

Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución*

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

SUMARIO: I. Introducción. II. La gestación por sustitución en el TEDH y en algunos países de nuestro entorno antes del Dictamen. III. El Dictamen. 1. Una advertencia: Dictamen consultivo y ¿no vinculante? 2. La configuración de la pregunta por parte de la *Cour de cassation* y la traducción del TEDH. 3. La respuesta del TEDH: A) La delimitación de la respuesta y su importancia; B) La respuesta a la primera pregunta y su consistencia; C) La respuesta a la segunda pregunta y sus ambigüedades. IV. Conclusiones y cuestiones abiertas.

I. INTRODUCCIÓN

Hace más de treinta años, José María Espinar Vicente me preguntó por el objeto de mi tesis doctoral. Yo le dije que era algo sobre filiación, menores, y alguna otra cosa. La típica indefinición cuando aún se tienen más dudas que certezas sobre el tema. Y él me respondió que ojo con los hijos. Que el *favor filii* estaba muy sobrevalorado y que el interés del menor (entonces se decía así), mucho más. Que, además, los hijos crecían y terminaban siendo unos cabrones (*sic*, o sinónimo/locución de igual o superior intensidad).

Yo, obviamente, todo lo entendí, dentro de una cierta ironía, referido a las normas de conflicto y ese tipo de cosas que entonces me preocupaban (y nunca a la realidad personal). Y siempre ha sido una idea o una actitud de prevención que he tenido por cierta, pues la autoridad de quien entonces la manifestó así lo aconsejaba, y mi propia experiencia posterior así lo ha venido corroborando. Me refiero, claro, al *favor filii* y al interés superior del niño.

Sirva esta anécdota, absolutamente real, para agradecer al Profesor Espinar Vicente su enseñanza y el ejemplo de saber que hay verdades como

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas” [ref. PID2019-109019RB-I00], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el FEDER.

puños que se pueden defender con la ironía que quizá no soporte un estudio lleno de notas a pie de página.

En las páginas que siguen pretendo que mi modesta contribución de homenaje a su ingente obra sea igualmente simple e igualmente contundente. Para ello he elegido comentar la situación de la maternidad subrogada o gestación por sustitución tras el Dictamen consultivo de 10 abril 2019, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativo al reconocimiento¹ en Derecho interno de un vínculo de filiación entre un *enfant/child* nacido de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero y la madre de intención (en adelante, el Dictamen)².

A pesar de ser un dictamen esperado y conocido, pienso que este tampoco va a ser ajeno a la tradicional discrepancia que se genera en torno a la interpretación de la doctrina del TEDH sobre gestación por sustitución. En las páginas que siguen daré la mía, tras señalar muy someramente cuál era la situación anterior al Dictamen, cuál es su importancia y cuáles sus debilidades. En última instancia, lo que más interesa es saber hasta dónde esta nueva entrega plantea nuevas exigencias a legisladores y autoridades estatales³.

II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL TEDH Y EN ALGUNOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO ANTES DEL DICTAMEN

Por suficientemente conocidos no voy a repasar los casos resueltos por el TEDH en materia de gestación por sustitución. Me remito a la ingente e inabarcable bibliografía que muy fácilmente se puede encontrar al respecto.

Sí creo interesante, no obstante, señalar cuáles eran (y son) las consecuencias de dichos casos, advirtiendo de que su glosa siempre ha sido

¹ Salvo ulterior precisión, utilizo aquí reconocimiento en el sentido amplio y genérico en que lo hace el TEDH. Se hacen eco de la ambigüedad con que se expresa el Dictamen en este punto J. Heymann y Fabien Marchadier, “La filiation de l’enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger (à propos de l’avis consultatif de la CEDH, grande chambre du 10 avril 2019)”, *Journ. dr. int.*, 2019, n^o 4, pp. 1149–1164, pp. 1151–1152.

² Accesible en la página del Tribunal: [<https://hudoc.echr.coe.int>]. Utilizo el término dictamen en vez del de opinión, de forma meramente convencional. Utilizo las palabras en las lenguas originales del Dictamen debido a su polisemia (niño/hijo), cuya distinción me parece de cierta importancia.

³ Lo que siempre ha resultado una constante en este tema, como puse de manifiesto en “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XCII, t. I, 2016, pp. 227–262.

polémica, pues cada cual ha querido ver lo que a su apriorística postura aprovechaba.

Ejemplo paradigmático de esta actitud fueron los casos *Paradiso* y *Campanelli contra Italia*⁴. Dos sentencias contrarias entre sí sobre el mismo supuesto que hicieron las delicias de favorables y detractores de la gestación por sustitución, cuando ninguna de las dos tuvo como base o fundamento de la condena de Italia, primero, y su “absolución”, en última instancia, la gestación por sustitución. Como señalé en otro lugar, haber convertido estos casos en hitos jurídicos de la gestación por sustitución es algo a todas luces extravagante y simplemente ajeno a la realidad, como propio el TEDH indicó en un comunicado de prensa respecto de la primera sentencia *Paradiso*: “*It is important to note that in this case the Court focused on the removal of the child and his placement under guardianship, and not on the issue of surrogacy*”⁵. Pero ahí han quedado para la historia.

En relación con los fallos *Menesson* y *Labassee*⁶, los primeros de la serie y los más significativos hasta el momento, la interpretación más plausible era –y es– la de considerar que no afectaban a los casos en los que no hubiera vinculación biológica⁷ entre los nacidos y los comitentes, y que la condena de Francia se debía más a la negativa total del sistema francés a proveer la determinación de la *filiación biológica* que a la negativa de “reconocer”, en sentido técnico estricto, la filiación declarada en el extranjero respecto del comitente con el que existía el vínculo biológico. La máxima aplicada por la jurisprudencia francesa *fraus omnia corrumpit* dejaba a los hijos sin la posibilidad de determinar su verdadera identidad y, con ello, vulneraba su derecho a su vida personal y familiar.

Esta doctrina fue ratificada en los casos los casos *Foulon y Bouvet*⁸ y *Laborie*⁹. Algunas voces, sin embargo, creyeron ver que los nuevos casos iban más allá y restringían el margen de apreciación de los Estados y casi les ordenaba “el reconocimiento” (también en sentido estricto) solicitado de la filiación derivada de una gestación por sustitución “extranjera”, sin que otras alternativas posibles (reconocimiento voluntario de paternidad, posesión de estado, acciones de filiación, adopción...) fuesen suficientes

⁴ STEDH, Sección Segunda, 27 enero 2015 y STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017. Accesibles en el sitio del TEDH: [<http://www.echr.coe.int>].

⁵ De nada que incluso lo resaltase en negrita. *Vid.* “Questions and Answers on the *Paradiso* and *Campanelli v. Italy* judgment (27 January 2015)”, accesible en [<http://www.echr.coe.int>].

⁶ *Menesson c. France* (nº 65192/11), *Labassee c. France* (nº 65941/11) ambos de 26 junio 2014).

⁷ También simplificando pues la terminología no estuvo tan clara. *Vid.* mi análisis en “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret*, 2/2017, pp. 165–200, esp. p. pp. 151–152.

