia”, cit., *passim*.

119 Consúltense CHIAPPETTA, G.: “Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia”, *La cittadinanza europea*, 2020, p. 105. En cuanto al fenómeno del *forum shopping*, véase BARUFFI, M.C.: “La maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno”, *La cittadinanza europea*, 2021, p. 230.

De este modo, surge nuevamente la pregunta de si la elección de dejar todo a la legitimación de los legisladores nacionales es realmente la mejor alternativa, y si no se corre el riesgo de una “multinormación” desconectada y nacionalista sobre temas extremadamente delicados relacionados con los derechos fundamentales de la persona¹²⁰.

¹²⁰ La confirmación del riesgo, en este momento histórico, de una tendencia hacia normativas de carácter nacionalista se materializa con la aprobación por el Senado italiano, el 16 de octubre de 2024, del proyecto de ley n. 824, que modifica el artículo 12 de la ley 19 de febrero de 2004, n. 40, en lo relativo a la perseguibilidad del delito de gestación por sustitución cometido en el extranjero por un ciudadano italiano. Esta modifica extiende las sanciones ya previstas por quien practica la gestación por sustitución dentro del territorio del Estado también a quienes hayan acudido al extranjero para practicar la maternidad subrogada, mediante la introducción del denominado “delito universal”, a pesar de que esta práctica se considera ilegal y está penada con prisión de tres meses a dos años y una multa de 600,000 a un millón de euros por el artículo 12 de la Ley n. 40/2004. El hecho de haber convertido la gestación por sustitución en un “delito universal” es una decisión principalmente identitaria, pensada por su valor simbólico, que plantea varios problemas desde el punto de vista jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMS, R.: "Nepal bans surrogacy, leaving couples with few low-cost options", *New York Times*, 2 maggio 2016.

ACIERNO, M.: "La Corte costituzionale minaccia un cambio di passo sull'omogenitorialità", *Quest. giust. online*, 2021.

ALGHRANI A., GRIFFITHS, D.: "The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform", *Child and Family Law Quarterly*, vol. 29, n. 2, 2017, p. 181.

ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: "Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de los hijos nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10 bis, 2019, pp. 64-85.

AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, ed. 7, 2024, Giappichelli, Torino, p. 342 y p. 349.

ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J.: "La maternidad subrogada en el Derecho comparado", *Cuadernos de Dereito Actual*, 6, 2017, pp. 313-344.

BARBA, V.: "Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore", en AA.VV.: *Diritto civile minorile* (coord. por A. CORDIANO, R. SENIGAGLIA), ESI, Napoli, 2022, p. 125.

BARBA, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione", *Genlus*, n. 2, 2019.

BARENGHI, A.: Procreazione assistita e tutela della persona, Atti del convegno di Roma, 30 maggio 2010, *Quaderni, Riv. dir. civ.*, Cedam, Padova, 2011.

BARUFFI, M.C.: "Maternità surrogate ed interessi del minore", en AA.VV.: *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero* (coord. por. A. CAGNAZZO e F. PREITE) Giuffrè, Milano, 2017, pp. 239-272.

BARUFFI, M.C.: "La maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno", *La cittadinanza europea*, 2021, p. 230.

BARUFFI, M.C.: "La proposta di Regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione", *Fam. dir.*, 6, 2023, p. 511.

BENANTI, C.: "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1235.

BENANTI, C.: "La CEDU non obbliga gli Stati a riconoscere ab origine il legame di filiazione tra il bambino nato da maternità surrogata e la madre d'intenzione", *rivistafamilia.it*, 4 febbraio 2020.

BIAGIONI, G.: "Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione", *SIDIBlog*, 3 abril 2023.

BIANCA, M.: *Diritto civile, vol. II, La famiglia*, 5, Giuffrè, Milano, 2014, p. 359.

BIANCA, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?", *Familia*, 2019, p. 345.

