

# DIRITTI COMPARATI

## Comparare i diritti fondamentali in Europa

### **CAMBIO DE PARADIGMA EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

*Posted on 18 Settembre 2014 by [Miguel Á. Presno](#) , [Pilar Jiménez](#)*

El 26 de junio de 2014 se conocieron las decisiones del [Tribunal Europeo de Derechos Humanos](#) en los casos [Menesson c. Francia](#) y [Labasee c. Francia](#). Ambos supuestos se refieren a la denegación del reconocimiento de una filiación legalmente establecida en Estados Unidos entre los niños nacidos de gestación por sustitución y la pareja comitente. Ante la infertilidad de las señoras Mennesson y Labassee, estas parejas contrataron una gestación en la que aportaron los gametos de los señores Mennesson y Labassee. Una vez nacidas las niñas, los Tribunales de California y Minnesota, respectivamente, determinaron la filiación a favor de los matrimonios Mennesson y Labassee, que no pudieron inscribirlas en el Registro Civil francés por la negativa de las autoridades galas.

En el asunto [Menesson](#) -y los argumentos se reproducen en el caso [Labassee](#)- el TEDH constata que los padres se ocupan de sus hijas desde su nacimiento y viven juntos de una manera que no se distingue de la “vida de familia” en el sentido usual de esa expresión. En segundo lugar, recuerda que el derecho a la identidad es parte integral del concepto de intimidad y que existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de gestación por sustitución y la determinación legal de su

filiación. El TEDH toma nota de que la negativa de Francia al reconocimiento de estas filiaciones deriva de la voluntad de desalentar a sus nacionales que buscan fuera de su país un método de reproducción allí prohibido con el fin, según su percepción del problema, de proteger a los niños y a la madre gestante. El Tribunal admite las dificultades que se plantean y la falta de consenso sobre estos asuntos en Europa. No obstante, el margen de apreciación nacional se reduce si está en juego una cuestión de la filiación, que es un aspecto esencial de la identidad de los individuos. Por otra parte, le corresponde al propio Tribunal determinar si se produce un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, especialmente si está en juego el interés superior de los menores.

La valoración sobre el verdadero impacto de la jurisprudencia emanada de los asuntos [Mennesson](#) y [Labassee](#) requiere examinar el contexto previo sobre la posición del TEDH en relación con el art. 8 del CEDH en los supuestos de rechazo al reconocimiento de filiaciones constituidas en otros Estados. Existen ya varios pronunciamientos que abogan, en clave de protección del menor, por establecer una continuidad en estas relaciones. Tal criterio fue establecido por el TEDH, entre otras, en la Sentencia de 28 de junio de 2007, asunto [Wagner J.M.W.L. c. Luxemburgo](#), en el que se condenó a Luxemburgo por no reconocer una adopción constituida en Perú amparándose en la prohibición nacional de la adopción por personas solteras. Un planteamiento similar puede verse en la Sentencia del caso [Negrepointis-Giannisis c. Grecia](#). El criterio sustentado en ambas decisiones parte de un denominador común basado en la protección de la vida familiar generada entre adoptantes y adoptando. El vuelco de la nueva jurisprudencia se produce porque toma como referente no el derecho a la vida familiar de los padres intencionales, sino el derecho a la vida privada de los menores.

El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución en el extranjero no vulnera el derecho a la vida familiar de los padres intencionales, en la medida en que, en todo caso, los menores permanecerán con ellos y se mantendrá la convivencia habida hasta la fecha. Tal conclusión es consecuente con la línea jurisprudencial

consolidada del TEDH basada en una concepción fáctica de las relaciones familiares. Siendo, por tanto, el objeto del art. 8 CEDH la familia *de facto*, no resulta necesario ni exigible que se reconozca el vínculo jurídico de la filiación, siempre que la decisión adoptada no conlleve la separación de los menores de los padres intencionales con los que conviven. En este sentido, en el asunto [Mennesson](#) queda acreditado que la ausencia de reconocimiento del vínculo de filiación no les impide disfrutar en Francia del respecto del derecho a su vida familiar, dado que los menores permanecerán con ellos.