⁸ *Foulon et Bouvet c. France* (nºs 9063/14 et 10410/14, de 21 julio 2016).

⁹ *Laborie c. France* (nº 44024/13, de 19 enero 2017).

para garantizar el derecho de los nacidos a su vida personal y familiar, al respeto de su identidad¹⁰. Esta interpretación era, a mi juicio, incorrecta¹¹, y el Dictamen lo ratifica, del mismo modo que lo hacen algunos casos posteriores archivados¹².

La doctrina del TEDH se movía en los términos descritos. Términos que, si se analizan con una cierta perspectiva, habían sumado muy poco a la visión tradicional (tradicionalísima) de la filiación basada en la vinculación biológica. Pero, por un lado, las certezas eran escasas, dentro de la constelación de problemas que presenta la gestación por sustitución. Y, por otro, sus consecuencias directas, indirectas o meramente tópicas, fueron al tiempo heterogéneas y al tiempo similares en la posterior práctica judicial comparada.

La jurisdicción directamente afectada por las sentencias del TEDH, la francesa, comenzó prontamente a modificar su jurisprudencia contraria a cualquier tipo de reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución y, ya sin aludir al fraude que suponía tal práctica, aceptó, sin grandes declaraciones de principio (casi, se puede apreciar una cierta resignación en sus primeras sentencias), la inscripción respecto del padre biológico francés¹³. La nueva práctica se ceñía estrictamente a la doctrina del TEDH. La situación de la madre de intención o, en su caso, de la pareja de intención, era ajena al cumplimiento estricto de dicha doctrina. De hecho, el TEDH nada había dicho al respecto.

Mas, admitido el primer paso (el reconocimiento de la paternidad biológica), ineludiblemente había que tomar conciencia de la situación del

¹⁰ *Vid., v.gr.*, el documento “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, Madrid, 1 octubre 2018, de la Fundación para la investigación sobre el Derecho y la Empresa (que es accesible en [<https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>>], pp. 14–15, que se muestra muy contundente –aunque equivocado– al respecto.

¹¹ Así lo defendí en “Viejas y nuevas reflexiones sobre la gestación por sustitución”, *Mujer, maternidad y Derecho, V Congreso sobre la feminización del Derecho Privado. Carmona V*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 613–647, p. 632.

¹² Casos 1462/18 (*C contra Francia*) y 17348/18 (*E contra Francia*), que venían a defender tal postura (junto con la alegación de vulneración del art. 14 del Convenio) y que fueron archivados y comunicados el 12 diciembre 2019 (la información se puede encontrar en la página oficial del TEDH). El caso 11288/18 (*D contra Francia*, interpuesto el 2 marzos 2018) es una especie de clon de los anteriores, si bien no he encontrado su archivo en la web del TEDH.

¹³ Sentencia *Cour de cassation* nº 619, de 3 julio 2015 (14–21.323); Sent. *Cour de cassation* nº620, de, de 3 julio 2015 (15–50.002), accesible ambas en [<https://www.courdecassation.fr>>]. Una de las constantes de la problemática analizada es que la práctica de la gestación por sustitución rápidamente se adapta a cada nuevo hito legal o jurisprudencial, y así, en los primeros supuestos, tras *Menesson*, las actas extranjeras hacían constar como padre al padre biológico y como madre a la madre gestante. Se trataba de actas que se correspondían escrupulosamente con la realidad y con la legalidad francesa: un nacido en el extranjero hijo de francés y de extranjera. La misma situación se ha dado en diversos casos en España.

padre o madre de intención. Se trata de una batalla, la de los progenitores de intención, que se va ganando poco a poco. Primero la de quien estaba biológicamente vinculado, luego, la del otro. Así, frente a los requerimientos de quien no estaba ligado con los nacidos por vínculos biológicos (generalmente la mujer del padre, o un compañero o compañera), la *Cour de cassation*, ya de forma más locuaz, apoyándose y exprimiendo las razones por las que el TEDH habían condenado a Francia en *Menesson y Labassée*, constató que, junto al reconocimiento de paternidad biológica, la ausencia de reconocimiento de la filiación respecto del otro comitente no suponía menoscabo alguno del respeto a la vida personal y familiar de los nacidos, y que, en fin, “la adopción permite, si concurren las condiciones legales y es conforme al interés del niño, crear un vínculo de filiación entre los niños y la esposa del padre”¹⁴.

En parecida forma leyó el Tribunal Supremo español la doctrina del TEDH. Su muy conocido ATS Civ 2 febrero 2015¹⁵, resolvió desestimar el incidente de nulidad contra la también citada STS 6 febrero 2014¹⁶. El TS concluyó que la inscripción en el Registro civil con base en las actas extranjeras que declaraban padres legales a ambos, contrariaba el orden público español. La entonces flamante doctrina del TEDH fue despachada por el TS, arguyendo que no había identidad entre los casos resueltos por el TEDH y el enjuiciado, dado que, contrariamente a lo que sucedía en Francia, el ordenamiento jurídico español sí dispondría de mecanismos jurídicos para establecer la filiación derivada del vínculo biológico con el padre y su cónyuge podría, en su caso, adoptarlos. El paralelismo con el caso francés es sustancial, aunque pueda parecer lo contrario, al haberse desestimado sin más el recurso. En ambos países se afirmaba la posibilidad de establecer la filiación biológica y una eventual posterior adopción.

De forma más o menos coetánea en Alemania y en Suiza sus respectivos tribunales federales resolvían supuestos paralelos de manera divergente, pero siempre dentro de las exigencias del TEDH.

El resumen oficial de la publicación de la Sent. *BGH*, de 10 diciembre 2014¹⁷, señaló que:

¹⁴ Extractos de la Sentencia de la *Cour de cassation* nº 824, de 5 julio 2017, 15-28.597 (accesible en www.courdecassation.fr), que sienta doctrina junto con otras tres (nos 825, 826 y 827) de la misma fecha.

¹⁵ Aranzadi Westlaw, RJ, 2015/141, con mi comentario en *REDI*, 2015-31-Pr.

¹⁶ Aranzadi Westlaw, RJ 2014/833, con mi comentario en *REDI*, 2014-28-Pr.

¹⁷ XII ZB 463/13, accesible en [<http://www.bundesgerichtshof.de>] y comentada por S.L. Gössl (2015), “The Recognition of a ‘Judgment of Paternity’ in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law”, Commentary to BGH, 10 December 2014, *AZ. XII ZB 463/13*”, *CDT*, 2, 2015, pp. 448-465.

“[...] b) Al considerar si la decisión es contraria al orden público, deben tenerse en cuenta los derechos humanos garantizados por el CEDH [...] c) El mero hecho de que una sentencia extranjera atribuya la filiación del hijo a los padres de intención en el caso de maternidad subrogada no supone ninguna violación del orden público, cuando uno de los padres de intención –al contrario que la madre gestante– está vinculado genéticamente con el niño. [...] d) Nada distinto puede derivarse del hecho de que la paternidad también se asigne a la pareja registrada junto al padre genético”.