BILOTTA, F.: "La maternità surrogata", in AA.VV.: *Diritti della personalità e biotecnologie* (coord. por A. LIBERATI, F. BILOTTA), Melissa ed., Roma, 1999, p. 99.

BUGETTI, M.N.: "L'unicità dello stato di filiazione (anche per i figli nati da p.m.a. erroneamente praticata)", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1426.

BUSNELLI, F.D.: "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", in AA.VV.: *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare, Atti del Convegno di Studi di Copanello, 28-29 settembre 2001* (coord. por M.F. TOMMASINI), Giappichelli, Torino, 2003, pp. 33-58.

BUSTOS PUECHE, J. E.: "El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas", *Diario La Ley*, ed. La Ley, 1992.

CAMPIGLIO, C.: "Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1122.

CASABURI, G.: "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata", *Foro.it*, 2014, n. 12, p. 3408.

CASABURI, G.: "In tema di maternità surrogata e parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Foro it.*, 2019, IV, p. 277.

CASTRONOVO, C.: *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 78.

CHECCHINI, B.: "L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte costituzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2021, p. 616.

CHIAPPETTA, G.: "Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia", *La cittadinanza europea*, 2020, p. 105.

CHIRICALLO, N.: "Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "non liquet" della Consulta", *Familia*, 2021, n. 3, p. 421.

CIANCI, A.G.: "La liceità delle tecniche di procreazione assistita e dei negozi per la sua realizzazione", *Familia*, 2002, n. 1, pp. 89-125.

CINQUE, M.: "Profili successori nella riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 663.

CINQUE, M.: "Quale statuto per il genitore sociale?", *Rivista dir. civ.*, n. 6, 2017, p. 1475.

CINQUE, M.: "Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5, 2022, p. 1013.

CIRAULO, C.: "Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità", *iuscivile.it*, 2014, n.12, p. 485.

CORRAL GARCÍA, E.: "El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 38, 2013, pp. 48-49.

CORTI, I. *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 88.

DANISI, C.: "Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione epr altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo", *www.articolo29.it*, 15 julio 2014.

DE FELICE, R.: "Libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione degli status nell'unione europea", en AA.VV.: *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in cassazione* (coord. por R. TORINO), RomaTrePress, Roma, 2013, p. 110.

DE TOLEDO QUINTANA, A.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, n. 2, p. 39.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "A propósito de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial* (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y coord. por P. CHAPARROS MATAMOROS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 582.

DI ROSA, G.: "Forme familiari e modello matrimoniale tra disciplina interna e normativa comunitaria", *Europa e Diritto Privato*, 2009, p. 755.

DOGLIOTTI, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", *Fam. dir.*, 2019, p. 653.

DOGLIOTTI, M.: "Maternità surrogata e "riforma" dell'adozione "piena". Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale?", *Fam. dir.*, 2023, p. 408.

FEDERICO, A.: "La maternità surrogata ritorna alle Sezioni Unite", *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, p. 1055.

FERRANDO, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Corr. giur.*, 2017, p. 181.

FERRANDO, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Giust. it.*, 2020, p. 1623.

FERRANDO, G.: "Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021", *giustiziainsieme.it*, 2021.

FERRANDO, G.: "Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2, 2023, p. 377.

FERRARI, D.: "Lo statuto giuridico dell'omogenitorialità in Italia e in Europa", *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 119.

FINOCCHIARO, M.: "Scatta la parentela tra figlio e congiunti del genitore", *Guida al dir.*, 2013, n. 5, p. 61.

GALGANO, F.: "La giurisprudenza nella società post-industriale", *Contr. impr.*, 1989, p. 363.

GARCÍA ABURUZA, M. P.: "A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, p. 8.

GIACOBBE, G.: "Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano", *Riv. dir. civ.*, 2006, n. 1, p. 486.

GIUNCHEDI, D.: "Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità", *Corr. giur.*, 2019.

GIUNGI, MM.: "Menesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità", *Quad. cost.*, 2014, p. 953.

