

ANALYSIS OF THE ISSUE OF SURROGACY ACCORDING TO RECENT EUROPEAN AND SPANISH CASE LAW

ANÁLISE DA QUESTÃO DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO SEGUNDO A RECENTE JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA E ESPANHOLA

JUAN M. VELÁZQUEZ GARDETA

Associate Professor of Private International Law at the University of the Basque
Country/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU).
juanmanuel.velazquez@ehu.eus

Recebido em: 20.06.2024

Aprovado em: 19.04.2025

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Família e Sucessões

ABSTRACT: The aim is to establish the current state of surrogacy after the ECtHR and Spanish courts' legal rulings over the past 10 years. We begin with a prohibition of surrogacy contracts in many European countries and the attempt to recognise birth or parentage certificates based on the possession of status of children born abroad through surrogacy contracts. In reaction to the initial resistance citing international public order, the pathway for recognition in Europe was influenced by the ECtHR's consideration that this refusal posed an unjustified interference in the minors' private and family life. In certain cases, this pathway has consolidated the option of establishing the biological father's parentage and allowing the other member of the intended couple to adopt.

KEYWORDS: Surrogate motherhood – ECtHR Case law – Parentage – Public order.

RESUMO: O objetivo deste estudo é estabelecer como é tratada, atualmente, a maternidade por substituição, tomando como base as decisões judiciais da CEDH e dos tribunais espanhóis dos últimos 10 anos. Para isso, partimos da análise da proibição do contrato de gravidez por substituição, existente em muitos países europeus, e da tentativa de reconhecimento de certidões de nascimento ou de filiação por posse estatal de crianças nascidas no estrangeiro, em virtude de um contrato de maternidade por substituição. Diante do instituto da ordem pública internacional, a forma de reconhecimento empregada na Europa tem se baseado nas decisões da CEDH no sentido de considerar que a recusa representa uma ingerência injustificada na vida privada e familiar das crianças. Esta via já consolidou a opção, em determinados casos, de se estabelecer, primeiramente, a filiação do pai biológico para assim permitir a adoção por parte do outro membro do casal.

PALAVRAS-CHAVE: Maternidade por substituição – Jurisprudência do TEDH – Filiação – Ordem pública.

systems are diverse, even in areas of similar legal tradition such as the European Union. It is clear that homosexual couples face a different degree of difficulty in recognition of parentage than heterosexual couples.

– The legal debate is more open than ever, and we do not consider the possibility of a uniform legal convention to be viable in the short term. Ideological issues, which are very obviously present in the matter, and disparate legal criteria can detract from the efficacy of any attempt for unification. However, the case law evolution of the ECtHR in its interpretation of Article 8 ECHR, especially regarding the safeguarding of the minor's best interest, seems to offer a pathway toward recognition of this parentage stemming from surrogate pregnancy contracts entered into abroad.

BIBLIOGRAPHY

- AGUAS, Nicolás; NAVÉS, Flavia Andrea. La tarea del psicólogo en gestación por sustitución. In: ORMATH, Elisabeth B.; WAGNER, Antonella. *Abordajes psicológicos de la reproducción médicamente asistida*. Universidad de San Luis: Nueva Editorial universitaria, p. 173 y ss.
- ALBORNOZ, María Mercedes; LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco. Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, v. 11, p. 173-183, 2017.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. Gestación por sustitución y orden público. *InDret*, 2017/2, p. 165-200, 2017.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022. *Diario La Ley*, n. 10069, Sección Tribuna, 16.05.2022.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional privado*. Granada: ed. Comares, 2017. v. II.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 7, n. 2, p. 45-113, 2015.
- CASTELLANOS RUIZ, María José. Orden público internacional vs. Orden público europeo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 13, n. 2, p. 971-1002, 2021.
- DOBERNIG GAGO, Mariana. La gestación subrogada en México. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 56, p. 75-92, 2022.

- FARNÓS AMORÓS, Esther. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza. *Revista de Bioética y Derecho*, v. 56, p. 29-54, 2022.
- GÁLVEZ CRIADO, Antonio. ¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable. *Diario La Ley*, n. 9444, Sección tribuna, 26.06.2019.
- HIGUITA JARAMILLO, Simón; GÓMEZ RÚA, Natalia Eugenia. Gestación subrogada: un análisis de la regulación en algunos países de América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 25, n. 2, p. 1-28, 2023.
- MARGARIA, Alice. Genetics and the construction of parenthood: The ECtHR jurisprudence on transnational surrogacy. In: DETHLOFF, Nina; KAESLING, Katharina. *Between sexuality, gender and reproduction: on the pluralisation of family forms*. Cambridge: Intersentia NV, 2023. p. 189-201.
- MARRAMA, Silvia. Prácticas abusivas en convenios de maternidad subrogada. *Revista de Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética de la editorial Erreius*. Available at: [<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11140>].
- MATURANA CABEZAS, Pilar. Análisis de la primera sentencia sobre maternidad gestacional subrogada en Chile. *Revista de Estudios Judiciales*, n. 6, p. 173-196, 2020.
- MINISTERIO DE IGUALDAD DE ESPAÑA. Observatorio de la imagen de las mujeres. 2023. Available at: [<https://www.inmujeres.gob.es/observatorios/observImg/informes/docs/AnalisisPublicidadGestacionPorSustitucion2023.pdf>].
- MORENO BOTELLA, Gloria. Material genético de los padres de intención y filiación en el caso Campanelli II: su incidencia en la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017. *Diario La Ley*, n. 9024, Sección Doctrina, 19.07.2017.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. La determinación de la filiación contra legem del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 16 bis, p. 3424-3465, jun. 2022.
- NAVARRO-MICHEL, Mónica. La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 56, p. 5-28, 2022.
- OAM, Andrew Lu. Surrogacy and parentage in Western Australia – current perspectives. *Australian Health Law Bulletin*, p: 78-83, 2016.