La verdad es que la presencia de la doctrina del TEDH en esta decisión fue testimonial (aunque real) por lo que no es fácil saber si su solución fue consecuencia de la misma (el TEDH se había pronunciado tan solo unos meses antes) o una autónoma toma de postura por parte del BGH. A mi juicio, el argumento fuerte de la sentencia fue que los efectos del reconocimiento serían equivalentes a lo que el Derecho alemán podría proveer en el caso concreto mediante el reconocimiento del padre biológico y la adopción por su pareja, por lo que quizá la respuesta no habría sido diferente en ausencia del caso *Menesson y Labassée*.

Por su parte, la Sentencia Tribunal federal suizo de 21 mayo 2015¹⁸, se movió más en la dirección de la jurisprudencia francesa o española, con un escrutinio explícito de las exigencias planteadas por el TEDH. Como en el caso alemán, se trataba de una pareja estable que pretendía ver reconocidos sus vínculos de filiación con un menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución. El Tribunal federal razonó ampliamente sobre su decisión de rechazar el reconocimiento respecto del progenitor de intención no vinculado genéticamente y su plena conformidad con la doctrina sentada en los casos *Menesson y Labassée*. Sus razonamientos fueron, a mi juicio, convincentes en aquel momento, incluso si, contrariamente a lo que sucedía en Francia, España o Alemania, la posibilidad de adopción por el conviviente estaba vetada en Suiza.

Por último, en la jurisprudencia italiana la Sentencia 12193 de la *Corte Cass., Sez. Un.*, 8 mayo 2019¹⁹ supone el último ejemplo de ajuste nacional a la doctrina del TEDH. Aunque dictada tras el Dictamen, la Corte italiana no hace mención alguna al mismo y se muestra cómoda con la doctrina *Menesson y Labassée*, que, sin embargo, en una larga y argumentada decisión, apenas tiene un espacio mínimo²⁰: el justo para apoyar la idea de que quien aparece como padre de intención en una resolución extranjera (canadiense en el concreto supuesto) sin tener un vínculo biológico con los

¹⁸ El texto manejado, en alemán, puede encontrarse en [<http://www.bger.ch/>].

¹⁹ El texto original puede encontrarse en [<http://www.italggiure.giustizia.it>].

²⁰ Punto 13.3 *in fine* de la Sentencia

menores, no puede ver reconocido tal vínculo en Italia por ser el reconocimiento radicalmente contrario al orden público italiano.

Es llamativo que en esta sentencia, el orden público se apoyó en la dignidad humana de la mujer gestante (algo que puede ser habitual en este tipo de discursos) y *en la institución de la adopción*; algo menos frecuente pero que ya podíamos encontrar en decisiones anteriores²¹ e incluso en la práctica judicial francesa bajo la idea de *fraude* a la institución francesa de la adopción. En todo caso, la Corte italiana también incorpora la posibilidad de la adopción por parte del conviviente no progenitor; en el supuesto concreto una adopción especial prevista por el art. 44 Ley 184/1983²².

Como puede apreciarse, la recepción de la doctrina del TEDH no fue homogénea, pero al menos sí parece que una cuestión resultaba indiscutida: no reconocer o no prever una fórmula alternativa para que los nacidos puedan establecer jurídicamente su *filiación biológica* constituía y constituye un atentado a sus derechos fundamentales. Y en la práctica la adopción aparecía como una alternativa posible, aunque no necesaria, para el progenitor de intención sin vinculación biológica. Sobre su situación y la relación con los nacidos se pronuncia el Dictamen.

III. EL DICTAMEN

1. *Una advertencia: Dictamen consultivo y ¿no vinculante?*

Antes de entrar en el Dictamen propiamente dicho es conveniente advertir de lo que creo que será una cierta distancia entre la teoría y la práctica de este tipo de dictámenes.

El Protocolo nº 16 CEDH²³ posibilita a los “órganos jurisdiccionales de mayor rango” de los Estados parte en el mismo solicitar al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos. Si se acepta la solicitud, la Gran Sala del TEDH emitirá una opinión motivada (art. 4) y no vinculante (art. 5).

²¹ Sentencia *Corte di cassazione* 26 septiembre 2014, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, pp. 428–434. También dictada tras la *Menesson* y *Labassée*, pero sin verse afectada por el TEDH al no concurrir vinculación genética entre los nacidos y los padres de intención.

²² *Vid.* un amplio comentario sobre esta sentencia en V. Barba, “Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento italiano. La última decisión del Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, 2020, nº 1, pp. 69–101.

²³ Que entró en vigor el 1 agosto 2018, pero del que España no es parte.

Esta idea de una especie de “permiso para actuar” rompería la dinámica ordinaria de demanda, sanción/absolución, y promovería una especie de diálogo entre los tribunales y reforzar la función del TEDH. No se trataría de una sentencia con valor de cosa juzgada. No es difícil ver en los primeros comentarios al Dictamen un énfasis en este dato. Y esto es así. Los dictámenes no tienen *per se* efectos *erga omnes*. Mas lo cierto es que es difícilmente imaginable una enorme diferencia entre las sentencias y las opiniones o dictámenes desde el punto de vista de cuánto constriñen a los Estados parte. ¿Acaso la *Cour de cassation* una vez recibido el Dictamen habría podido desconocerlo de plano? Varios elementos conducen a una respuesta negativa.

En primer lugar, el propio Protocolo indica que la consulta ha de hacerse en el marco de un asunto del que esté conociendo el órgano jurisdiccional consultante. Parece, pues, que no se tratará de grandes dudas estructurales sobre la interpretación del CEDH y sus protocolos o, si lo son (porque ciertamente el Protocolo exige que las solicitudes versen sobre “cuestiones de principio”), serán lo suficientemente prácticas como para afectar al caso concreto que las suscita. Pensar que el órgano judicial se va a apartar del dictamen correspondiente es irreal²⁴.

En segundo término, aunque, como he dicho, los dictámenes no son vinculantes, el Informe explicativo del Protocolo aclara lo siguiente:

“Las opiniones consultivas en virtud del presente protocolo no tendrán ningún efecto directo sobre demandas posteriores. No obstante, se integrarán en la jurisprudencia del Tribunal, al lado de las sentencias y decisiones. La interpretación del Convenio y de sus protocolos contenida en estos dictámenes consultivos es análoga en sus efectos a los elementos interpretativos establecidos por el Tribunal en sus sentencias y decisiones”²⁵.

Creo que, en este caso, los habituales seguidores del tema²⁶ sí están en lo cierto sobre la trascendencia de este Dictamen²⁷, por muy consultivo que

²⁴ De una verdadera obligación para Francia habla J. R. Binet, “Note”, *Droit de la famille*, n° 6, Juin 2019, comm., p. 139 (consultado en versión electrónica, como el resto de los comentarios franceses que utilizo en este trabajo, en los que las referencias a páginas concretas estarán ausentes) al referirse a las consecuencias del Dictamen. También incide en esta idea, desde la perspectiva italiana, A.G. Grasso, “Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 4/2019, pp. 757-764, p. 758.

²⁵ Punto 27 del Informe explicativo que he traducido de su versión francesa.

²⁶ Si se me permite traer a colación la ironía de J. P. Marguénaud, “todas aquellas y todos aquellos que convierten cualquier cuestión relativa a la gestación por sustitución en una cuestión de vida o muerte de la civilización” (“Le renforcement de l’interaction entre la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour de cassation française en matière de filiation de l’enfant né d’une GPA”, *Rev. trim. dr. civ.*, 2019, pp. 286 ss).