Pero la negativa al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución sí vulnera el derecho a la vida privada de los menores. Tal es la principal conclusión del TEDH. Como ya se ha indicado, se parte de la filiación como uno de los elementos que integran la identidad y, desde esa perspectiva, sí resulta relevante el tratamiento que se le dé al vínculo jurídico más allá de la situación puramente fáctica. En esta vertiente del derecho a la identidad la aproximación ya no se realiza desde la perspectiva de los padres intencionales sino desde la del interés del menor. Y es aquí donde se evidencia el conflicto: los mismos menores serán considerados hijos de los padres intencionales desde la perspectiva del Derecho californiano y, sin embargo, verán negada tal cualidad en el Estado de acogida (Francia, en el asunto [Mennesson](#)). Este hecho determina una infracción del derecho a la identidad única del que se derivan diversas consecuencias; entre ellas, las relativas a la adquisición de la nacionalidad o los derechos sucesorios. Es cierto que en los casos [Mennesson](#) y [Labassee](#) concurre la circunstancia de que uno de los padres intencionales es, además, padre biológico, lo que acentúa la vulneración del derecho a la identidad de los menores si se rechaza el reconocimiento del vínculo jurídico de la filiación. Ahora bien, tal circunstancia no justifica una lectura reduccionista de esta nueva jurisprudencia, que limite su alcance a un mero refrendo de la filiación por gestación por sustitución cuando esta tiene un origen biológico. Está justificada una lectura más ambiciosa de estas Sentencias, dado que el criterio del derecho a la identidad única se establece como categoría general y con manifestaciones concretas -por ejemplo, para el ámbito de

los derechos sucesorios de los menores-, al margen de la existencia o no de vínculo biológico con ellos.

Pero el impacto de esta nueva línea jurisprudencial también supone una “desactivación” de las consecuencias del posible fraude cometido por los padres intencionales cuando escapan de su Derecho para ir a la búsqueda de un paraíso gestacional. Es cierto, y así ha sido destacado, que de la jurisprudencia del TEDH se derivaba hasta ahora una protección del reconocimiento de las relaciones constituidas en otros Estados, pero en las que subyacía el condicionante de una expectativa legítima de las partes en que dicho reconocimiento fuera a poder producirse. Ese es precisamente, en los términos ya indicados, uno de los aspectos más controvertidos en este caso. Pues bien, con la jurisprudencia [Mennesson](#) pierde fuerza el criterio de la expectativa legítima de los padres intencionales como condición para el reconocimiento de las relaciones ya constituidas. El TEDH entiende que la sanción por una filiación creada en fraude de ley por los padres intencionales no puede suponer un rechazo al reconocimiento de dicha filiación en el Estado de acogida, en la medida en que ello afecta directamente a la vida privada de los menores. Dicho de otro modo, la aproximación desde la perspectiva exclusiva de los menores en el caso concreto bloquea los efectos sobre la filiación de la sanción que pueda adoptarse por la conducta presumiblemente fraudulenta de los padres intencionales. Nuevamente vemos que la valoración a partir del caso concreto, y ex post, sirve para matizar el posicionamiento general sobre el fraude a la ley y sus consecuencias.

Pues bien, esta jurisprudencia puede suponer un cambio de paradigma en materia de gestación por sustitución en el Derecho europeo pues, si bien no se deduce de ella que deba permitirse o regularse tal práctica en la normativa estatal, sí parece claro que la libertad legislativa de los Estados tiene límites que el Tribunal puede controlar a efectos de proteger el interés de los hijos nacidos por estas prácticas. Y lo que no cabe es colocar a los menores en una situación de incertidumbre jurídica que socave su identidad dentro de la sociedad; tampoco que resulten perjudicados sus derechos en materia de ayudas familiares, educación o

cuestiones sucesorias.

En definitiva, habrá que seguir con atención los próximos movimientos legislativos y jurisprudenciales que, intuimos, de manera inexorable, más pronto o más tarde, acabarán admitiendo la eficacia de la filiación por gestación por sustitución, sumándose al contexto que la nueva realidad social y jurídica comparada va imponiendo.