GRASSO, A.G.: "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 757.

GRASSO, A.G.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 24.

GRAZIANI C.A., CORTI I.: *Verso nuove forme di maternità?*, Giuffrè, Milano, 2002.

INGAREDA GONZÁLEZ, N.: "La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por substitucion en España", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 21, 2015, pp. 6-7.

JACKSON, E.: *UK law and international commercial surrogacy: "the very antithesis of sensible"*, *Journal of medical law and ethics*, 2016, n. 4, p. 197.

LECIS COCCO ORTU, A.M.: "L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri", *Genlus*, 2014, n. 2, p. 96.

LENTI, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 202.

LUCCIOLI, G.: "Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata", *www.articolo29.it*, 23 maggio 2020.

MARELLA, M.: "Dentro o fuori la famiglia", in MARELLA M.R., MARINI G.: *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 90.

MARINO, S.: "Il carattere evolutivo della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu: alcune osservazioni a margine della sentenza Pajić della Corte europea dei diritti umani", *Genlus*, 2016, I, p. 125.

MONTÈS PENADÈS, V.: "La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 7, Tirant lo Blanch, 2003, p. 5.

MORACE PINELLI, A.: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale in attesa del legislatore", *Famiglia*, 2021, n. 3, p. 391.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10 bis, 2019, pp. 722-735.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: "El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la

mujer gestante”, *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (dir. por Y. BUSTOS MORENO, V. MÚRTULA LAFUENTE), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 370-372.

NICOLUSSI, A.: “La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica”, en AA.VV.: *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido* (coord. por E. SCABINI, G. ROSSI), Vita e pensiero-Pubblicazioni dell’Università Cattolica, Milano, 2014, p. 7.

NICOLUSSI, A.: “Famiglia e biodiritto civile”, *Europa e dir. priv.*, 2019, p. 736.

NÚÑEZ BOLAÑOS, M. NICASIO JARAMILLO, M. I. PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 29, 2015, p. 259.

OCHOA RUIZ, N. M.: “La propuesta de reglamento sobre el reconocimiento de la parentalidad: ¿un intento de reconocer la gestación subrogada en la unión europea?”, *Cuadernos de Bioética*, 2024, pp. 157-167.

OPPO, G.: “Procreazione assistita e sorte del nascituro”, *Riv. dir. civ.*, 2005, n. 1, p. 105.

PALAZZO, A.: “La filiazione”, en A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuado por P. SCHLESINGER (dirigido por), *Trattato di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 562.

PATTI, S.: “La procreazione per conto di altri: problemi e prospettive”, *Familia*, 2022, p. 795.

PATTI, S.: “Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta”, *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2023, p. 613.

PELISSERO, M.: “Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei deputati”, *Sistema penale*, 2021, p. 2.

PERLINGIERI, P.: “Autonomia privata e diritti di crédito”, en AA.VV.: *Confini attuali dell’autonomia privata* (coord. por A. BELVEDERE, C. GRANELLI), Cedam, Padova, 2001, p. 93.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, vol. II, ESI, Napoli, 2006, p. 923.

PERLINGIERI, G.: “Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte costituzionale”, *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 740.

PICARO, R.: "Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità, en Diritto delle successioni e della famiglia", *Quaderni*, n. 15, 2017, pp. 32-33.

PIGA, A.: "Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo", en AA.VV.: *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide. Generi, tecnologie ed uguaglianze* (coord. por L. LOMBARDI, S. DE ZORDO), Franco Angeli, Milano, 2013, p. 112.

PIUSSI, A.M.: "La maternità tra realtà e desiderio", en AA.VV.: *Crisi della natalità e nuovi modelli riproduttivi* (coord. por P. DI NICOLA, M.G. LANDUZZI), Franco Angeli, Milano, 2012, p. 33.

RECINTO, G.: *Le genitorialità, Dai genitori ai figli e ritorno*, ESI, Napoli, 2016, p. 96.