²⁷ Quizá no de todos los posibles futuros dictámenes. Pero en el presente las respuestas estuvieron estrictamente circunscritas a los datos del caso (así se manifiestan J. Heymann y Fabien Marchadier, *loc. cit.*, p. 1163).

sea. Queda por saber en qué medida respeta los estándares de subsidiariedad del TEDH y, correlativamente, el margen de apreciación nacional de autoridades, y legisladores, tanto los de los Estados vinculados por el Protocolo 16, como el resto que han asumido la jurisdicción del TEDH.

2. La configuración de la pregunta por parte de la Cour de cassation y la traducción del TEDH

Uno de los primeros comentaristas del Dictamen ha puesto el acento en diversas particularidades de la solicitud de la *Cour de cassation* de entre las cuales me interesa destacar ahora que, a su juicio, la *Cour de cassation* no habría pedido opinión para ayudar a construir una solución para el caso concreto, sino más bien la confirmación de que la solución ya construida por la propia *Cour de cassation* era conforme al Convenio. La *Cour* estaría tratando de influenciar cuando no forzar la solución del TEDH²⁸. Efectivamente, comparando algunos párrafos de la jurisprudencia de francesa con el tenor de las preguntas, todo parece que se trataba de una solicitud de ratificación. Dicho tenor fue el siguiente:

“Al rechazar la transcripción en el registro sobre el estado civil del acta de nacimiento de un niño nacido en el extranjero como resultado de una gestación por sustitución, en la medida en que designa a la “madre de intención” como su “madre legal”, mientras que la transcripción de [esa misma] el acta ha sido admitida en lo que afecta a la designación del “padre de intención”, padre biológico del niño, ¿excede un Estado parte del margen de apreciación que posee según el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales? A este respecto, ¿debe distinguirse en función de que el niño haya sido concebido o no con los gametos de la “madre de intención”?”

En caso de una respuesta afirmativa a cualquiera de las dos preguntas precedentes, la posibilidad de que la madre de intención adopte al hijo de su cónyuge, padre biológico, lo que supone un modo de establecimiento de la filiación para con ella, ¿respetaría las exigencias del art. 8 CEDH?”²⁹

Salvo en lo que atañe a la cuestión relativa a los nacidos de gametos pertenecientes a la madre de intención, la consulta podría reducirse a ¿está bien lo que estoy haciendo? Y, recordemos, lo que estaban haciendo la mayor parte de las jurisdicciones más atrás analizadas, incluida la española.

²⁸ H. Fulchiron, “Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l’homme: un dialogue exemplaire?”, *Recueil Dalloz*, 2019, pp. 1084 ss.

²⁹ Traducción propia. Existe una traducción completa del Dictamen, realizada por el equipo de traducción de la Subdirección general de constitucional y derechos humanos, que puede encontrarse en [<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429190384>].

El TEDH, por su parte, hace algo que nos recuerda a la práctica del TJUE: rehace la pregunta sin, por ello, alterarla de forma sustancial, pero acomodándola para hacer su discurso más fluido³⁰:

“[el Dictamen] se referirá en primer lugar a la cuestión de saber si el derecho al respeto de la vida privada... de un niño nacido en el extranjero como consecuencia de una gestación por sustitución... requiere... la posibilidad de un reconocimiento en derecho interno de un vínculo de filiación entre este niño y la madre de intención, designada en el acta de nacimiento legalmente establecida en el extranjero como la “madre legal”, en la situación en que el niño ha sido concebido con los gametos de una donante y se ha reconocido en Derecho interno el vínculo de filiación entre el niño y el padre de intención.

[el Dictamen] Se referirá en segundo lugar... si el derecho al respeto de la vida privada del niño, según el art. 8 del Convenio, exige que este reconocimiento se haga mediante la transcripción en el registro civil del acta de nacimiento legalmente establecida en el extranjero, o si admite otros medios, como la adopción del niño por la madre de intención”.

Por resumir, la respuesta fue sí y sí. Y eso es probablemente lo que quede como simplificación de este Dictamen: un paso más en la jurisprudencia *Menesson y Labassée* en el que el TEDH dice que es contrario al derecho del niño a su vida privada no permitir que su madre de intención pueda establecer con él un vínculo jurídico de filiación. Y que la adopción puede ser un mecanismo para establecerlo. La consagración de que lo que se venía haciendo en Francia (y algunos casos en España) no es contrario al CEDH³¹.

Mas la respuesta es mucho más matizada, su argumentación menos solvente que la de la jurisprudencia *Menesson y Labassée*, el respeto del TEDH por sus propias preguntas reelaboradas discutible, y sus consecuencias no tan cerradas como parecen haberse interpretado.

3. La respuesta del TEDH

A) La delimitación de la respuesta y su importancia

El TEDH es escrupuloso a la hora de definir *sobre qué no va a pronunciarse*: no lo hará sobre los casos en los que la madre de intención es madre genética, ni sobre los casos en los que la mujer gestante es madre

³⁰ Algo que critican, desde la comprensión del Protocolo 16, G. Lazcoz Moratinos y A. Gutiérrez-Solana Journoud, “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo nº 16”, *CDT*, 2, 2019, pp. 673–692, p. 688, viendo en toda la estrategia del TEDH una intención de huir de un discurso de género.

³¹ De confirmación plena habla A.M. Leroyer, “GPA : un avis faussement salvateur de la maternité d’intention”, *Rev. trim. dr. civ.*, 2019, pp. 307 ss. De jurisprudencia validada H. Fulchiron, *loc. cit.*, o F. Sudre y A. Gouttenoire, “L’avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d’intention”, *La Semaine Juridique*, Edition Générale, nº 20, 20 Mai 2019, p. 551 ss.

genética³². Tampoco respecto de casos en los que el padre no sea padre biológico o no sea cónyuge de la madre de intención. Estos dos últimos supuestos no son excluidos directamente por el Dictamen, que, sin embargo, recuerda que su papel debe ceñirse a emitir una opinión en relación con las cuestiones que le han sido planteadas, limitándose a los puntos que tienen un *vínculo directo con el litigio* de instancia en el plano interno³³.

Como consecuencia de ello tampoco hay que considerar que se pronuncia ni sobre los casos de parejas del mismo sexo (tanto de mujeres como de hombres³⁴), ni sobre los supuestos de familias monoparentales, ni sobre los casos en los que en el certificado extranjero no conste la madre de intención como “madre legal”, por no aparecer, sin más, o por ser la madre gestante, y no la madre de intención, la que conste como madre legal³⁵.