ORTEGA SÁNCHEZ, Alfonso; COBAS COBIELLA, María Elena; HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys Saray. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev. *Diario La Ley*, n. 9281, Sección Tribuna, 18.10.2018.

PINO ÁVILA, Alonso. Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022, sobre filiación en la gestación subrogada, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 57, p. 335-350, 2023.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J. ¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten?. *Diario La Ley*, n. 8953, Sección Doctrina, 03.04.2017.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J. El TEDH vuelve a confirmar la admisibilidad y eficacia de los convenios de gestación por sustitución legalmente realizados. A propósito de la Sentencia del TEDH (Sección Primera) de 31 de agosto de 2023, asunto C. contra Italia. *Diario La Ley*, n. 10369, Sección Doctrina, 17.10.2023.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J. La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa n. 25/2016, de 22 de agosto. *Diario La Ley*, n. 8868, Sección Doctrina, 22.11.2016.

VILLAR GONZÁLEZ, Silvia. Situación actual de la gestación por sustitución / Current State of Surrogate Motherhood. *Revista de Derecho UNED*, n. 14, p. 897-931, 2014.

CASE LAW

1. TEDH

- STEDH 26 junio 2014, 65192/11, Mennesson c. Francia, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211.
- STEDH 26 junio 2014, 65941/11, Labassee c. Francia, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111.
- STEDH 8 Julio 2014, 29176/13, D. y otros c. Bélgica, ECLI:CE:ECHR:2014:0708DEC002917613.
- STEDH 24 enero 2017, 25358/12, Paradiso y Campanelli c. Italia, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812.
- STEDH 21 octubre 2016, 9063/14 y 10410/14, Foulon y Bouvet c. Francia, ECLI:CE:ECHR:2016:0721JUD000906314.
- STEDH 19 enero 2017, 39725/04, Laborie c. Francia, ECLI:CE:ECHR:2007:0830DEC003972504.

- Opinión consultiva relativa al reconocimiento en la legislación nacional de una relación legal entre padres e hijos nacidos mediante gestación subrogada (solicitada por el Tribunal de Casación en Francia) de 10 de abril de 2019, solicitud n. P16-2018-001, ECHR 132 (2019)10.04.2019.
- STEDH 19 Noviembre 2019, 1462/18 y 17348/18, C y E. c. Francia, ECLI:CE:ECHR 433 (2019) 12.12.2019.
- STEDH 16 julio 2020, 11288/18, D. c. Francia, ECLI:EC:ECHR 215 (2020)16.07.2020.
- STEDH 18 MAYO 2021, 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, ECHR152 (2021)18.05.2021.
- STEDH 16 noviembre 2021, 56846/15 y 56849/15, S. –H. c. Polonia, ECLI:E-C:ECHR 381 (2021) 09.12.2021.
- STEDH 7 abril 2022, 13344/20, A.L. c. Francia, ECLI:EC:ECHR 128 (2022) 07.04.2022.
- STEDH 24 marzo 2022, 30254/18, A.M. c. Noruega, ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD003025418.
- STEDH 22 noviembre 2022, 26848/18, D.B. y otros c. Suiza, ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD005881715.
- STEDH 6 diciembre 2022, 168/2022 (Sección 2ª) K.K. y otros c. Dinamarca, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221.
- STEDH 31 agosto 2023, 47196/21, (Sección 1ª) C. c. Italia, ECLI:CE:ECHR:2023:0831JUD004719621.

2. NATIONAL COURTS

2.1. Chile

- C. P.CH. A. contra A.V.A.C. (2018): Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de enero de 2018 Poder judicial. República de Chile. Available at: [https://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/fallos/repositorio/caso10/reservada_maternidadsubrogadaytecnicasdereproduccionasistida_familia_fallo.pdf].

2.2. España

- STC 28/2024, de 27 de febrero de 2024.
- STS (Sala de lo civil, Sección Pleno) núm. 835/2013 de 6 de febrero.
- STS (Sala de lo civil, Sección Pleno) núm. 277/2022 de 31 marzo, RJ/2022\1190.

- AP de Asturias, Sección 4ª, auto núm. 87/2018 de 24 julio. JUR 2018\300256.
- AP de Barcelona, Sección 4ª, Sentencia nº 10/2019 de 10 de enero. JUR 2019\25547
- AP de Murcia, Sección 4ª, Sentencia núm. 91/2019 de 31 enero. Rec. 1295/2018.
- AP de León, Sección 2ª, Sentencia núm. 370/2020 de 21 diciembre. JUR 2021\83790.
- AP de Madrid, Sección 22ª, Sentencia núm. 947/2020 de 1 diciembre. JUR 2021\55934.
- AP de Navarra, Sección 3ª, Sentencia núm. 406/2022 de 7 junio. JUR 2022\264041.
- AP de Barcelona, Sección 18ª, Auto núm. 260/2023 de 12 julio. JUR 2023\407257.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Civil; Família e Sucessões

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Conflitos positivo e negativo na gestação de substituição, de Maria Eduarda Echeverria Magacho – RT 1058/81-94;
- Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torná-lo obrigatório?, de Patrícia Miranda Lourenzon – RDPriv 42/106-135; e
- O direito à constituição familiar pelos casais homoafetivos: uma análise da construção da relação paterno/filial por meio da maternidade por substituição, de Andresa Cavalcante Monteiro e Carlos Alberto de Souza Silva – RDPriv 87/75-95.