RECINTO, G.: "Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità", *Fam. dir.*, 2023, p. 408.

RENDA, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 67.

RENDA, A.: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore", *Corr. giur.*, 2015, p. 471.

ROMÁN MAESTRE, B.: "Gestión por sustitución: cuestiones de legitimidad", *Folia Humanística*, 2018, n. 8, pp. 24-41.

ROMEO CASABONA, C.M.: "Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?", *Folia Humanística*, 2018, n. 8, pp. 1-23.

SALANITRO, U.: "Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 557.

SALANITRO, U.: "Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?", *Giur. it.*, 2022, p. 1825.

SALVI, G.: "Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero", *Giur. it.*, 2020, p. 1623.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: "Gestión por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española", *InDret*, 2018, n. 4, pp. 1-45.

SEGNI, M.: "Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 2, p. 708.

SENIGAGLIA, R.: Status filiationis e *dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, Napoli, 2013, p. 19.

SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Europa e Dir. priv.*, n. 3, 2017, p. 952.

SENIGAGLIA, R.: "Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022", *Nuove leggi civ. comm.*, n. 5, 2022, p. 1333.

SESTA, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 14.

SHENFIELD, F.: "Cross border reproductive care in six European countries", *Human Reproduction*, 2010, pp. 1361-1368.

SONELLI, S.: "L'interesse superiore del minore. Ulteriori tessere per la ricostruzione di una nozione poliédrica", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1389.

SPADAFORA, A.: "Irriducibilità del totalitarismo *minoricentrico*?", *Fam. dir.*, 2023, p. 408.

STANZIONE, M.G.: "Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale", *comparazioneDirittocivile.it*, 2016, p.1.

STASI, A.: "Protection for children born through assisted reproductive technologies act, B.E. 2558: the changing profile of surrogacy in Thailand", *Clinical medicine insights-reproductive health*, 2017, n. 11, p. 1.

TIMMS, O.: "Ending commercial surrogacy in India: significance of the surrogacy (Regulation) bill, 2016", *Indian Journal of Medical Ethics*, 2018, vol. III, n. 2, p. 99.

TORIELLO, F.: *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 7.

VALONGO, A.: "La c.d. *filiazione omogenitoriale* al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione", *Giur. it.*, 2020, p. 543.

VEGETTI FINZI, S.: *Volere un figlio. La nuova maternità tra natura e scienza*, Mondadori, Milano, 1997, p. 172.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España", *Diario La Ley*, n. 7621, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho", *Diario La Ley*, n. 8055, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "El interés superior del menor como fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, n. 8162, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución", *Diario La Ley*, n. 9056, 2017.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Diario La Ley*, n. 9453, 2019.

VENUTI, M.C.: "Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri", *Genlus*, n. 2, 2019.

VENUTI, M.C.: *Gestazione per altri e status del nato, Dove va il diritto di famiglia? Spunti di politica del diritto*, Università de Padova 8 de abril de 2022.

VENUTI, M.C.: *Gestazione per altri, genitorialità intenzionale, diritti del nato, Convegno internazionale sulle nuove frontiere del diritto di famiglia*, Università LUMSA de Palermo 3-4 de mayo de 2022.

VENUTI, M.C.: "Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162", *questionegiustizia.it*, 2023, pp. 4-5.

VESTO, A.: "La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto", *Fam. dir.*, 2015, n. 3, p. 306.

VILA-CORO VÁZQUEZ, A.: "Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida", en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. BENAVENTE MOREDA, E. FARNÓS AMORÓS), Madrid, 2015, p. 283.

WINKLER, M.: "Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?", *Corr. giur.*, 2019, p. 1237.

WINTEMUTE, R.: "Marriage, adoption and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?", *Genlus*, 2014, n. 2, p. 35.

ZATTI, P.: "Familia, familiae. Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia", *Familia*, 2002, p. 14.