Podríamos pensar, a la luz de estas limitaciones, en parte derivadas del Protocolo 16 y en parte autoimpuestas, que el Dictamen tiene poco recorrido. Que, como se ha dicho en España, no aporta nada nuevo³⁶. Nada más lejos de la realidad. A mi juicio, se trata del pronunciamiento con más trascendencia de los que el TEDH ha pronunciado hasta el momento, pues se refiere al núcleo central de la problemática de la gestación por sustitución: la situación jurídica de las mujeres, en este caso la mujer comitente. Esta siempre ha sido la cuestión mollar. El reconocimiento de un vínculo jurídico de filiación que se corresponde con la realidad biológica es algo trivial. No digo que *Menesson y Labassée* (y el resto que llegaron después) no sean relevantes. Pero su doctrina, como antes avancé, es algo que no altera una visión tradicional de la filiación: la vinculada a la realidad biológica. Sin *Menesson y Labassée* no era difícil defender el mismo resultado, al margen de la posición de principio que se tenga sobre la gestación por sustitución³⁷. Para afirmar que el padre biológico y la madre gestante son padre y madre legales no se precisan grandes (ni nuevas) construcciones: el reconocimiento de un vínculo de filiación entre un niño y

³² Puntos 28 y 29 del Dictamen.

³³ Puntos 25 y 26 del Dictamen.

³⁴ Es significativo que el Dictamen siempre hable de “madre” de intención y no, por ejemplo, de progenitor de intención.

³⁵ Situación relativamente frecuente para adaptarse a las exigencias del Estado de recepción. Por ejemplo, en Francia y en España han proliferado tales supuestos ante la perspectiva de que la inscripción del niño como hijo del padre y de la madre gestante resultaba más fácil.

³⁶ Así de rotunda se manifiesta A. Durán Ayago, “Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Gestación por sustitución: primera consulta planteada por la corte de casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, 48, 2019, pp. 132-149, p. 134.

³⁷ *Vid.* ya mi opinión en “Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa”, *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado* (C. Pellisé, ed.), Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 61-74, p. 65.

una mujer que ha sido gestado y parido por otra es lo que merece más explicación. Siempre ha sido la posición de la mujer (la gestante y la comitente) la posición crítica, frágil e incómoda en términos jurídicos. Por eso este Dictamen es realmente importante. Por eso sí cambia la realidad jurídica.

Y la cambia en un sentido no menor. Porque, incluso bajo la perspectiva de que viene a ratificar una práctica ya más o menos extendida (reconocer la filiación biológica y abrir la adopción al otro progenitor de intención), lo hace imponiéndole un marchamo de imperatividad vinculado a los derechos humanos. No es ya que las autoridades, francesas, o alemanas, o españolas puedan ofrecer a la madre de intención la posibilidad de la adopción; es que tienen que proporcionarle una vía o mecanismo interno que garantice la efectividad y la celeridad del reconocimiento de un vínculo de filiación similar al de la filiación biológica en los términos que pasamos a ver.

Y por esa relevancia creo que el TEDH debería haber tenido un discurso más sólido, menos político y menos ambiguo.

B) La respuesta a la primera pregunta y su consistencia

Recordemos la respuesta a la primera pregunta: *el derecho al respeto de la vida privada del niño, en el sentido del art. 8 del Convenio, exige que el Derecho interno prevea una posibilidad de reconocimiento de un vínculo de filiación entre este niño y la madre de intención, designada en el acta de nacimiento legalmente establecida en el extranjero como "madre legal"*. Pues bien, el razonamiento que condujo a esta respuesta se me antoja voluntarista y tramposo. El primer calificativo no es en absoluto sorprendente si tenemos en cuenta que su base es el *interés superior del niño*. Con esa base se puede llegar a cualquier sitio sin mayores explicaciones, aunque las explicaciones que se dan no son, siempre a mi juicio, totalmente convincentes. Volveré sobre ello a continuación.

El porqué del segundo calificativo (tramposo) radica en una metodología argumental habitual en el TEDH que en el caso concreto parecía conducir a la solución contraria a la que al final se dio. El TEDH realiza un breve recorrido por el Derecho comparado de 43 Estados parte en el Convenio para concluir (constatar, de hecho) la enorme heterogeneidad que existe sobre la gestación por sustitución. Esta es la situación típica que justifica un margen de apreciación amplio a dichos Estados (en el caso del Dictamen, a Francia), que se acrecienta por el hecho de que el tema enfrenta delicadas concepciones morales o éticas y porque, realmente solo en 9 de los 43 Estados analizados la gestación por sustitución estaba "autorizada". Pero la

conclusión de toda esta antesala es otra. El margen de apreciación queda limitado al mínimo (cuando no excluido) por el interés superior del niño. El viaje por el Derecho comparado podría haberse ahorrado³⁸.

Mas volvamos al primer calificativo (voluntarista). Los argumentos del TEDH sobre la base del interés superior del niño me parecen débiles. Recordemos, antes de nada, que no se trata de saber cuál es su interés o cuáles son sus intereses, sino si la ausencia de reconocimiento de la filiación materna de intención vulnera el art. 8 del Convenio, el derecho humano a su vida personal y familiar.

El Dictamen parte de un análisis de situaciones en las que, siempre a mi juicio, está muy cerca de hacer hipótesis de la cuestión. Así en el punto 40 del Dictamen se desgrana una serie de inconvenientes para el niño si no se reconoce un vínculo de filiación con la madre de intención: incertidumbre jurídica en cuanto a su identidad en la sociedad, no acceso potencial a la nacionalidad de esa madre, problemas potenciales de extranjería, minoración potencial de sus derechos sucesorios respecto de esa madre, situación más frágil en caso de crisis matrimonial de padre biológico y madre de intención o de muerte del primero, desprotección si la madre de intención no quiere ocuparse de él. Estos inconvenientes se sopesan frente a otros dos: los riesgos de abuso en torno al fenómeno de la gestación por sustitución y el derecho de toda persona a conocer sus orígenes (punto 41). Es una ponderación que, aunque sólo sea por el esfuerzo que el TEDH se toma en cuantificar unos y otros, resulta claramente desequilibrada: los dos últimos decaen frente a los seis anteriores. Y concluye (punto 42) con el *derecho del niño a la identificación en derecho de las personas que tienen la responsabilidad* de educarlo, satisfacer sus necesidades, asegurar su bienestar, y vivir en un medio estable. A mi juicio, no están en un mismo nivel los derechos sucesorios (de cualquiera), o la situación de extranjería (de cualquiera), que la dignidad de la persona o el derecho a conocer los orígenes. Los inconvenientes enunciados por el TEDH son reales, pero contingentes.

La lectura conjunta de los puntos 40 a 42 del Dictamen se parece bastante a hacer hipótesis de la cuestión: es contrario al art. 8 del Convenio rechazar el reconocimiento de la filiación entre el niño y su madre de intención, *porque esta es quien debe cuidarlo* y el niño debe saberlo, y porque no

³⁸ El principio de subsidiariedad que debe gobernar este tipo de situaciones está, simplemente, ausente ("sorprendentemente ausente" señalan F. Sudre y A. Gouttenoire, *loc. cit.*). La importancia del Derecho comparado es cero (de otra opinión, J.P. Marguenaud, "Le renforcement de l'interaction entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA", *Rev. trim. dr. civ.*, 2019 pp. 286 ss).

hacerlo, le puede generar diversos inconvenientes. Ambas cuestiones creo que dependen netamente del Derecho civil. Puede que así sea o que no; que el niño esté bien cuidado de otra manera. Puede que el niño reciba la nacionalidad de la madre de intención o no; tenga problemas para permanecer en el territorio o no; tenga derechos sucesorios o no, etc.

Decir que debe establecerse un vínculo de filiación con la madre de intención porque es la que tiene la responsabilidad de subvenir a todas esas cuestiones (que como digo, dependen del Derecho civil, pero también del derecho de la nacionalidad, extranjería, protección de menores, etc.) no me parece un razonamiento en términos de derechos humanos. Es apriorístico y, como antes significué, voluntarista. ¿Por qué es ella? Sólo se me ocurre que, porque quiere y *porque ha sido calificada como “madre legal” en el extranjero*. Lo que se exige es el *reconocimiento* de algo que existe. Volveré al final sobre estos dos elementos (legalidad y voluntad)

Obviamente, no es discutible que todos esos aspectos, incluso potenciales, son de más interés para el niño que su ausencia. Pero el razonamiento en términos de derechos humanos me parece pobre y peligroso: “reconocer la filiación de la madre de intención es mejor que no reconocerla, luego no reconocerla es una vulneración de los derechos humanos”. Trasladar este tipo de razonamiento a cada uno de los aspectos jurídicos en los que está involucrado un menor acabaría con la libertad de los Estados en todo lo que atañe a los niños y, en los casos en los que se esté tratando de cuestiones que se prolongan en el tiempo (como la filiación) a los adultos que fueron niños, es decir, todos. Pasando los supremos intérpretes de sus respectivos derechos humanos a ocupar el puesto de legisladores.

C) La respuesta a la segunda pregunta y sus ambigüedades

Tras establecer la exigencia de (la posibilidad de) que se establezca la filiación entre la madre de intención y el nacido, el TEDH se muestra más condescendiente con la forma en que tal posibilidad puede articularse. Los Estados pueden establecer “otras vías, como [por ejemplo] la adopción del niño por la madre de intención, a condición de que las modalidades previstas por el derecho interno garanticen la efectividad y la celeridad de su aplicación, conforme al interés superior del niño”.

En esta respuesta, con más nitidez que en la anterior, las instituciones propias del Derecho civil se ven directamente interpeladas. De hecho, lo que hace el Dictamen es señalar que el derecho a la vida privada del niño no exige que el reconocimiento de la filiación se realice mediante la

transcripción de las actas de nacimiento extranjeras. Y la verdad es que ello no es más que una forma políticamente correcta de dejar el tema dentro del margen de apreciación de los Estados (punto 51), algo que, sin embargo, encubre otra trampa argumental: los requisitos que el Dictamen exige reducen el margen de apreciación a la mínima expresión.

¿Qué títulos de acreditación de la filiación responden a la “efectividad” y “celeridad” a la que alude el TEDH? Para responder a la segunda exigencia (celeridad), el alambicado razonamiento del Dictamen dice que el art. 8 del Convenio no exige un reconocimiento *ab initio* sino uno que se produzca, a más tardar, cuando el vínculo de filiación, legalmente establecido en el extranjero, se haya *concretizado* según las circunstancias de cada caso (puntos 52 y 54)³⁹.

Nadie hasta ahora ha podido (o se ha atrevido a) afirmar tajantemente cuándo se ha “concretizado” ese vínculo de filiación: ¿desde el mismo nacimiento?⁴⁰; ¿antes incluso?⁴¹; ¿desde que se configura una vida familiar real?⁴²; ¿desde la constatación en el extranjero de la madre de intención como “madre legal”? Este concepto de “concretización” parecería permitir a los Estados un cierto margen de maniobra, pero se trata de un margen ilusorio⁴³. Las constantes apelaciones del Dictamen a terminar cuanto antes con la situación de incertidumbre y fragilidad del niño y, sobre todo, el significado (o vacío o plurívoco) de “concretización”, tienden a negar el punto de partida del propio TEDH. Probablemente, en la práctica, signifique “cuanto antes”, “cuando se solicite”, “ya”. Por supuesto, en un plano teórico, la exigencia del TEDH parecería admitir también implícitamente que tal vínculo de filiación puede “no llegar a concretizarse”; aunque no entraré en tal especulación⁴⁴.

En cuanto a la “efectividad” como segunda condición que debe reunir la vía de Derecho interno, mi impresión es que el Dictamen no cierra todas las dudas pero sí proporciona elementos para pensar que quizá no sea fácil que las vías comúnmente aceptadas se ajusten a ella. Entre esos elementos, el

³⁹ La terminología utilizada es cuando la relación de filiación “*has become a practical reality*” (en inglés) o “*s’est concrétisé*” (en francés). La traducción del Ministerio de Justicia reza “[cuando] se ha convertido en una realidad práctica”. En el texto utilizo la palabra *concretizar* que se corresponde con la utilizada en la versión francesa.

⁴⁰ A.M. Leroyer, *loc. cit.*, se inclina por el nacimiento, aunque plantea otros.

⁴¹ F. Sudre y A. Gouttenoire, *loc. cit.*, como hipótesis posible, haciendo mención al seguimiento del embarazo por parte de los comitentes (y añadido, al hecho de que el contrato de maternidad subrogada ya se ha celebrado también antes). Pero, ¿es concebible un vínculo de filiación del no nacido?

⁴² F. Sudre y A. Gouttenoire, *loc. cit.*, como otra posibilidad.

⁴³ H. Fulchiron, *cit.*

⁴⁴ *Vid.* J. Heymann y Fabien Marchadier, *loc. cit.*, p. 1156.

primero que habría que analizar es si resulta obligatorio que el vínculo de filiación entre la madre de intención y el niño se *tenga que* reconocer, determinar, crear, o comoquiera que se configure la vía de Derecho interno. Que exista una mera posibilidad de establecer dicho vínculo pero que la institución de que se trate proponga condiciones de difícil o imposible cumplimiento, o cuyo cumplimiento esté en manos de terceros, no parece que esté en el mensaje del Dictamen, pero es discutible. A ello colabora la frase, “el TEDH considera... que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo... no es conciliable con el interés superior del niño...” (punto 42). Creo que el Dictamen es deliberadamente ambiguo sobre el tema⁴⁵, pero que no contempla la exigencia de una posibilidad meramente formal o teórica.

Es verdad, en este último sentido, que el Dictamen siempre apela al superior interés del niño y a su verificación *in concreto*. Y que podrían existir supuestos en los que ese interés superior cauterice la obligación del reconocimiento. Uno, avanzado por la doctrina francesa, podría ser aquel en el que la madre gestante reclama la maternidad del nacido⁴⁶. Pero en la práctica serán cuestiones más ordinarias las que afecten a dicha efectividad. Hablando de adopción, podrán ser la edad mínima para adoptar, el consentimiento del cónyuge, el de la madre gestante⁴⁷, autorizaciones de entidades públicas (en su caso), etc. Hablando de posesión de estado, las dificultades temporales y de otra índole, para su constatación. Hablando de acciones de reclamación de la filiación, dificultades inherentes a la legitimación (por ejemplo en el caso de la de la madre de intención), o de la propia realidad, cuando la estimación de la acción deba descansar en la realidad biológica. En el caso del reconocimiento, allí donde se admita para

⁴⁵ J. Heymann y Fabien Marchadier, *cit.*, p. 1154, opinan que este pasaje, por ejemplo, sí parece avalar esa posibilidad de rechazo (aunque *vid.* su opinión contraria en p. 1163); J. Guillaume, “La saga *Menesson*: les premières fois...”, *Recueil Dalloz*, 2019 p. 2000 *ss*, también afirma tajantemente que el Dictamen no impone el reconocimiento. Y ciertamente es una interpretación que puede extraerse de la letra del Dictamen (*la posibilidad de...*), aunque creo que no de su espíritu.

⁴⁶ F. Sudre y A. Gouttenoire, *loc. cit.*; J.R. Binet, *loc. cit.*, con carácter general y apoyándose en la valoración del caso concreto que exige el Dictamen, plantea la posibilidad de rechazar el reconocimiento.

⁴⁷ *Vid., v.gr.*, AAP Barcelona 565/2018, de 16 octubre (JUR 2018\290468) que sencillamente aplica las condiciones previstas para la adopción de los hijos del conviviente en el CCCat, para rechazar la adopción por no concurrir, singularmente un consentimiento válido de la madre gestante. Un talante y solución contraria es la de la SAP Murcia 91/2019 de 31 enero (JUR 2019\71777) en relación con la adopción de niño nacido en Ucrania. Esta dicotomía le sirve a L. Sales Pallarés, “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *CDT*, 2, 2019, pp. 326–347, para dudar de la efectividad de la adopción para resolver el tema (el trabajo apenas hace una mínima alusión a la existencia del Dictamen, pero su discurso vale para valorar sus efectos).

la determinación de la filiación materna, la constatación de otra filiación contradictoria, o el consentimiento de quien la tenga ya establecida. Y así podríamos seguir con cualquier otra forma de acreditación de la filiación que pudiera ser prevista por los distintos ordenamientos jurídicos, para supuestos distintos de los que prevé el Dictamen⁴⁸. Y, tanto el Dictamen (por ejemplo, “un procedimiento de adopción puede responder [a la necesidad de reconocimiento] *siempre que sus condiciones se adapten...*”) como toda la doctrina que lo analiza, pone precisamente el énfasis no en la existencia de vías o instituciones internas de reconocimiento o reconstrucción, sino en su idoneidad para garantizar el reconocimiento, en la depuración de los obstáculos que pueden poner a ese reconocimiento.

Por último, el Dictamen parece exigir que la vía interna sea una que proporcione un vínculo de filiación de la “misma naturaleza” que la transcripción de las actas de nacimiento, lo que creo que hay que entender en el sentido de exigir una filiación plena, equivalente a la biológica (punto 53 del Dictamen).

Quizá por todo ello, la *Cour de cassation*, una vez recibido el Dictamen, no tuvo más remedio –haciendo buena la previsión de algún comentarista⁴⁹– que proceder a la transcripción de las actas de nacimiento extranjeras de las gemelas *Menesson*⁵⁰. Ciertamente, la especificidad de la situación (un litigio que se prolongaba quince años), quizá la edad de las gemelas que parecía abocarlas a una adopción *simple*, y otras consideraciones mediáticas, se lo ponían más o menos fácil a la alta corte francesa. Mas resulta dudoso si rechazar la adopción y la posesión de estado como vías para ajustarse al Dictamen fue una excepción o el prelude de una regla⁵¹.

⁴⁸ Este tema también se analiza desde el Derecho civil italiano por A. G. Grasso, *loc. cit.*, pp. 762–763.

⁴⁹ Que, con fina ironía, describía así las posibles vías internas: “el TEDH parece desearle [a la *Cour de cassation*] buena suerte/mucho ánimo para proceder a algo distinto de la transcripción [de las actas de nacimiento extranjeras]” (J. P. Marguenaud, *loc. cit.*).

⁵⁰ Sentencia *Cour de cass., ass. plén.*, de 4 octubre 2019, (n° 10–19.053). Accesible en [<https://www.courdecassation.fr>].

⁵¹ Tras la sentencia, A. Gouttenoire y F. Sudre, “La réception par la Cour de cassation du standard européen en matière de filiation de l’enfant né d’une GPA”, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 47, 18 Novembre 2019, p. 1184 ss, ven la transcripción como una excepción y la adopción como la regla, opinión que también expresa A. M. Leroyer, “La victoire des Mennesson”, *Rev. trim. dr. civ.*, 2019, p. 841; mientras que J.P. Marguenaud, “L’avis consultatif de la Cour européenne des droits de l’homme au visa de l’ultime arrêt *Menesson*”, *Rev. trim. dr. civ.*, 2019, p. 817, se ratifica en que, más allá de las singularidades del caso, es muy posible que ni la adopción ni la posesión de estado sean vías que respondan con carácter general a las exigencias del Dictamen. De la misma opinión (respecto de la adopción), en relación con Italia es G. Ferrando, “I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 4/2019, pp. 815–821, p. 821.

IV. CONCLUSIONES Y CUESTIONES ABIERTAS

Cuando uno se enfrenta a un texto como el analizado, donde se descubre alguna ambigüedad o indefinición, corre el riesgo de contagio. El título de esta contribución es también ambiguo: ¿es el primer dictamen del TEDH de conformidad con el Protocolo 16 o su primer dictamen sobre gestación por sustitución? Las dos interpretaciones son posibles, pero mis reflexiones ponen el acento en la segunda.

El Dictamen es importante. Sigue arrojando luz sobre los límites que gobiernan la actitud de autoridades y legisladores nacionales. Al señalar la contrariedad con el CEDH de la ausencia de reconocimiento del vínculo de filiación entre los nacidos de gestación por sustitución y la madre de intención con la que no tienen vínculo genético, implícitamente, está adoptando una postura favorable a dicho reconocimiento en un contexto de Derecho comparado no tan favorable. Sea cual sea la razón (ese interés superior del niño que resulta crucial en su razonamiento), es una buena noticia para los defensores de este tipo de práctica de reproducción humana. Y, por supuesto, con carácter general, una buena noticia para los nacidos de gestación por sustitución.

Mi impresión es que el Dictamen va a ser exigente con la futura práctica de los Estados parte en el CEDH e, incluso, que exija modificaciones legales para acomodar dicha práctica a los requisitos impuestos por el TEDH. Por ejemplo, situándonos en España, una primera gran opción es si se opta por el reconocimiento en el ámbito del Derecho internacional privado, o por la reconstrucción a través de los títulos de acreditación de la filiación previstos por los derechos civiles españoles (como hasta ahora). Y, en este último caso, habrá que determinar cuáles son mecanismos idóneos para respetar el derecho del niño a establecer el vínculo de filiación con su madre de intención, cuáles no, y/o cuáles deben o ajustarse o modificarse.

Además, debe recordarse que el TEDH no cierra las puertas a futuros pronunciamientos sobre el tema, sino todo lo contrario: las puertas están totalmente abiertas, como se indica en el final del punto 36: “[el TEDH] precisa que podría ser llamado en el futuro a desarrollar su jurisprudencia en este ámbito, teniendo en cuenta en particular la evolución de la cuestión de la gestación por sustitución”. Por eso más que con afirmaciones categóricas voy a concluir con las dudas que el Dictamen me suscita. Algunas que el TEDH dejó de lado y otras que derivan indirectamente de su razonamiento.

De las primeras, las que suscita el tema y que el TEDH no abordó, considero muy relevantes las relativas a los supuestos en los que no exista progenitor de intención con vinculación biológica con los menores y a aquellos en los que la madre de intención no conste en la documentación extranjera como madre legal. Cuando, por ejemplo, conste como tal la madre gestante, situación nada infrecuente.

Menos preocupación me provocan otras ausencias. Creo que el Dictamen, aunque no lo pretenda directamente, podría tener una cierta aplicación analógica para los casos de parejas de intención del mismo sexo, siendo uno de los comitentes padre o madre biológicos. También en estos casos habría que proveer al reconocimiento de la filiación por parte del otro. Por supuesto, no creo que ni siquiera fuese necesario significar la situación de la madre de intención que, además, prestó sus gametos y es, también madre genética. Decir que para ella vale *a fortiori* lo que para la madre que carece de tal vinculación, sobra (punto 47). ¿Acaso no estaría la respuesta ya implícita en la jurisprudencia *Menesson y Labassée*? ¿O esta solo valdría para vinculación biológica con hombres?

El Dictamen se ocupa así de la madre de intención. ¿Y la madre gestante? No está. No es que no exista, pero en el momento y lugar en el que se mide el respeto por los derechos de los nacidos, ya no está. No se trata de un reproche, sino de una constatación. Es una ausencia habitual, pero sobre la que se precisa más reflexión, incluso en la postura más o menos aperturista del TEDH. No solo porque, como acabo de señalar, puede no ser infrecuente que conste como madre legal en la documentación que se alegue para el reconocimiento- (situación que el TEDH no se plantea), sino porque puede reaparecer como sujeto esencial en las vías o modalidades nacionales de reconocimiento (como se ha visto respecto de su participación en el procedimiento de adopción). Y porque, quizá, su presencia fuese distinta si además de madre gestante fuese madre genética, por haber aportado sus óvulos. En todo caso, son situaciones que el TEDH, libremente o condicionado por el supuesto, no ha querido abordar y que la práctica irá mostrándonos.

En relación ya con las dudas o preguntas que me suscita lo que trata el Dictamen, no me sorprende que no haya profundizado en la limpieza o legalidad del procedimiento de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero: hacerlo introduciría complicaciones técnicas y éticas que enturbiarían su opinión. El Dictamen insiste en que aborda la situación del nacido respecto de la *madre de intención designada en el acta de nacimiento legalmente establecida en el extranjero como "madre legal"*. Pero, ¿se trata de un dato inamovible? ¿Es un punto de partida basado en un documento? ¿En una "situación" *legalmente* creada? ¿Puede someterse a fiscalización ese

punto de partida para, por ejemplo, negarlo? Mi impresión es que no. Para el TEDH es un dato no fiscalizable; meramente constatable.

Me pregunto también, qué papel desempeña en el escenario diseñado por el TEDH la voluntad de los implicados. Porque, cuando centra su análisis en la adopción, no creo que pueda estar pasando por alto que ahí las voluntades relevantes para subvenir a los derechos *de los nacidos* a su vida privada son las de la madre de intención (que tiene que querer adoptar) y/o del padre, que según el régimen de adopción de que se trate puede tener que consentir, o asentir, o cualquier otro tipo de manifestación de voluntad relevante, como la de la madre gestante o alguna autoridad estatal. Si la madre de intención se ha arrepentido, ha roto con el padre, o simplemente no quiere proceder a la adopción ¿todas las seis calamidades que enumera el Dictamen en su punto 40 se harán realidad? ¿Y el interés superior del niño?

Y, siguiendo con el mismo hilo (la relevancia y preponderancia de los derechos humanos del hijo), ¿acaso hay alguna diferencia entre el superior interés del menor en los casos internacionales y en los –excepcionales y posiblemente clandestinos en su origen– meramente internos? No desconozco que una diferencia fundamental es la designación “de la madre de intención como madre legal” (una cuestión de legalidad ordinaria del país de origen). Pero si partimos, como creo que parte el TEDH, de que no cabe una fiscalización, digamos, ordinaria (por ejemplo de contrariedad o no con el orden público del foro) de la situación de partida, ¿cuál es la diferencia entre que el derecho a la vida personal y familiar del nacido obligue a un Estado (Francia, España) a desconocer a la madre gestante “extranjera” como madre, y le obligue a desconocer a la madre gestante “nacional” como madre? O, desde otra perspectiva, ¿por qué el niño tiene el derecho –fundamental– a que se establezca su vínculo de filiación con la madre de intención sólo si el proceso de gestación por sustitución se llevó a cabo en el extranjero? Sé que se me puede dar una respuesta básica: porque en el foro ya tiene una madre (la gestante) que tiene la obligación de cuidarlo, que le puede proporcionar su nacionalidad, de la que puede heredar, etc. Una madre que no quiere ser su madre.

Por supuesto, estas últimas preguntas no imputan ningún déficit argumental al Dictamen. Tan sólo plantean algunas consecuencias de su filosofía. Del Dictamen sí deriva, en una de sus interpretaciones más plausibles, la necesidad de acomodar las instituciones internas de Derecho civil a una adaptación que garantice la efectividad y la celeridad del “reconocimiento” de la filiación respecto del nacido. En Francia ya se pide una reforma de la adopción para acomodarla a estos casos. Y también deriva la necesidad de acomodar el Derecho internacional privado, cuando se opte (como hizo la *Cour de cassation*) por un expediente típico de DIPr. Bien las

condiciones de inscripción en el Registro civil sobre la base de una certificación extranjera, bien las condiciones para el reconocimiento de una verdadera resolución extranjera, bien cualquier otro expediente que pueda existir, tendrá que ajustarse a esa efectividad y celeridad del reconocimiento de la filiación tan pronto como se haya concretizado.

Y, ya para concluir, permítaseme, de nuevo, un guiño a la anécdota narrada en las primeras líneas de esta reflexión: en 2019, las gemelas *Menesson*, cuyo caso suscitó el Dictamen y la posterior (y última hasta ahora) sentencia de la *Cour de cassation*, ya habían crecido; de hecho, ya eran mayores de edad. Seguían siendo *enfants* (hijas) de su padre y de su madre, pero ya no eran *enfants* (niñas), sino adultas, mayores de edad. Ciertamente, su lucha había comenzado muchos años antes, cuando sí eran niñas. Pero el dato me sirve para recordar que el superior interés del niño, se refiere a niños y no a hijos, a pesar de la polisemia del término en algunas lenguas influyentes. Y que el crecimiento no sólo convierte a los hijos en... lo que sea, sino que les desposee de ese comodín (su interés superior) que ostentan durante su niñez y que, a mi juicio, es enormemente perturbador cuando hablamos estrictamente de establecer un vínculo de filiación. Ese vínculo debería tener las mismas posibilidades de concreción cuando el hijo tiene ocho años que cuando tiene dieciocho⁵².

⁵² *Vid.* mi opinión en relación con el art. 9.4º Cc en "La ley aplicable a la filiación por naturaleza", *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 91-10. Desde un punto de vista de Derecho civil, échese una ojeada, por ejemplo, a los arts. 112 a 141 del Cc.